



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani
100



Razvojne tendence v obligacijskem pravu

Ob 40-letnici Zakona o obligacijskih razmerjih

Recenzenta / *Reviewers*:

Mitja Kovač in Emilia Miščenić

Urednik / *Editor*:

Damjan Možina

Avtorji / *Authors*:

Marko Baretić, Vesna Bergant Rakočević, Marko Brus, Mile Dolenc, Marko Đurđević, Peter Grilc, Marko Ilešič, Tatjana Josipović, Miha Juhart, Karmen Lutman, Marija Karanikić Mirić, Damjan Možina, Dušan Nikolić, Saša Nikšić, Nataša Petrović Tomić, Nenad Tešić

Izdala in založila / *Published by*:

Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani

(zanj Lojze Ude, direktor) in

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Založba Pravne fakultete

(zanjo Boštjan Koritnik, direktor)

Oblikovanje ovitka / *Cover design*:

Meta Wraber

Jezikovni pregled prispevkov / *Language editing*:

Dean Zagorac (slovenski jezik), doc. dr. Marko Bratković (hrvaški jezik),

Irena Popović (srbski jezik)

Oblika in priprava za tisk / *Design and layout*:

Dean Zagorac

Tisk / *Printed by*: Litteralis, d. o. o., Ljubljana

Število izvodov / *No. of copies*: 150

Cena z DDV / *Price incl. VAT*: 39 EUR

Knjiga je izšla s sofinanciranjem Javne agencije za raziskovalno dejavnost RS.

© Avtorji / *Authors*, 2019

Brez pisnega dovoljenja imetnika avtorskih pravic je prepovedano reproduciranje, distribuiranje, javna priobčitev, predelava ali druga uporaba tega avtorskega dela ali njegovih delov v kakršnemkoli obsegu ali postopku, vključno s fotokopiranjem, tiskanjem ali shranitvijo v elektronski obliki. Odstranitev tega podatka je kazniva.

CIP - Kataložni zapis o publikaciji

Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

347.4/.5(497.4)(091)

RAZVOJNE tendence v obligacijskem pravu : ob 40-letnici Zakona o obligacijskih razmerjih / urednik Damjan Možina ; [avtorji Marko Baretić ... et al.] - Ljubljana : Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti : Pravna Fakulteta, Založba Pravne fakultete, 2019

ISBN 978-961-94965-0-3 (Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti)

1. Baretić, Marko 2. Možina, Damjan, profesor prava

COBISS.SI-ID 304206592

Razvojne tendence v obligacijskem pravu

Ob 40-letnici Zakona o obligacijskih razmerjih

Damjan Možina

urednik



Pravna fakulteta
Univerza v Ljubljani

100

ij inštitutzaprimerjalnopravo

Ljubljana 2019

Vsebina

Recenziji	9
Predgovor	11

I. SPLOŠNO O ZAKONU O OBLIGACIJSKIH RAZMERJIH

Marko Ilešič

Ob štiridesetletnici Zakona o obligacijskih razmerjih – Ali je bil ZOR zakonodajno delo pred svojim časom?	15
--	----

Dušan Nikolić

Istorijat Zakona o obligacionim odnosima i aktuelni trendovi u privatnom pravu Evropske unije.....	27
--	----

Marko Brus

Zakonodajna tehnika in sistematika ZOR, njegovo izražanje in vplivi na nastanek.....	49
--	----

II. POGODBENO PRAVO

Saša Nikšić

Razvoj ugovornog prava u Hrvatskoj – odabrane teme.....	75
---	----

Marko Đurđević

Sloboda i nesloboda ugovaranja u Zakonu o obligacionim odnosima.....95

Mile Dolenc

Napake volje v ZOR in ODZ.....117

Peter Grilc

Kavza – nekateri vidiki razvoja v jugoslovanskem in aktualnosti v slovenskem pravu133

Tatjana Josipović

Razvojne tendencije u pravnom uređenju općih uvjeta ugovora145

Damjan Možina

Kršitev pogodbe in pravne posledice: Skica, Zakon o obligacijskih razmerjih in Obligacijski zakonik.....179

III.

NEPOGODBENO ODŠKODNINSKO PRAVO IN PRAVO NEUPRAVIČENE OBOGATITVE

Vesna Bergant Rakočević

Nepogodbena odškodninska prava v Sloveniji – nekatere razvojne tendence v praksi sodišč209

Marko Baretić

Razvojne tendencije u hrvatskome odštetnom pravu.....237

Marija Karanikić Mirić

Postjugoslovenski „život“ pravila o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji263

Karmen Lutman

Neupravičena obogatitev v ZOR: zasnova in razvoj307

IV. SPLOŠNE OBLIGACIJSKOPRAVNE TEME

Miha Juhart

Razvoj obligacijskega prava v RS zunaj OZ331

Nenad Tešić

Promena subjekata uz očuvanje identiteta obligacije – slučaj Srbije
– Evropska matrica i nasleđe profesora Konstantinovića347

V. PRAVO ZAVAROVALNE POGODBE

Nataša Petrović Tomić

Razvoj ugovora o osiguranju u jugoslovenskom i srpskom pravu.....389

Recenziji

V knjigi *Razvojne tendence v obligacijskem pravu*, ki jo je uredil Damjan Možina, je zbranih štirinajstih prispevkov s konference ob 40-letnici jugoslovanskega Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR, 1978). Gre za izvirne prispevke vabljenih avtorjev, ki opisujejo različne vidike ZOR, ter razvoj obligacijskega prava v Sloveniji, na Hrvaškem in v Srbiji po letu 1991. Objavljeni so v slovenskem, hrvaškem in srbskem jeziku. Del prispevkov obravnava nastanek in značilnosti zakona (Ilešič, Brus, Nikolić). Največ prispevkov je namenjenih različnim vidikom pogodbenega prava (Grilc, Đurđević, Josipović, Možina, Nikšić, Petrović-Tomić). Prispevki s področja nepogodbenega pogodbenega prava predstavljajo razvojne tendence po posameznih državah na področju odškodninskega prava (Baretić, Bergant-Rakočević, Karanikić-Mirić). Preostali prispevki obravnavajo pravo neupravičene obogatitve (Lutman), razvoj obligacijskega prava v Sloveniji izven Obligacijskega zakonika (Juhart) in spremembe subjektov v obligacijskem razmerju (Tešić). Knjiga bo našla bralce v strokovni javnosti na celotnem področju nekdanje Jugoslavije, saj obligacijsko pravo še vedno v bistvenem delu temelji na ZOR. Spoznanja monografije, sestavljene iz 14 prispevkov, je težko na kratko strniti. Avtorji na splošno ugotavljajo, da je zakon pomenil za tiste čase sodoben predpis, ki je svojo kakovost dokazal v štirih desetletjih uporabe oziroma vpliva. Ob tem pa opozarjajo tudi na nekatere pomanjkljivosti ter na vmesni razvoj in spremembe obligacijskega prava, v zadnjem času zlasti na podlagi prava EU. Vsekakor je obligacijsko pravo eno od področij, na katerem imajo novonastale države veliko skupnega, zato je smiselno področje obravnavati skupaj in izmenjevati spoznanja. Prispevki so primerno strukturirani, uporaba znanstvenega instrumentarija je ustrezna. Knjiga ustreza merilom za sofinanciranje monografij.

izr. prof. dr. Mitja Kovač
Ekonomska fakulteta Univerze v Ljubljani

Ova značajna znanstvena monografija na jednom mjestu objedinjuje radove vrhunskih pravnih stručnjaka sa područja regije odnosno bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) izložene na međunarodnoj znanstvenoj konferenciji 2018. godine na Pravnom fakultetu u Ljubljani i posvećene obljetnici 40. godina postojanja Zakona o obveznim odnosima. U zborniku radova, ugledni autori obrađuju i proučavaju različite odabrane i za pravnu struku vrlo važne pravne teme i područja, kao što je to primjerice odštetno pravo i njegovi pojedini aspekti, osnovna načela obveznog prava poput slobode ugovaranja, pojam i uloga kauze u obveznom pravu, neosnovano bogaćenje i brojne druge teme. Poseban doprinos zasigurno predstavlja odvažan potez autora poglavlja analize odabranih tema kroz prizmu razvoja pravne norme od trenutka usvajanja propisa pa sve do danas. Ovaj izuzetno važni propis, koji i danas predstavlja okosnicu pravnih poredaka zemalja pripadnica bivše Jugoslavije, a koji je prije 40 godina nastao pod utjecajem izvora međunarodnog i poredbenog prava, autori pojedinih poglavlja proučavaju kroz turbulentno razdoblje raspada SFRJ i osamostaljivanja pojedinih država, pa sve do prilagodbe njihovih pravnih okvira propisima Europske unije. Iznimno važan doprinos predstavlja opis utjecaja procesa harmonizacije odnosno usklađivanja sa izvorima europskog *acquisa*.

U kupce zainteresirane za ovaj zbornik radova sa međunarodne znanstvene konferencije posvećene aktualnostima i razvoju obveznog prava, ubrajaju se brojni pripadnici pravnih znanstvenih krugova, ali i šira pravna javnost, odnosno pravni praktičari (suci, odvjetnici, javni bilježnici i sl.) na području čitave regije odnosno području zemalja jugoistočne Europe u kojima se je jugoslavenski Zakon o obveznim odnosima primjenjivao i koji i danas u izmijenjenom i prilagođenom obliku svoje mjesto nalazi u pravnim porecima tih zemalja utječe na njih u značajnoj mjeri.

*Izv. prof. dr. sc. Emilia Mišćenić, LL.M.
Sveučilište u Rijeci, Pravni fakultet*

Predgovor

Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Inštitut za primerjalno pravo sta 15. in 16. novembra 2018 organizirala konferenco *Razvojne tendence v obligacijskem pravu*, posvečeno štiridesetletnici sprejema Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR, 1978). Ta nekdanji jugoslovanski zakon je še danes zelo zanimiv iz več razlogov: najprej zato, ker je svojo državo preživel za veliko let in živi naprej v zakonodajah novonastalih držav. V nekaterih od njih ZOR še vedno velja. Druge so vmes sprejele nove obligacijske zakone, toda ti niso bili napisani na novo; vanje je bil prenesen velik del vsebine ZOR. Velika večina ključnih konceptov zakona je tako ostala nespremenjena.

Ker ZOR v odsotnosti civilnega zakonika v SFR Jugoslaviji ni pomenil le kodifikacije obligacijskega prava, ampak tudi splošnega dela civilnega prava, je njegov današnji pomen za civilno pravo držav z območja nekdanje SFRJ toliko večji. V Sloveniji in na Hrvaškem je do nekaterih sprememb v obligacijskem pravu prišlo tudi zaradi prenosa prava EU. Tudi v drugih državah se je klasičnemu obligacijskemu pravu pridružilo in ga deloma spremenilo pravo varstva potrošnikov. ZOR pa je zanimiv tudi zato, ker je – glede na čas in okoliščine nastanka, zlasti odklone jugoslovanskega civilnega in gospodarskega prava od evropske pravne tradicije (na primer omejitve lastninske pravice, državna lastnina in prepoved zasebne iniciative v gospodarstvu) – prinesel precej sodobno in evropsko primerljivo ureditev obligacijskega prava, ki je bila razmeroma malo obremenjena s tedanjo ideologijo. Danes se ZOR oziroma na njegovi podlagi nastali novi obligacijski zakoni brez večjih težav uporabljajo v povsem drugačnih pravnih in ekonomskih okoliščinah, ki temeljijo na tržnem gospodarstvu in priznavanju človekovih pravic, vključno z lastnino in svobodno gospodarsko pobudo.

Konferenca je bila namenjena prikazu razvoja izbranih področij obligacijskega prava v slovenskem, hrvaškem in srbskem pravu. Kljub skorajda enotnemu besedilu sodna praksa in teorija v teh državah nekatere določbe zakona razume različno. Med cilji konference je bila tudi kritična analiza zakona po štiridesetih letih njegove uporabe. Predvsem pa je konferenca ponudila priložnost za srečanje in pogovor med kolegi z različnih pravnih fakultet, sodišč in prakse. Potekala je v treh jezikih – v slovenskem, hrvaškem in srbskem jeziku – tako pa so v tem zborniku objavljeni tudi prispevki.

Damjan Možina

I.

**Splošno o Zakonu o
obligacijskih razmerjih**

Ob štiridesetletnici Zakona o obligacijskih razmerjih

Ali je bil ZOR zakonodajno delo
pred svojim časom?

dr. Marko Ilešič

sodnik, Sodišče Evropske unije

1. REMINISCENCE NA NASTAJANJE ZOR

Moj prispevek ob štiridesetletnici Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR) je nekoliko neobičajno zasnovan. Razmišljanje o nastanku in usodi tega pomembnega zakonodajnega dela vsebuje metodološko različne elemente. Po eni strani črpa misli iz zakonodajne zgodovine v nekdanji Jugoslaviji in nadaljnega razvoja obligacijske zakonodaje v naslednicah nekdanje države, zlasti v Sloveniji. Teoretični pogledi in sodna praksa so pri oceni pomena ZOR bistveni. Ne smemo zanemariti tudi razvoja obligacijskega prava v Evropi in v svetu. Poleg tega klasičnega pristopa pa se pri pisanju nisem mogel izogniti svojim osebnim reminiscencam, ki so nujno subjektivne in pogosto nedokumentirane, vendar prenesene po najboljšem spominu in v dobri veri. Dejstvo, da je prispevek nastal za konferenco, ki je namenjena izmenjavi izkušenj in mnenj, tudi označuje naslednje vrstice, v katerih sem si vzel precej »esejistične svobode«.¹

¹ Ta omogoča bolj osebni odnos do na videz brezosebnih predpisov. Glej na primer T. Pavčnik: Esej o utrjevanju vrednostne podstatii obligacijskega prava v slovenski sodni praksi, v:

»Užalil se je ... užalil se je profesor Konstantinović in odšel«. S tem nekoliko dramatičnim uvodom je profesor Stojan Cigoj pred štiridesetimi leti začel svojo predstavitev tedaj ravno objavljenega ZOR na konferenci na Bledu in z njim skušal ponazoriti dogajanja ob nastajanju prve celovitejše kodifikacije obligacijskega prava v tedanji Jugoslaviji. Vsem nam je znano, da so po nastanku Kraljevine SHS leta 1918 za njeno območje še naprej veljala prejšnja pravila, ki pa so bila za različne dele nove države, pozneje Kraljevine Jugoslavije, različna. Ta različnost se je ohranila tudi po nastanku nove države po drugi svetovni vojni, ob čemer so se prejšnjim predpisom, ki so se pogojno še lahko uporabljala, pridružile še Splošne uzance za blagovni promet, pravila z nekoliko nejasno pravno veljavo, pa vendar v praksi uporabljana. Mihajlo Konstantinović, profesor Pravne fakultete Univerze v Beogradu, sicer pa – kar ni nepomembno za razumevanje njegovih zamisli – »sorbonski dijak«, je v šestdesetih letih 20. stoletja *ex privata diligentia* začel pripravljati besedilo novega civilnega oziroma pozneje le obligacijskega zakonika. Njegove ideje so ugledale luč sveta leta 1969 v obliki znamenite Skice za zakon o obligacijah in pogodbah. Skica je bila sprejeta kot delovno gradivo v komisijah tedanje Zvezne skupščine. Posegi vanjo, nekateri za tisti čas nujni zaradi spremembe Ustave SFRJ leta 1974 in zaradi uveljavitve »znamenitega« Zakona o združenem delu leta 1976, drugi morda manj utemeljeni, so profesorja Konstantinoviča tako prizadeli, da je odrekel nadaljnje sodelovanje v zakonodajnem postopku. ZOR je bil končno sprejet leta 1978.

Ne bom podrobneje opisoval sicer poučnih podrobnosti zakonodajnega postopka, o čemer je zelo veliko napisanega.² Tudi ni moj namen danes predstavljati koncept Konstantinovićeve skice in samega ZOR.

Namen tega zapisa je odgovoriti na v podnaslovu navedeno vprašanje: ali je bil ZOR zakon pred svojim časom. Ali so njegova pravila, ki so – zelo generalno – preživela 40 let, prinesla v pravni red tedanje Jugoslavije in njenih naslednic rešitve, ki so bile tedaj tako moderne, da so anticipirale prihodnji razvoj obligacijskega prava v Evropi in v svetu?

Profesor Perović je v svojem znamenitem članku o desetih letih uporabe in neuporabe ZOR zapisal, da »veliki kodeksi na polju obligacija nikoli ne pre-

Razsežnosti zasebnega prava, *Liber amicorum* Ada Polajnar Pavčnik, Ljubljana 2017.

² Samo za primer navajam R. Slijepčević: Evolucija nastanka Zakona o obligacionim odnosima, v: Pravni život 10-12/1988; pa tematska številka Analov Pravne fakultete v Beogradu, pa seveda vsi komentarji ZOR ki so bili objavljeni v letih in desetletjih po njegovi uveljavitvi.

nehajo živeti».³ V nadaljevanju pravi, da imajo take kodifikacije dve življenji. Prvega, formalnopravnega, inkorporiranega v veljavni pravni red, in drugega, vgrajenega v spomenik nekega obdobja, ki priča o stopnji ekonomskega in kulturnega razvoja, politične konstitucije in moralne emancipacije.

Danes, po 40 letih in po velikih političnih, družbenih in moralnih pretresih, se ponuja ugotovitev, da ima ZOR celo tri življenja, saj so njegov osnovni koncept v prilagojeni obliki sprejele vse naslednice nekdanje SFRJ. Kaj nam dokazuje ta trdoživost?

Menim, da je za nas vse izjemen izziv, da lahko izmenjamo razmišljanja o zgodovinskem, aktualnem in prihodnjem pomenu tega zakona. S časovne razdalje je naša ocena gotovo bolj objektivna. In navzoči v glavnem pripadamo generaciji, ki ni doživljala nastanka te zakonodaje ali ga je le bolj od daleč spremljala. Morda sem najstarejši med udeleženci konference in še jaz komaj pomnim tedanja dogajanja – ob sprejemu ZOR sem bil star 30 let. To vendarle zadostuje, da moja današnja predstavitev vsebuje tudi kakšen element osebnih vtisov oziroma ustnega izročila.

Nisem slučajno začel s Konstantinovičem: dejstvo, da je kljub vsem vložkom in dodatkom raznih komisij koncepcija iz njegove skice preživela, prinaša temu zakonu nekatere značilnosti oziroma prednosti, ki niso pogoste. Gre za pristop posameznika, ki ima – v nasprotju z mislijo *quot capita, tot sententiae* – to prednost, da je izražena smer običajno dosledna, pa čeprav ne vsakomur všečna. Tako kot si je težko zamisliti, da bi dobro pesnitev zasnovala skupina ljudi, tako je tudi pri zakonodajnem besedilu (in tudi pri sodni odločbi) pomembna temeljna zamisel posameznika, čeprav običajno pozneje pride do kompromisov (pri sodbah včasih izraženih v ne povsem dosledni argumentaciji ali – kjer je to predvideno – v obliki ločenih mnenj). Doslednost je ena od pglavitnih odlik ZOR.

In ta temeljna usmeritev se je že v »prvem življenju« ZOR pokazala najmanj v njegovih dveh značilnostih, v slogu in zakonodajni tehniki ter v številnih predčasnih idejnih rešitvah.

³ S. Perović: Deset godina primene i neprimene Zakona o obligacionim odnosim, v: Pravni život, št. 10-12/1988, str. XIV.

2. ARHITEKTONIKA ZOR

Naslovni izraz sem si izposodil pri Goldštajnu.⁴ Z njim razumem zakonodajalčevo izbiro glede obsega in strukture zakona, njegove teoretične utemeljenosti ter njegove razumljivosti. Glede tega je ZOR izviren in svojevrsten.

2.1. Nomotehnika

Pri tako obsežnem zakonu je nomotehnika zelo pomembna, še zlasti če gre za zakon, ki ureja razmerja med »navadnimi« ljudmi. Zato je treba spoštovati pristop, ki ni razviden na prvi pogled, in sicer da

- imajo vsi člani naslov (marginalno rubriko),
- noben odstavek nima več kot ene povedi,
- nobeno pravilo se ne sklicuje (s številko) na kateri drug člen: če je sklicevanje že potrebno, gre za napotitev na drug vsebinski sklop.

Da je taka tehnika uporabniku prijazna in jo v glavnem pogrešamo pri zakonodaji, tudi slovenski, najbrž ni treba posebej dokazovati.

2.2. Terminologija

Gre za prvi obligacijski zakon, ki je veljal za območje celotne tedanje Jugoslavije in je nadomestil prej veljavne predpise, ki so nastajali v različnih obdobjih in seveda v različnih jezikih. Številnih obligacijskih pravil doslej na tem območju preprosto ni bilo; nekatera so tudi prevzeta iz primerjalnopравnih virov ali mednarodnih konvencij. Zato je bilo treba uvesti več povsem novih izrazov.

Terminološki vidiki ZOR so še posebej izpostavljeni, če primerjamo besedila v vseh uradnih jezikih tedanje Jugoslavije, torej v hrvaškem, makedonskem, slovenskem in srbskem. Delovna besedila so obstajala v glavnem v srbohrvaškem (srbskem?) jeziku, v eni fazi zakonodajnega postopka pa so se pojavila tudi različice v vseh štirih jezikih in seveda je bilo končno besedilo objavljeno v Uradnem listu v vseh štirih jezikih. Po tedanjih predpisih so bile vse različice avtentične. Naj se ob tem ozrem samo na slovensko besedilo, ki ga je vzorno pripravil (prevedel) dr. Jurij Dolenc, dolgoletni sodelavec Zvezne skupščine. Tudi profesor Stojan Cigoj je kot član skupine za pripravo ZOR prispeval svoje zamisli. Slovensko besedilo je veliko delo, ki ga ne smemo podcenjevati.

⁴ V knjigi *Obvezno pravo*, Prva knjiga, druga izdaja, Zagreb 1979, str. 22 in nasl.

Nekatere netočnosti ali nespretnosti tega splošnega vtisa ne morejo omajati. Morda je največji spodrseljaj uporaba izraza »pogodba o delu« za srbohrvaški »ugovor o d(j)elu«, ki smo jo v slovenščini dotlej poimenovali nekoliko okorno »delovršna pogodba«, v slovenskem OZ pa smo se (po Cigojevi sugestiji) odločili za »podjemno pogodbo«.

2.3. Slog

ZOR se je izognil preveliki kazuistiki in naštevanju, temveč je zadržal visoko stopnjo abstraktnih pravil. Zanj so značilne številne generalne klavzule, ki omogočajo prilagoditev razlag družbenemu okolju in razvoju v času.

3. MODERNE (PREDČASNE?) IDEJE

ZOR normira več tako imenovanih modernih pogodb, pri čemer se omejuje na tiste, ki so se v poslovni praksi že dovolj izoblikovale.⁵ Vedno je mogoče razpravljati o tem, ali je več nominatnih kontraktov v zakonodaji prednost, ker sledi dogajanjem v realnem življenju, ali slabost, ker omejuje pogodbeno svobodo in s tem tudi prilagajanje pogodbenih razmerij življenjskim potrebam. Ta dilema se je pojavila tudi pri snovanju slovenskega OZ (glej spodaj). Vsekakor pa je nesporno, da je ZOR uredil več pogodbenih tipov, ki so bili šele v oblikovanju in jih tedaj veljavne obligacijske kodifikacije niso poznale; še danes se redko pojavljajo v zakonikih.

Zamisel o varstvu šibkejšega udeleženca obligacijskega razmerja, tedaj še zelo sramežljivo upoštevana pri ustvarjanju zakonodaje in le nekoliko bolj navzoča v teoriji in sodni praksi, preveva celoten ZOR. Čeprav bi težko govorili, da je šlo za temeljno načelo, in čeprav bi težko našli kakšno rdečo nit, na številnih mestih najdemo zamisli, ki se danes zdijo skoraj samoumevne, tedaj so bile pa skoraj revolucionarne. Naj navedem le nekaj primerov.

ZOR prinaša prve predpise, ki naj varujejo potrošnika kot šibkejšo stranko. Zanimivo je, da pojma potrošnik v zakonu ne najdemo, toda norme so tipične za tako varstvo, kar se je v naslednjih desetletjih uresničilo. Mednje lahko uvrstimo naslednje:

⁵ O tipologiji teh pogodb glej P. Grilc: *Moderne pogodbe*. Ljubljana 1996.

- kontrola splošnih pogojev poslovanja,
- producerska odgovornost in
- prodaja na obroke.

Na področju odškodninske odgovornosti je ZOR uvedel jasno pravilo o objektivni odgovornosti za škodo, nastalo zaradi nevarne stvari ali nevarne dejavnosti, kar tedaj v kodifikacijah – razen seveda francoskega *Code civil* – ni bilo običajno. Tudi dokazno pravilo, ki je generaliziralo v sodni praksi prisotno idejo o *res ipsa loquitur*, je bilo pomembna novost, ki se je v sodni praksi hitro udomačila. Tudi nova pravila o tako imenovani avtomobilski odgovornosti so zaživela. Enako velja za priznavanje denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo, ki jo je ZOR, čeprav v nekoliko omejenem obsegu, uzakonil na podlagi že obstoječe sodne prakse, ki je vsaj *praeter legem* tako odškodnino priznavala. Na to je nedvomno vplival nikdar uveljavljeni osnutek zakona o odškodninski odgovornosti iz leta 1951. V tistih časih so bila drugod sodišča, da o zakonodajalcih niti ne govorim, pri prisojanju takih odškodnin skrajno zadržana.

V ZOR lahko zasledimo – prek instituta imisij – tudi prve zametke spoznanja o potrebnosti pravil o okoljski odgovornosti, ki se je v naslednjih desetletjih razvila v enega pomembnejših odškodninskopravnih instrumentov za zagotovitev kakovosti življenja. Tudi ureditev nekaterih temeljnih pravil obligacijskega prava je v ZOR sledila tedaj najsodobnejšim trendom. Prodajna pogodba je sledila mednarodnim usmeritvam, pri čemer morda uredniki niso imeli najsrečnejše roke.⁶

Seveda vse rešitve v ZOR tudi niso najbolj posrečene. Mednje lahko uvrstimo zlasti nekatere rešitve glede kršitve obveznosti in še zlasti – kot sem že omenil – prodajne pogodbe, pa v nekdanji državi skoraj kaotična uporaba in razlaga pravil o denarnih obveznostih (resnici na ljubo so k temu pripomogle tudi ekonomske razmere, zlasti stalna inflacijska gibanja) in pa pogosto prekratki ali prestrogi jamčevalni roki.

⁶ Prim. D. Možina: *Obligacijski zakonik*, uvodna pojasnila. Ljubljana 2017, str. 64–65.

4. »TRETJE ŽIVLJENJE« ZAKONA O OBLIGACIJSKIH RAZMERJIH V OBLIKI SLOVENSKEGA OBLIGACIJSKEGA ZAKONIKA IZ LETA 2001

Pred slabimi tremi desetletji sem razpravljajal o internacionalizaciji obligacijskega prava in citiral tedaj ravnokar preminulega profesorja Cigoja, ki je zapisal: »Čeprav je obligacijsko pravo raznih zakonodaj v mnogočem zelo podobno, obstojijo tudi globoke razlike.« Tedaj sem ugotavljal, da sta:

»podobnost in različnost obligacijskopравnih sistemov hkrati svojevrsten paradoks, ki sili k nadaljnemu razmišljanju o mednarodnih razsežnostih nacionalnih obligacijskopравnih ureditev.«⁷

Ali je slovenski OZ preveč konservativen in premalo prilagojen modernim tokovom? Ali je dejstvo, da je vdihnil »tretje življenje« Zakonu o obligacijskih razmerjih, izgubljena priložnost za kaj še bolj sodobnega? Morda. Toda priprava takega zakonika zahteva temeljito in dolgoletno delo. Napori pri nastajanju »evropskega civilnega zakonika« to dokazujejo. In končno se je delo pri sprejemanju avstrijskega (in skozi stoletja tudi našega) ODZ, katerega dvestoletnico smo pred nedavnim obeležili tudi pri nas, začelo že v času vladavine Marije Terezije v drugi polovici 18. stoletja.⁸

Če se danes, skoraj dvajset let po sprejetju slovenskega Obligacijskega zakonika in petnajst let po vključitvi Republike Slovenije v Evropsko unijo, vnovič lotevamo sodobnih, zlasti evropskih in mednarodnih razsežnosti obligacijskega prava, se sprašujemo, ali je položaj manj paradoksalen. Nedvomno je svet vse manjši in meje čedalje bolj izginjajo, tudi meje med pravnimi sistemi. Ali smo kaj bliže enotnejšemu obligacijskemu pravu? Normalno bi bilo pričakovati, da prav obligacijska razmerja, ki urejajo tako vsakdanje odnose med navadnimi ljudmi kot tudi poslovne odnose na čedalje bolj integriranem mednarodnem trgu, postajajo čedalje bolj mednarodno poenotena. Koliko se to pozna v novem slovenskem obligacijskem pravu? Kako ga uporabljata sodna in poslovna praksa?

⁷ M. Ilešič: Internacionalizacija obligacijskega prava, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete v Ljubljani 1990.

⁸ Glej podrobneje M. Juhart: Občni državljanski zakonik in razvoj slovenskega civilnega prava, spremna beseda k faksimilirani izdaji ODZ. GV Založba, Ljubljana 2011.

Pri nastajanju OZ je bilo vsekakor treba upoštevati, da tudi nacionalno obligacijsko pravo ne more biti več zaprto samo vase in ne upoštevati mednarodnih trendov. Vendar je zanimivo ugotoviti, da tudi zadnja desetletja niso prinesla opaznejših premikov v razvoju obligacijskega prava na mednarodni ravni, vključno z evropsko. Seveda pa je treba kljub temu opozoriti na nekatere razvojne poteze, ki so vplivale tudi na novo slovensko zakonodajo. Pri tem ne smemo zanemariti velikega dela, ki je vloženo v Načela mednarodnih trgovinskih pogodb, ki so nastala v okviru rimskega inštituta UNIDROIT leta 1994, in številnih študij na temo »Načel evropskega pogodbenega prava«, zlasti s strani tako imenovane Landove komisije, ter podobnega projekta Univerze v Pavii. Vse to spada v sklop prizadevanj za nastajanje »Evropskega civilnega zakonika«, do katerega pa je kljub že skoraj nepregledni literaturi in resnično tehtnih razpravah ter soočanjih mnenj po vsej priliki še precej daleč.⁹ Res je, da so prizadevanja akademske srenje v obliki različnih projektov in nazadnje »Splošnega referenčnega okvira« prepričali tudi evropskega zakonodajalca, da je »civilni zakonik« uvrstil v svoj program.¹⁰ Razprava (tudi glede ustavnopravnega temelja) poteka.¹¹

Novo slovensko obligacijsko pravo ni moglo biti neodzivno na dogajanja na mednarodni ravni. Pri tem ne gre samo za to, da prevzem nekaterih mednarodno usklajenih pravil pomeni mednarodno obveznost Republike Slovenije, kar velja zlasti za akte EU. Pogosto namreč nima posebnega smisla, da bi veljala za vsebinsko enaka razmerja različna pravila. Seveda pa ne smemo poenostavljati zadeve v smeri, da bi mednarodno sprejeta pravila prevzemali kar samodejno, češ da so gotovo boljša od naših, zlasti če so ta »naša« vsaj deloma podedovana od držav, v katere je bila Slovenija nekdanj vključena. Res je, da so pravila unificiranega prava običajno plod dolgotrajnega in temeljitega dela pravnih strokovnjakov, pogosto pod okriljem uglednih institucij, kot sta zlasti UNCITRAL in UNIDROIT, da o organih in telesih EU ne govorim. Vendar so prav zaradi mednarodne razsežnosti rešitve v takih pravilih pogosto rezultat kompromisov med različnimi pravnimi sistemi, kar ni vedno konsistentno, in je zato potreben resen premislek pred njihovo vključitvijo v nacionalno pravo.

⁹ Glej na primer D. Možina: Evropeizacija in modernizacija obligacijskega prava, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2008.

¹⁰ Prav tam.

¹¹ Tudi tukaj je literatura komaj pregledna. Glej na primer četrto izdajo že kar legendarnega dela *Towards the European Civil Code*. Kluwer, Ars Aequi, Nijmegen 2011, 1125 (!) strani.

Dunajska konvencija o mednarodni prodaji blaga iz leta 1980 že dolgo ni več novost.¹² Vendar pa je ob velikem številu ratifikacij pridobila univerzalni pomen. Zato se je ob snovanju OZ pojavljala dilema, ali njena pravila vključiti v slovensko zakonodajo oziroma kakorkoli poskrbeti za to, da ne bi obstajal bistveno različen vzporedni pravni režim, glede na to, ali gre za »domačo« ali »mednarodno« prodajo. Ob temeljiti analizi in primerjavi koncepta te konvencije ter pravil o prodajni pogodbi, ki so (bila) uveljavljena v Sloveniji se je zadelo, da bi prenos konvencijskih institutov v našo zakonodajo le pomenil preglobok poseg v tradicionalno in dokaj zakoreninjeno ureditev pri nas. Zato je konvencija le v manjšem delu (v poglavju o sklenitvi pogodbe v splošnem delu) vplivala na pravila OZ. Kritična mnenja so tu seveda sama po sebi razumljiva.¹³

Razvoj mednarodnega avtonomnega gospodarskega prava je porodil dilemo, ali je smiselno, da pozitivno obligacijsko pravo ureja nekatera razmerja, za katera se v praksi skoraj brez izjeme uporabljajo sicer dispozitivna pravila Mednarodne trgovinske zbornice. Tu mislim zlasti na zbirko trgovinskih klavzul Incoterms, pa na Enotna pravila in običaje za dokumentarni akreditiv in za bančno garancijo. Posebna ureditev v nacionalnem pravu bi bila smiselna le, ko bi za »domača« razmerja oziroma za tista, za katera se po kolizijskih pravilih uporablja slovensko pravo, potrebovali drugačne norme, kot pa so uveljavljene v mednarodni praksi. Za to ni (bilo) videti prave potrebe. Trgovinske klavzule tudi doslej niso bile zajete v slovenskem pozitivnem pravu¹⁴ in tako ostaja še naprej. Je pa ostalo nedorečeno vprašanje posebne ureditve dokumentarnega akreditiva in bančne garancije. Čeprav je v strokovnih krogih prevladovalo mnenje, da za posebno ureditev obeh institutov, ki jo je poznal ZOR, ni posebnega razloga, saj ponavljanje določb ni potrebno, še manj pa je smotrna drugačna ureditev, je OZ v prehodni določbi »salomonsko« ohranil »v uporabi« poglavji ZOR, ki urejata dokumentarni akreditiv in bančno garancijo.¹⁵

Neposredna posledica kljub zgoraj navedenim aktivnostim še vedno skromne evropske obligacijskopravne zakonodaje se je pokazala v novi ureditvi pogod-

¹² O njenem pomenu glej na primer Mirko Ilešič: *Od Rima do Dunaja prek Slovenije*, v: *Podjetje in delo*, št. 6-7/1998.

¹³ Prim. D. Možina, nav. delo (2017), str. 65.

¹⁴ Morda bi bilo dobro opozoriti na to, da pa je nekaj teh klavzul bilo zajetih v jugoslovanskih Splošnih uzancah za blagovni promet iz leta 1954, čeprav se v praksi pogodbene stranke (skoraj) nikoli niso sklicevale na ta dispozitivna pravila, ampak so ostajale pri kateri od revizij Incoterms.

¹⁵ Člen 1061; to velja za vse bančne posle po ZOR.

be o trgovskem zastopanju (agencijske pogodbe) in nekaterih spremembah pri turističnih pogodbah. Prva je na novo koncipirana glede na Direktivo ES o samostojnih trgovskih zastopnikih, pri drugih (pri pogodbi o organiziranju potovanja) pa je bilo treba upoštevati Direktivo ES o paketnih potovanjih. Neposreden vpliv na nacionalno obligacijsko pravo ima tudi večkrat spremenjena Direktiva o preprečevanju zamud pri trgovinskih poslih, ki je vsaj deloma odpravila nejasnosti v zvezi s plačilnimi zamudami, zlasti s plačilom obresti.¹⁶

Ugotovitev o razmeroma neuspešnih poskusih evropskega poenotenja obligacijskega prava je vsaj deloma netočna, če se ozremo na tisti del obligacijskega prava, ki zadeva posebna razmerja, v katerih se kot stranka pojavlja potrošnik. Tu je EU sprejela več direktiv, začenši z Direktivo o producentski odgovornosti leta 1985,¹⁷ ki so zahtevale od držav članic ustrezno prilagoditev teh obligacijskih razmerij. Tudi v Sloveniji se seveda ni bilo mogoče izogniti upoštevanju teh obveznosti, kar je bilo storjeno z Zakonom o varstvu potrošnikov (ZVPot) iz leta 1998¹⁸ in z Zakonom o potrošniških kreditih (ZPotK) iz leta 2000. Vključitev »potrošniških pravil«, tudi po njegovi evropski popolni harmonizaciji iz leta 2011, v splošno civilno, zlasti obligacijsko pravo, pa je vse prej kot preprost problem, kar kaže tudi bogata sodna praksa Sodišča Evropske unije zlasti glede uporabe (potrošniškemu pravu neprilagojenega) nemškega *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) in drugih nacionalnih zakonikov. Zato se pojavljajo številne misli celo o eroziji obligacijskega prava.¹⁹ Čeprav je morda ta izraz nekoliko preoster, pa ni dvoma, da se pojavlja kar nekakšen »trializem«, torej različna pravila za razmerja med posamezniki, med trgovci ter med trgovci in potrošniki. Primerov je čedalje več, od različne obravnave vprašanja, kdaj se šteje, da je dolg plačan v primeru plačila prek banke, do naknadne spolnitve po nemškem BGB. Paralelizem obstoja pravil povzroča številne težave pri razlagi.²⁰

¹⁶ D. Možina: Direktiva 2000/35/ES o plačilnih zamudah v gospodarskih poslih in slovensko obligacijsko pravo, v: Podjetje in delo, št. 8/2009.

¹⁷ Prezem te direktive v slovenski Zakon o varstvu potrošnikov lepo kaže na prej omenjeni problem prevzemanja kompromisnih rešitev unificiranega prava v nacionalno zakonodajo. Producerska direktiva je namreč prinesla ureditev, ki je kolikor toliko sprejemljiva za močno različne koncepte odškodninskega prava v članicah EU, pri nas pa je za potrošnika ugodnejša rešitev že prej vseboval ZOR (179. člen). Tudi OZ je to določbo ohranil (155. člen), pri čemer je zaradi evropske harmonizacije njegova uporabljivost za potrošniška razmerja nejasna.

¹⁸ Posledica »produktivnosti« EU na področju potrošniškega prava je, da je treba nacionalne potrošniške zakonodaje stalno dopolnjevati in je zato tudi ZVPot v večnem noveliranju.

¹⁹ M. Juhart: Erozijska obligacijskega prava, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2008.

²⁰ Glej podrobno D. Možina, nav. delo (2008).

Neposredno zaznavnih vplivov mednarodnih pravil, pa naj gre za državne ali avtonomne vire, na slovensko obligacijsko pravo pravzaprav ni veliko glede na obseg in zapletenost te pravne panoge. Vendar se zdi to po svoje tudi razumljivo. Obligacijsko pravo je zgodovinsko in primerjalnopravno dokaj stabilno in je utemeljeno na dogmatično izdelanih in v praksi preizkušenih pravnih načelih in institutih. Različnosti med nacionalnimi zakonodajami le niso take, da bi klicale k hitri unifikaciji. In če je še ustrezna zakonodaja »mednarodno primerljiva«, kot to najbrž lahko trdimo za OZ, ki je prevzel razmeroma zdrave temelje ZOR, ter tudi za drugo obligacijskopravno zakonodajo, ki velja v Sloveniji, potem lahko sklenemo, da je ta bodisi z neposrednim prevzemanjem unificiranega prava kot z zgledevanjem po primerjalnopravnih rešitvah prilagojena mednarodnemu pravnemu okolju.

To je zanesljivo »zasluga« tudi Zakona o obligacijskih razmerjih kot predčasnega znanilca razvoja obligacijskega prava v duhu poštenega urejanja razmerij med ljudmi. Zato se mi zdi v podnaslovu postavljeno vprašanje retorično.

Istorijat Zakona o obligacionim odnosima i aktuelni trendovi u privatnom pravu Evropske unije¹

Prof. Dr. Dr.h.c. Dušan Nikolić
profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

1. UVOD

Zakon o obligacionim odnosima nekadašnje Jugoslavije iz 1978. godine nadživio je ne samo državu u kojoj je donet već i celokupnu jednu epohu u kojoj je svet bio ideološki podeljen na istočni i zapadni blok. Mnoge istočnoevropske zemlje su, nakon promene društvenog uređenja i napuštanja socijalističke ideologije, drastično izmenile dotadašnju regulativu u oblasti obligacionog prava, a neke su donele nove propise u toj oblasti, preuzimajući normativna rešenja iz pravnih sistema zapadnoevropskih država. Međutim, na prostoru nekadašnje Jugoslavije promene nisu bile ni obimne ni radikalne. Novostovorene države su u novom pravnom i socioekonomskom ambijentu nastavile da primenjuju većinu pravnih pravila nasleđenih iz socijalističkog perioda. Tome je doprineo

¹ Rad je delom zasnovan na rezultatima istraživanja u okviru naučnoistraživačkih projekata *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije* i *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu. Saopšten je na naučnoj konferenciji *Razvojne tendence u obligacijskom pravu – Ob 40-letnici Zakona o obligacijskih razmerjih*, održanoj na Pravnom fakultetu u Ljubljani, 15. i 16. novembra 2018. godine.

splet različnih okolnosti i događaja. Za razumevanje sadašnjosti i uspešno projektovanje budućnosti, potrebna su znanja o prošlosti. Zato je važno razotkriti uzročnopsledični niz koji je doveo do toga da se, 2018. godine, u Ljubljani povedu naučni razgovori o Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine i o budućnosti obligacionog prava.

2. PREDISTORIJA ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Uobičajeno je da se objašnjenja normativnih rešenja traže u istorijatu određenog zakona, koji obuhvata njegovu izradu, donošenje, stupanje na snagu i početne faze primene. Međutim, za Zakon o obligacionim odnosima treba zaći mnogo dublje u prošlost jer je važno znati nešto više o društvenim prilikama koje su prethodile otpočinjanju zakonodavnog projekta. Reč je o svojevrsnoj predistoriji Zakona.

2.1. Uzročnopsledični niz dug sto godina (1918 – 1978 – 2018)

Naučnih razgovora u Ljubljani o Zakonu o obligacionim odnosima iz 1978. godine i o budućnosti obligacionog prava ne bi bilo da ne postoji uzročnopsledični niz koji povezuje 1918, 1978. i 2018. godinu. Pitanje je da li bi takav zakon uopšte bio donet da nije bilo nekih važnih istorijskih događaja. Pitanje je i da li bi bez tih zbivanja i njihovih glavnih aktera on bio takav kakav jeste i da li bi bio vredan pažnje savremenih pravnika. Sticajem okolnosti, obeležavanje četrdesete godišnjice Zakona o obligacionim odnosima vremenski se podudara sa istorijskim događajima od pre ravno jednog veka, od kojih je zapravo sve počelo.

2.2. Godina 1918: formiranje Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca i načelo pravnog kontinuiteta

Polazna tačka u vremenu koje je prethodilo pisanju i donošenju Zakona o obligacionim odnosima jeste ujedinjenje južnoslovenskih naroda i formiranje Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1. decembra 1918. godine.

U novoosnovanoj državi, u skladu sa načelom pravnog kontinuiteta, u oblasti obligacionog prava, primenjivana je zatečena pravna regulativa. Rezultat toga je bio naglašen pravni partikularizam.

2.3. Pravni partikularizam: država sa šest pravnih područja

Na teritoriji Srbije i današnje vardarske Makedonije (na području Kasacionog suda u Beogradu i apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju) važio je Građanski zakonik iz 1844. godine. U Crnoj Gori (na području Velikog suda u Podgorici) na snazi je bio Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru iz 1888. godine. U Sloveniji i Dalmaciji (na području Odeljenja B zagrebačkog Stola sedmorice i apelacionih sudova u Splitu i Ljubljani) primenjivan je austrijski Građanski zakonik, sa tzv. ratnim novelama iz 1914, 1915. i 1916. godine. U Hrvatskoj (bez Dalmacije, Istre i Međumurja) i Slavoniji (na području Odeljenja A zagrebačkog Stola sedmorice, odnosno Banskog stola) važili su: ne-novelirani austrijski Građanski zakonik (Opći građanski zakonik), autonomno hrvatsko imovinsko pravo nastalo pre ujedinjenja i crkveno (kanonsko) pravo. U Bosni i Hercegovini (na području Vrhovnog suda u Sarajevu) u oblasti imovinskih odnosa primenjivan je austrijski Građanski zakonik, dok su u oblasti porodičnog i naslednog prava za hrišćane važili crkveni kanoni i običajna pravila, a za muslimane – *šerijatsko* pravo. Na području Međumurja, Prekomurja i Vojvodine (bez Srema, sa delom Baranje) važilo je ugarsko običajno i sudsko pravo.² Izuzetak su bila područja Okružnog suda u Pančevu i sreskih sudova u Banatskom Karlovcu, Beloj Crkvi, Kovinu, Titelu i Žablju, koja su zahvatala prostor nekadašnje Vojne Krajine. Tu je, kao *ius particulare*, takođe primenjivan austrijski Građanski zakonik.

2.4. Rad na ujednačavanju privatnog prava (1918–1941)

2.4.1. Formiranje posebnih organa državne vlasti za ujednačavanje prava (1919)

Pravni partikularizam je predstavljao prepreku za čvršću ekonomsku, privrednu i političku integraciju regiona. Zato je centralna vlast već od samog ujedinjenja započela proces izgradnje jedinstvenog pravnog sistema. O ozbiljnosti namere da se problem pravnog partikularizma reši brzo i efikasno svedoči či-

² O mešovitom pravnom sistemu sa elementima precedentnog prava koji je postojao na prostoru Vojvodine u prvoj polovini XX veka opširnije: Dušan Nikolić, Elements of judge-made law in Serbian legal system, u: Precedent and the law (ed. Ewoud Hondius), Bruylant, Bruxelles 2007, str. 446. i dr.; Dušan Nikolić, Private Law in Vojvodina in the First Half of the 20th Century: A Functional Model of a Mixed Legal System, u: Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II – Festschrift für Willibald Posch, LexisNexis, Wien 2011, str. 525–533.

njenica da je formirano posebno *Ministarstvo za izjednačenje zakona*.³ Osim toga, pri Ministarstvu pravde, u decembru 1919. godine, obrazovan je *Stalni zakonodavni savet* koji je sarađivao sa drugim ministarstvima i njihovim stručnim telima, a posebno sa Zakonodavnim odborom Narodne skupštine. Na taj način je sinhronizovan rad organa zakonodavne i izvršne vlasti. Deset godina kasnije, umesto tog tela, pri Ministarstvu pravde formiran je Vrhovni zakonodavni savet, sa sličnom integrativnom funkcijom.⁴

Ustavom iz 1921. godine (*Vidovdanski ustav*) ustanovljen je *skraćeni postupak* za sve zakonske predloge koji su bili usmereni na izjednačenje zakonodavstva.

2.4.2. Predosnova za građanski zakonik Jugoslavije (1934)

Rad na kodifikaciji građanskog prava započet je tek početkom tridesetih godina XX veka. Godine 1930. pri Ministarstvu pravde Kraljevine Jugoslavije formirana je Komisija za izradu prednacrtu jedinstvenog građanskog zakonika. Njeni članovi su od samog početka bili suočeni sa mnoštvom problema pravne i političke prirode. Posebnu teškoću su predstavljale razlike u pravnoj razvijenosti pojedinih područja. Smatra se da je radna grupa upravo zbog te neujednačenosti odlučila da za polazište uzme austrijski Građanski zakonik iz 1811. godine. Naime, smatralo se da je taj kodeks mnogo bliži proseku prava koje je važno u Kraljevini nego švajcarsko građansko zakonodavstvo ili, na primer, nemački Građanski zakonik iz 1896. Osim toga, gotovo sva pravna područja su se pre ujedinjenja u manjoj ili većoj meri razvijala pod uticajem austrijskog prava. Ono je na direktan ili indirektan način postalo deo zajedničke pravne tradicije. Stoga se očekivalo da će zvanično preuzimanje normativnih rešenja iz austrijskog Građanskog zakonika izazvati najmanji otpor u političkoj i stručnoj javnosti. Međutim, procene su bile pogrešne. Prednacrt novog građanskog zakonika, poznatiji kao *Predosnova*, završen je 1934. godine. Naredne godine Projekt je dostavljen Ministarstvu pravde. Ubrzo je otvorena i javna rasprava, u koju su se uključile javne ustanove, profesionalna udruženja i istaknuti pojedinci, među kojima je bilo najviše profesora univerziteta, sudija i advokata. Predosnova je pretrpela brojne kritike.⁵ Kritikovane su predložene

³ To ministarstvo je ukinuto tek 1938. godine, nakon višedecenijskog bezuspešnog nastojanja da se ujednači celokupno pravo.

⁴ Vid. Zakon o Vrhovnom zakonodavnom savetu i komisijama stručnjaka pri Ministarstvu pravde, Službene novine 23/1929.

⁵ Vid. Bertold Eisner, Mladen Pliverić, Mišljenja o predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Zagreb 1937; Živojin M. Perić, Obrazloženje §§ 1.-319. Predos-

odredbe, ali i opredeljenje zakonopisaca da se za osnovu uzme austrijski Građanski zakonik. Mnogi su smatrali da se trebalo osloniti na savremeno švajcarsko zakonodavstvo, a bilo je i onih koji su tvrdili da je zemlji potrebna originalna kodifikacija, koja bi podjednako uvažavala i domaću tradiciju i tekovine zemalja centralne i zapadne Evrope.⁶ Kao pozitivan primer navođen je Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru. Zbog tih sporova, ali i političkih promena koje su usledile nakon atentata na kralja Aleksandra, u Marseju 1934. godine, Predosnova nikada nije ušla u skupštinsku proceduru.

2.4.3. Nepostojanje političke volje za donošenje jedinstvenog građanskog zakonika

Pod uticajem opštih prilika u zemlji, ideja o jedinstvenom regulisanju celokupne materije građanskog prava napuštena je već sredinom tridesetih godina. Godine 1938. ukinuto je i Ministarstvo za ujednačenje zakona.

Drugi svetski rat i raspad Kraljevine dočekani su bez jedinstvenog građanskog zakonika. Međutim, građansko pravo nije ostalo potpuno neujednačeno. U periodu između dva svetska rata ta oblast je delimično unifikovana. Posebnim zakonima regulisana je materija meničnog i čekovnog prava, stečaja, vanstečajnog pobijanja i zemljišnoknjižnog prava.⁷ U oblasti procesnog prava, jedinstveno su uređeni parnični, vanparnični i izvršni postupak.

3. ISTORIJAT ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

3.1. Rad na regulisanju materije obligacionog prava

U pravničkoj literaturi se često navodi da je donošenju Zakona o obligacionim odnosima prethodio desetogodišnji rad tokom šeste decenije XX veka. Pojedini autori, pak, smatraju da se može govoriti o dve faze: individualnoj, koja se odigrala u tom periodu, i o kolektivnoj, zakonodavnoj, kojom je obeležena

nove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd 1939.

⁶ Opširnije: Božidar S. Marković, *Reforma našega građanskog zakonodavstva*, Beograd 1939.

⁷ Vid. Zakon o čeku (1928), Zakon o menici (1928), Zakon o stečaju (1930), Zakon o pobijanju pravnih dela van stečaja (1931), Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga (1930), Zakon o zemljišnim knjigama (1930), Zakon o zemljišnoknjižnim deobama, otpisima i pripisima (1931).

druga polovina sedamdesetih godina.⁸ Novija istraživanja pokazuju da su pripreme za regulisanje materije obligacionog prava bile znatno duže i da su sa manjim prekidima trajale gotovo četiri decenije. U tom vremenskom periodu, koji zahvata kraj pravnog sistema Kraljevine Jugoslavije i razvoj novog poretka u socijalističkoj Jugoslaviji, događale su se velike promene u društvu. S razlogom se veruje da su upravo te okolnosti i dugotrajnost rada omogućile postepeno sazrevanje ideja o tome kako treba urediti materiju obligacionog prava i da su doprinele da instituti Zakona o obligacionim odnosima budu razvijeni tako da uspešno odolevaju društvenim promenama u različitim epohama.

3.2. Jedan nerealizovan zakonodavni plan (1941)⁹

Sve do kraja devedesetih godina XX veka široj pravničkoj javnosti bila je nepoznata činjenica da je početkom 1941. godine postojao plan da se započne izrada novog građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. Podaci o tome bili su više od pet decenija skriveni u dnevničkim beleškama profesora Mihaila Konstantinovića, koje su objavljene tek krajem 1998. godine.¹⁰ Na jednoj od stranica zabeleženo je da je 4. marta 1941. godine održan radni sastanak na kojem su vođeni razgovori o izradi nacрта originalnog građanskog zakonika. Planirano je da na tom projektu rade mladi nastavnici Pravnog fakulteta u Beogradu: Mihailo Konstantinović, Božidar S. Marković, Mehmed Begović i Milivoje Marković. U *Dnevničkim beleškama* nije bilo podataka o tome da li su do početka ratnih dejstava na prostoru Kraljevine Jugoslavije bili napisani pojedini delovi nacрта. Tragajući za podacima o tom projektu, obratio sam se prof. dr Božidaru S. Markoviću. Od njega sam 27. marta 2000. godine dobio pismo u kojem je, između ostalog, pisalo: „Žao mi je međutim što nisam u mogućnosti da Vam navedem i neke nove konkretnije podatke o izradi nacрта novog originalnog Građanskog zakonika, koji je trebalo da izradimo nas četvorica tj. Mihailo Konstantinović, Mehmed Begović, Milivoje Marković i ja. O tome projektu su vođeni samo preliminarni razgovori koji su u samom

⁸ Ratimir Sljepčević, nekadašnji sekretar Zakonodavne komisije, smatra da je profesor Mihailo Konstantinović započeo individualni rad na regulisanju materije obligacionog prava početkom pedesetih godina XX veka. Vid. Ratimir Sljepčević, Nastanak i karakteristična obeležja Zakona o obligacionim odnosima, *European Lawyer Journal / Evropski pravnik* 4/2008, str. 33.

⁹ Vid. Dušan Nikolić, *O jednom nerealizovanom zakonodavnom projektu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1–3/2000–2001, str. 87–94.

¹⁰ Vid. Mihailo Konstantinović, *Politika sporazuma (Dnevničke beleške 1939–1941; Londonske beleške 1939–1941)*, Novi Sad 1998.

začetku bili prekinuti nastupanjem ratnih događaja, tako da je to ostala samo jedna neostvarena ideja...“ U vezi sa tim zakonodavnim planom je izvesno da je profesor Mihailo Konstantinović preuzeo obavezu da napiše odredbe kojima bi bila uređena materija obligacionog prava. Taj podatak je značajan jer bitno menja predstavu o dužini priprema za izradu pravne regulative u toj oblasti.

3.3. Prekid pravnog kontinuiteta sa pravnim sistemom Kraljevine Jugoslavije

Po okončanju Drugog svetskog rata, u Demokratskoj Federativnoj Jugoslaviji počela je izgradnja novog pravnog sistema. Višedecenijske pripreme za jedinstveno i sveobuhvatno regulisanje građanskog prava tada su izgubile praktičan značaj. U februaru 1945. godine Predsedništvo Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije (AVNOJ) donelo je *Odluku o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njihovih pomagača za vreme okupacije; o važnosti odluka koje su za to vreme donete; o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije*.¹¹ Taj akt je u oktobru 1946. godine, uz izvesne izmene, usvojen kao *Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije*.¹² Time su, prema mišljenju većine autora, definitivno otklonjene sve dileme u pogledu prekida kontinuiteta između pravnog sistema nekadašnje Kraljevine Jugoslavije i prava nove države. Predratni propisi su izgubili pravnu snagu. Oni su, kako je isticano u tada objavljenim radovima, „doneti za vreme stare Jugoslavije, kada je postojalo sasvim drugo društveno i ekonomsko uređenje (podvukao D. N.)“.¹³

3.4. Izgradnja novog pravnog sistema u socijalističkoj Jugoslaviji

Prvih nekoliko poratnih godina pravni sistem nove Jugoslavije se razvijao pod snažnim uticajem sovjetske pravne doktrine. U to vreme započeta je masovna kolektivizacija imovine i centralizacija privrede, koju su državni organi već tada planski usmeravali u mnogim sektorima. Da bi ubrzala te procese, nova vlast je najpre uredila tzv. klasna pitanja.

¹¹ Odluka je objavljena u Sl. listu DFJ 4 /1945.

¹² Zakon je objavljen u Sl. listu FNRJ 86/1946.

¹³ Nikola Srzentić, Povodom Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, Arhiv za pravne i društvene nauke 7–12/1946, str. 214.

U takvim okolnostima, dogodile su se značajne promene u domenu građanskog prava. Privatna svojina je izgubila raniji značaj, pojedine vrste obligacionih i privrednih ugovora su sve ređe zaključivane u pravnoj praksi i sl. Međutim, raskid sa starim poretkom bio je mnogo naglašeniji u javnopravnom domenu nego u oblasti građanskog prava. U Jugoslaviji proces kolektivizacije nikada nije sproveden do kraja. Nakon Rezolucije Informbiroa i političkog sukoba sa istočnoevropskim socijalističkim zemljama 1948. godine, plansku privredu je počela da zamenjuje slobodna tržišna utakmica. Posledice tih promena bile su vidljive i u oblasti građanskog prava. Privatna svojina ne samo da nije nestala sa pravne scene već je vremenom dobijala sve veći značaj. Uspostavljena je relativno široka sloboda ugovaranja, koja je doprinela reafirmaciji klasičnog ugovornog prava. Sve u svemu, pravni sistem Jugoslavije bio je bliži zapadnoevropskim standardima nego modelu prava koji je razvijan u ostalim socijalističkim zemljama.

Iako je nova vlast u poratnom periodu davala prednost tzv. klasnom zakonodavstvu, istovremeno je nastojala i da reguliše „najosetljivija pitanja iz doma- na građanskog prava“. Najznačajniju ulogu u procesu stvaranja regulative u toj oblasti imao je Mihailo Konstantinović, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu.

3.5. Zakonopisac koji je oblikovao normativni sistem građanskog prava posleratne Jugoslavije: profesor Mihailo Konstantinović

Mihailo Konstantinović je rođen 1897. godine u Čačku (Srbija). Za vreme Prvog svetskog rata (1916) evakuisan je u Francusku, gde je završio gimnaziju, a kasnije i studije prava. Na Pravnom fakultetu Univerziteta u Lionu odbranio je doktorsku disertaciju *Le periculum rei venditae en droit romain classique* 1923. godine. Krajem iste godine, nakon službe u državnoj administraciji Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, izabran je za docenta Pravnog fakulteta u Subotici, na Katedri za građansko pravo i međunarodno privatno pravo. Tri godine kasnije, unapređen je u zvanje vanrednog profesora. Univerzitetsku karijeru je nastavio na Pravnom fakultetu u Beogradu 1935. godine. Dve godine kasnije, izabran je za redovnog profesora. Jedno vreme je podučavao prestolonaslednika Petra II Karađorđevića. Godine 1939. postao je ministar u Vladi Cvetković–Maček, u kojoj je radio na tzv. *politici sporazuma* i nalaženju kompromisa među najbrojnijim etničkim grupama. Ratni period je proveo u Egiptu, Palestini, Turskoj i Velikoj Britaniji. Godine 1945. nastavio je da radi na Pravnom

fakultetu u Beogradu. Godinama je bio šef Katedre za građansko pravo. Više puta je biran za dekana Pravnog fakulteta. Osnovao je *Spoljnotrgovinsku arbitražu* pri Privrednoj komori Jugoslavije. Bio je osnivač i prvi urednik časopisa *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. Mnogi smatraju da je bio najznačajniji zakonopisac novije epohe na prostoru jugoistočne Evrope.

Nije pisao knjige. Iza njega su ostale samo beleške sa predavanja koje je objavila studentska organizacija Pravnog fakulteta u Beogradu. Međutim, napisao je nacрте najznačajnijih zakona u oblasti privatnog prava u posleratnoj Jugoslaviji: Nacrt osnovnog zakona o braku (1946); Nacrt osnovnog zakona o odnosima roditelja i dece (1947); Nacrt osnovnog zakona o starateljstvu (1947); Nacrt zakona o usvojenju (1947); Nacrt zakona o naknadi štete (1950); Nacrt zakona o zastarelosti potraživanja (1953); Nacrt zakona o nasleđivanju (1953) i Skicu za zakonik o obligacijama i ugovorima (1960–1969).¹⁴

3.6. Ka jedinstvenom jugoslovenskom građanskom zakoniku

Zamah posleratnom kodifikatorskom radu dao je Prvi kongres pravnika Jugoslavije, koji je održan u Beogradu 1954. godine. Učesnici skupa su se saglasili da materiju građanskog prava treba u celini i bez odgađanja urediti zakonom. Krajnji cilj je bio da se za celokupnu državu donese jedinstven građanski zakonik. Međutim, da bi zakonske praznine bile što pre otklonjene, predloženo je da se primeni metod parcijalne kodifikacije. Ideja je bila da se za svaku granu prava donese po jedan zakon, koji bi kasnije bez većih izmena mogao da bude inkorporisan u *širu* celinu.

Kao što je već rečeno, izrada Nacrta zakona o obligacijama i ugovorima poverena je profesoru Konstantinoviću 1960. godine.

Zakonodavni rad je krajem šezdesetih godina priveden kraju. Preostalo je još samo da se važeća regulativa i pripremljeni projekti međusobno usklade i objedine. Sa tim ciljem je 1968. godine u Saveznoj skupštini SFRJ imenovana Komisija za reviziju i kodifikaciju saveznog zakonodavstva. Godinu dana kasnije imenovana je Zajednička komisija svih veća Savezne skupštine za civilni kodeks. Krajem šezdesetih godina održana su i dva značajna naučna skupa posvećena razvoju pravne regulative u oblasti građanskog prava. Prvi je održan 1969. godine u Beogradu, pod nazivom *Mesto civilnog kodeksa u sistemu prava*, a drugi u Zagrebu 1970. pod nazivom *Sadržina Zakona o obligacionim*

¹⁴ Umro je u Beogradu 1982. godine.

odnosima kao dela civilnog kodeksa. Međutim, ubrzo su usledile značajne ustavne promene, a sa njima i nova preraspodela normativne nadležnosti između Federacije i republika članica, koja je onemogućila donošenje jedinstvenog građanskog zakonika.

3.7. Zaokret: preraspodela normativne nadležnosti između Federacije i republika članica

Amandmanom XXX na Ustav SFRJ iz 1963, izglasanim 1971. godine, predviđeno je da Federacija u oblasti građanskog prava „uređuje ugovorne i druge obligacione odnose u oblasti prometa robe i usluga; uređuje osnovne svojinskoppravne i druge osnovne pravne odnose kojima se obezbeđuje jedinstvo tržišta; uređuje osnovne imovinskoppravne odnose u oblasti pomorstva, unutrašnje plovidbe i vazdušnog saobraćaja; uređuje autorsko pravo“.¹⁵

Regulisanje ostalih pitanja povereno je republikama. Takva preraspodela normativne nadležnosti potvrđena je Ustavom SFRJ iz 1974. godine.¹⁶ Jugoslavija je tada, umesto dugo očekivanog jedinstvenog građanskog zakonika, dobila građansko pravo razjedinjeno na osam različitih pravnih područja.

3.8. Nepostojanje političke volje i ustavne osnove za donošenje građanskog zakonika

U pogledu razvoja jedinstvene pravne regulative, novonastale prilike su bile još nepovoljnije od onih koje su vladale u Kraljevini Jugoslaviji krajem tridesetih godina XX veka. Više nije bilo ustavne osnove za donošenje građanskog zakonika, a nije bilo ni političke volje da se ona ponovo uspostavi.

4. JUGOSLOVENSKO MEKO PRAVO (*SOFT LAW*)

Okolnosti u kojima se nalazilo jugoslovensko društvo nakon ustavnih promena sedamdesetih godina XX veka u velikoj meri se podudaraju sa situacijom u kojoj se već decenijama nalazi Evropska unija.

¹⁵ Amandman XXX, (2) (3), Sl. list SFRJ 29/1971.

¹⁶ Vid. čl. 281 (1) (4) Ustava, Sl. list SFRJ 9/1974.

4.1. Zakonske i pravne praznine

U oblasti građanskog prava postojale su brojne zakonske i pravne praznine. One su stvarale pravnu nesigurnost i otežavale funkcionisanje pravosudnog sistema.

Zakonske praznine su najčešće otklanjane primenom pravnih pravila iz propisa koji su važili na prostoru nekadašnje Kraljevine Jugoslavije i tzv. shodnom primenom uzansi, a pravne praznine kreiranjem pravila za svaki konkretan slučaj, u skladu sa načelima građanskog prava.¹⁷

4.2. Primena opštih i posebnih uzansi

Jedan deo obligacionopravne materije bio je uređen Opštim uzansama za promet robom, koje 1954. godine¹⁸ doneo plenum Glavne državne arbitraže i većim brojem posebnih uzansi.¹⁹ Uzanska pravila se odnose na privredu i na privrednike i ne bi trebalo da važe za građane, osim u pitanjima koja danas spadaju u regulativu o zaštiti potošača.

Do stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima važila je pretpostavka da su privredni subjekti prećutno prihvatili uzanska pravila ukoliko nisu ugovorom isključili njihovu primenu. To znači da su uzanse za privrednike imale karakter dispozitivnih normi. Ugovorne strane su mogle, u granicama slobode ugovaranja, urediti međusobne odnose po svom nahođenju. Uzanska pravila su primenjivana samo na pitanja koja nisu bila drugačije uređena ugovorom. Smatralo se, dakle, da uzanse po određenom automatizmu dopunjuju volju ugovornih strana. Takav princip primene uzanskih pravila bio je u skladu sa tadašnjim stanjem pravne regulative. U to vreme, mnoga pravno relevantna pitanja nisu bila uređena zakonom. Viši stepen pravne sigurnosti mogao se obezbediti samo uz primenu uzansi koje su tada bile jedini pismeni izvor za

¹⁷ Detaljnije o načelima građanskog prava: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, XIV izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad 2017, str. 107–145.

¹⁸ Službeni list FNRJ 16/1954.

¹⁹ *Lučke uzanse* (Sl. list FNRJ 2/1951); *Posebne uzanse za pojedine vrste i klase duvana* (Sl. list FNRJ 38/1956; izmene i dopune 19/1957, 29/1978); *Posebne uzanse za trgovinu povrćem* (Sl. list FNRJ 25/1960); *Posebne uzanse za trgovinu pirinčanom arpom* (Sl. list FNRJ 25/1960); *Posebne uzanse za trgovinu pasušem* (Sl. list FNRJ 25/1960); *Posebne uzanse za trgovinu krompirom* (Sl. list FNRJ 25/1960); *Posebne uzanse za trgovinu žitaricama* (Sl. list FNRJ 29/1960); *Posebne uzanse za promet blokovima i pločama od kamena, mermera i granita* (Sl. list SFRJ 9/1967); *Posebne uzanse o građenju* (Sl. list SFRJ 18/1977) i *Posebne uzanse u prometu robe na malo* (Sl. list SFRJ 12/1978, 29/1978 – ispr.).

mnoge segmente poslovanja. Da bi se otklonile postojeće pravne praznine, u mnoge uzanse, a naročito u Opšte uzanse za promet robom, uz spontano nastala običajna poslovna pravila, ugrađena su i originalna normativna rešenja. Uzanse su, dakle, bile svojevrsna zamena (supstitut) za zakonsku regulativu koja je nedostajala u toj oblasti. Pošto se veći deo materije građanskog i privrednog prava tradicionalno reguliše dispozitivnim normama, bilo je logično da i uzanska pravila imaju dispozitivni karakter.

Pretpostavka prećutnog prihvatanja uzanskih pravila nije važila za građanstvo, odnosno za ugovore zaključene van privredne sfere. To je razumljivo kada se ima u vidu da uzanse nisu nastale u životnoj praksi društvene zajednice već u poslovnoj praksi pojedinih profesija u kojima važe naročiti standardi. *De iure*, uzanska pravila su bila merodavna za određeni građanskopravni odnos samo ako su stranke ugovorile njihovu primenu. No, i tu je praksa pokazala svoju inventivnost. Sudovi su Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije bili ovlašćeni da kreiraju pravilo za konkretan slučaj ako nije bilo zakonske norme i odgovarajućeg „starog“ pravnog pravila. Koristeći tu mogućnost, oni su i u građanskim sporovima sudili po uzanskim pravilima, nezavisno od toga da li su stranke ugovorile njihovu primenu ili ne. Uzanse su tako, posrednim putem, postale značajan izvor obligacionog prava. Njihova vrednost je potvrđena dugogodišnjom sudskom praksom, pa su mnoge od njih unete u Zakon o obligacionim odnosima.²⁰ Međutim, one se nisu odnosile na sve segmente obligacionog prava i nisu bile dovoljne da se otklone brojne zakonske praznine.

4.3. Pravna nesigurnost i potrebe pravne prakse

Kako su godine proticale od prekida pravnog kontinuiteta sa pravnim sistemom nekadašnje Kraljevine Jugoslavije, donoseći sve veću neujednačenost postupanja u istovrsnim ili sličnim situacijama, tako je rasla pravna nesigurnost a sa njom i potreba pravne prakse da se problemi reše uvođenjem odgovarajućih pravnih pravila. Rešenje je spontano nađeno u inspirativnom rukopisu koji je nastao u akademskom svetu. Upravo onako kako je sugerisao Eugen Huber (*Eugen Hubert*) na samom početku švajcarskog Građanskog zakonika: „U nedostatku zakonske odredbe, sudija će odlučiti prema običajnom pravu a, u nedostatku običajnog prava, prema pravilima koja bi on postavio, kada bi

²⁰ Opširnije o tome i o značaju uzansi u savremenom srpskom pravu: Dušan Nikolić, O primeni opštih i posebnih uzansi, *Pravni život* 11/2000, str. 367–374.

bio zakonodavac. Pri tom, *on se inspiriše doktrinom* [kurziv D. N.] i sudskom praksom.²¹

4.4. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima

Sudije, advokati i pravnici koji su radili u privredi našli su inspiraciju, a kasnije i idejno uporište za rešavanje praktičnih problema u knjizi profesora Mihaila Konstantinovića *Obligacije i ugovori – skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, koju je 1969. godine objavio Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.

Skica je pokrivala gotovo celokupnu materiju obligacionog prava. Pravila koja je formulisao profesor Konstantinović bila su precizna i jasna. Uz to, ona su, zahvaljujući izdavačkom poduhvatu Pravnog fakulteta u Beogradu, bila dostupna pravničkoj i široj javnosti. Nedostajalo je još samo da budu sankcionisana od države, odnosno da budu ozakonjena. Međutim, nepostojanje državne sankcije nije bila nesavladiva prepreka za njihovu praktičnu primenu.

Građani su, u skladu sa načelom autonomije volje i slobodom ugovaranja, mogli sporazumno odrediti pravila koja će važiti za njihov obligacionopravni odnos. Oni su ih mogli samostalno formulisati ili pak ugovoriti primenu nekog od postojećih, već formulisanih pravila, a to znači i onih koja su bila sadržana u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima. Takvih primera je tokom vremena bilo sve više u praksi.

Sudije su takođe počele da primenjuju pravila iz Skice. Kao što je već rečeno, materija obligacionog prava sve do 1978. godine nije bila uređena zakonom. Sudovi su u takvim okolnostima mogli da primene pravila sadržana u propisima nekadašnje Kraljevine Jugoslavije ili da formulišu pravila za konkretan slučaj, što su inače često činili u posleratnom periodu. U drugoj pomenutoj situaciji bilo je najjednostavnije osloniti se na rešenja iz Skice profesora Konstantinovića. Tako su pravno neobavezujuća pravila potekla iz akademskog sveta spontano zaživela u pravnoj praksi.

4.5. Deset godina praktične primene neozakonjenih pravila

Pravila iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima primenjivana su kao meko pravo sve do stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima 1978.

²¹ Građanski zakonik Švajcarske, 1(2 i 3). Vid. Dušan Nikolić, Ustavne osnove švajcarskog građanskog zakonodavstva, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 11/2002.

godine. Bilo je to četrdeset godina pre nego što je Nacrt okvirnih pravila (*Draft common frame of reference*) predstavljen evropskoj javnosti. Jugoslovenska pravna praksa je reagovala na nepostojanje sankcionisanih pravila i na nepostojanje političke volje da se donese jedinstven građanski zakonik upravo onako kako to danas žele kreatori panevropske integracije, koji su suočeni sa gotovo istovetnim izazovima.²²

5. ZAKON O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

5.1. Godina 1978: usvajanje i stupanje na snagu

Nakon izvesnog zastoja u zakonodavnom radu, normativna rešenja sadržana u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima je od 1974. do 1976. razmatrala posebna radna grupa, a potom i šira pravnička javnost, u okviru javnih rasprava o Nacrtu i Predlogu zakona o obligacionim odnosima.

Zakon je usvojen na sednici Saveznog veća Savezne skupštine SFRJ 30. marta 1978, a stupio je na snagu 1. oktobra iste godine. Vreme čekanja (*vacatio legis*) bilo je znatno duže od uobičajenog jer je to bio tzv. sistemski zakon koji je imao veliki broj odredaba, sadržanih u 1.109 članova. Redaktori i donosioci zakona su smatrali da treba ostaviti više vremena građanstvu i pravničkoj javnosti da se pripreme za njegovu praktičnu primenu, mada je dugogodišnja praksa zasnovana na Skici profesora Konstantinovića pokazala da je reč o preciznim i jasnim pravilima.

5.2. Opšte karakteristike

Zakon o obligacionim odnosima je originalna tvorevina. Profesor Konstantinović i radna grupa imali su u vidu normativna rešenja iz francuskog Građanskog zakonika, austrijskog Građanskog zakonika, Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, srpskog Građanskog zakonika, nemačkog Građanskog zakonika, švajcarskog Zakonika o obligacijama, Haškog jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji pokretnih telesnih stvari i dr. Neka od njih su uz izvesna prilagođavanja ugrađena u Zakon, ali se time ne dovodi u pitanje njegova originalnost.

²² Vid. Christian von Bar, *Evropski razmišljati o privatnom pravu*, European Layer Journal / Evropski pravnik 1/2015, str. 11–27; Christian von Bar, *Ka novom zajedničkom evropskom pravu [Towards a new jus commune Europaeum]*, (ed. Dušan Nikolić), Univerzitet u Novom Sadu, Novi Sad 2017, str. 13–26.

Zakon o obligacionim odnosima je zasnovan na monističkom modelu. Njegove odredbe važe i za građane i za privrednike. Po tome je najbliži konceptu koji je usvojen u švajcarskom građanskom zakonodavstvu.

Njegove odredbe su široke i elastične. Zahvaljujući tome, pod njih se mogu podvoditi i neke nove vrste građanskopravnih odnosa koje redaktori nisu imali u vidu. Time je obezbeđena dugotrajnost zakona.

Velika većina odredaba je dispozitivne prirode.

Zakon o obligacionim odnosima po obuhvatu prevazilazi domen obligacionog prava, ali je u isto vreme i nepotpun. Naime, u njemu se nalaze odredbe koje po pandektnoj sistematici pripadaju opštem delu građanskog prava, a nedostaju normativna rešenja za neke od klasičnih, imenovanih ugovora.

Zakon je nomotehnički skladan, jezički gotovo perfektan. Terminološki je dosledan, jasan i razumljiv.

Na kraju ovog sažetog opisa treba reći ono što je posebno važno u epohi u kojoj živimo: profesor Mihailo Konstantinović je napisao socijalno pravedan zakon.

5.3. Dva podatka iz školskog svedočanstva Mihaila Konstantinovića

Na normativna rešenja često utiču životna iskustva samih zakonopisaca. O tome svedoče Zakon o obligacionim odnosima i školsko svedočanstvo Mihaila Konstantinovića. Na samom početku tog dokumenta napisano je da je njegov otac nadničar – neko ko se iz dana u dan najamnim fizičkim radom bori za opstanak svoje porodice. U gornjem desnom uglu, predviđenom za taksenu marku, rukom je ispisana reč *siromah*. Time je objašnjeno zašto je Mihailo Konstantinović bio oslobođen plaćanja takse za izdavanje svedočanstva, ali je i istovremeno trajno stavljen beleg siromaštva na njegov životopis.

Okolnosti su se kasnije promenile. Mihailo Konstantinović je postao profesor Univerziteta u Beogradu, privatni učitelj prestolonaslednika Petra II Karađorđevića, ministar pravde u Vladi Kraljevine Jugoslavije. Bio je gospodin, intelektualac i pripadnik viših društvenih slojeva, ali je bez sumnje duboko u sebi nosio osećaj za socijalnu pravdu. Ne treba zanemariti ni činjenicu da je o regulisanju materije obligacionog prava počeo da razmišlja u Kraljevini, a da je Skicu napisao u socijalističkoj Jugoslaviji.

Verovatno je otuda Zakon o obligacionim odnosima zasnovan na ideji socijalne pravde i na načelu pravičnosti.

5.4. Ideja socijalne pravde u Zakonu o obligacionim odnosima

U Zakonu o obligacionim odnosima ima više odredaba kojima je predviđeno da sud može da odstupa od normativnog rešenja i da presudi spor na drugačiji način, ako to pravičnost zahteva.

Sudiji je omogućeno da po potrebi koriguje zakonodavca (*correctrix legis*) da bi se izbegla tzv. tvrda primena zakona koja dovodi do nepravičnih odluka i povrede načela pravde i pravičnosti.

Na primer, *Zakonom o obligacionim odnosima* je propisano da je onaj koji drugome prouzrokuje štetu dužan da je nadoknadi ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.²³ Međutim, određeno i dopunsko, korektivno pravilo, koje omogućuje suđenje po načelu pravičnosti. Tako, na primer, u Zakonu piše da

„Sud može, vodeći računa o materijalnom stanju oštećenika, osuditi odgovorno lice da isplati manju naknadu nego što iznosi šteta, ako ona nije prouzrokovana ni namerno ni krajnjom nepažnjom, a odgovorno lice je slabog imovnog stanja te bi ga isplata potpune naknade dovela u oskudicu. (...) Ako je štetnik prouzrokovao štetu radeći nešto radi koristi oštećenika, sud može odrediti manju naknadu, vodeći računa o brižljivosti koju štetnik pokazuje u sopstvenim poslovima.“²⁴

Takvim normativnim rešenjima profesor Konstantinović je anticipirao drastično socijalno raslojavanje u savremenom svetu, potrebu za preispitivanjem socijalnih funkcija pravnih instituta i za novom moralizacijom privatnog prava, kao i potrebu za novim državnim intervencionizmom i efikasnijom zaštitom slabije strane u građanskopravnim odnosima.²⁵

²³ Vid. Zakon o obligacionim odnosima, čl. 154 (1).

²⁴ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 191(1 i 2).

²⁵ Vid. Dušan Nikolić, Legal protection of the weaker side in Private law of the Republic of Serbia, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 70/2015, str. 499–517.

6. AKTUELNI TREND OVI U PRIVATNOM PRAVU EVROPSKE UNIJE

6.1. Godina 2018: drastično socijalno raslojavanje

Neoliberalna ideologija, koja je imala presudan uticaj na razvoj privatnog prava u drugoj polovini XX veka, suzila je ne samo pravnu regulativu kojom su uređeni relevantni društveni odnosi već i poglede na problematiku očuvanja dugoročne stabilnosti društvenih zajednica i čovečanstva u celini.

Nepostojanje odgovarajuće pravne regulative izazvalo je drastično raslojavanje pojedinih društava i rast nejednakosti među državama, na globalnom planu.²⁶

Nejednakost u državama i nejednakost među državama postoji vekovima. Problem nastaje kada njihove razmere pređu kritičnu tačku. Ujedinjene nacije su se u proteklih sedamdesetak godina na globalnom planu sporadično bavile tom problematikom. U međuvremenu je usvojeno više dokumenata koji su direktno ili indirektno bili usmereni na preventivno delovanje. Početak se vezuje za odredbe o ljudskim pravima sadržane u *Povelji Ujedinjenih nacija* koja je usvojena 1945. godine. U periodu od 1949. do 1951. usvojena su tri dokumenta o stvaranju uslova za veće zapošljavanje i održanje ekonomske stabilnosti država. Nakon toga je usledilo desetogodišnje zatišje. Godine 1961. Generalna skupština UN je usvojila *Deklaraciju o deceniji razvoja nedovoljno razvijenih zemalja*. Težnja svetske organizacije da pomogne siromašnima bila je plemenita, ali preambiciozna. Većina ciljeva nije ostvarena. Desetak godina kasnije, pitanje nejednakosti je ponovo došlo u središte pažnje Ujedinjenih nacija. Tome je posebno doprineo tzv. *kenijski izveštaj* iz 1972. godine, na osnovu kojeg je u Svetskoj banci razvijana strategija redistribucije ekonomskog rasta. Međutim, kao što se navodi u jednoj studiji rađenoj za potrebe UNESCO-a, od tih ideja se odustalo osamdesetih godina, nakon pobede tzv. tačersko-reganovske politike i uspostavljanja dominacije (neo)liberalne ideologije.²⁷

Godine 1990. UNDP je u posebnom izveštaju naglasio da treba razmotriti ekstremne razlike u prihodima i u nacionalnim okvirima i na međunarodnom planu. Na svetskom samitu o socijalnom razvoju, održanom 1995. godine,

²⁶ Vid. Social function of law and growing wealth inequality (eds. Jan Lazar, Martina Gajdašova), Trnava 2018.

²⁷ Vid. Richard Jolly, Inequality: a historical issue within United Nations System, u: World Social Science Report 2016: Challenging Inequalities – Pathways to a Just World, str. 1.

države su pozvane da preduzmu mere za sprečavanje siromaštva i smanjenje socijalne nejednakosti.²⁸

U tom kontekstu posebno treba naglasti da u čuvenu *Milenijumsku deklaraciju*²⁹ usvojenu na *Milenijumskom samitu 2000. godine*, kojom su određeni strateški razvojni ciljevi, nisu uvrštene odredbe o smanjivanju nejednakosti. Ta činjenica je vrlo indikativna. Ona upućuje na zaključak da kreatori svetske politike ignorišu alarmantne podatke o stepenu raslojenosti i mogućim rizicima po mir i stabilnost pojedinih društava i čovečanstva u celini.

U zvaničnim dokumentima Ujedinjenih nacija posvećenim održivom razvoju³⁰ navodi se da preko 75% stanovništva u zemljama u razvoju živi u društvima u kojima su prihodi neravnomernije raspoređeni nego devedesetih godina XX veka, da su u periodu od 1990. do 2010. godine razlike u prihodima porasle za 11%, da nejednakost narušava odnose u javnoj i posebno političkoj sferi, da su lideri mnogih zemalja svesni činjenice da postoji visok stepen nejednakosti i da on predstavlja potencijalnu pretnju dugoročnom socijalnom i ekonomskom razvoju.

O razmerama problema sa kojim se suočava čovečanstvo svedoči podatak da su 2015. godine šezdeset dva najbogatija pojedinca u svetu imala bogatstvo veće od onoga kojim je raspolagala polovina svetske populacije.³¹

Uz sve to, treba imati u vidu i činjenicu da sve više raste ekonomski jaz između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju.

U savremenom svetu se ne teži apsolutnoj jednakosti u imovinskom smislu već jednakosti u mogućnostima. Preovlađuje mišljenje da svi građani treba da budu na jednak način tretirani od kreatora pravnog sistema i da imaju jednake mogućnosti sticanja imovine. Drugim rečima, smatra se da je potrebno i da je dovoljno da se uspostavi formalnopravna jednakost, odnosno relativan ekvilibrijum.

Neoliberalna ideologija je doživela krah pre deset godina, u vreme kada je počela velika svetska ekonomska i socijalna kriza. Međutim, privatno pravo

²⁸ Detaljnije o aktivnostima Ujedinjenih nacija u vezi sa smanjenjem nejednakosti, tokom proteklih decenija: *ibid.*, str. 1 i 2.

²⁹ Vid. 55/2. United Nations Millennium Declaration, <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>.

³⁰ Sustainable Development Goals – 17 Goals to transform our World, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/inequality/>.

³¹ UN Global impact – Inequality, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/our-work/social/inequality>.

je u većini zemalja nastavilo da se razvija u istim koordinatama. To znači da nisu izgrađeni odgovarajući pravni mehanizmi koji bi obezbedili očuvanje stabilnosti. Propuštena je prilika da se uspostave nove idejne osnove i novi sistem vrednosti, koji podrazumeva aktivniju ulogu države. Umesto da napravi zaokret ka postepenom stvaranju društvenog ekvilibrijuma, čovečanstvo je nastavilo da se kreće ka daljem raslojavanju i produbljivanju krize. Pritom su zanemarene određene poruke i pouke iz prošlosti koje potvrđuju tezu da se istorija ponavlja i da treba graditi pravedno privatno pravo.³²

6.2. Potreba za novom moralizacijom privatnog prava i državnim intervencionizmom

Tokom istorije ciklično su se smenjivala dva razvojna pravca. Postoje periodi koje karakterišu *ekonomski liberalizam*, ograničavanje uticaja države, težnja za deregulacijom, naglašena autonomija volje i široke sloboda ugovaranja. Nakon toga, po pravilu, sledi period koji je karakterističan po jačanju uticaja države, *državnom intervencionizmu* u sferi ekonomije, sužavanju autonomije volje i ograničavanju slobode ugovaranja.

Pravac razvoja počinje da se menja kada aktuelni model postane nefunkcionalan ili kada usled njegove primene tenzije u određenom društvu dostignu kritičnu tačku.

Čovečanstvo se trenutno nalazi na jednoj takvoj prekretnici. Klatno ekonomske i pravne istorije je, izgleda, doseglo krajnje tačke neoliberalnog modela. O tome svedoče već pomenuto drastično socijalno raslojavanje, ekonomska kriza i rat državnog intervencionizma u čitavom svetu. Istorijaska iskustva ukazuju na to da će u takvim okolnostima tenzije biti manje u društvima koja imaju pravičnije i etički uravnoteženo pravo, odgovarajuće korektivne mehanizme i, u tom kontekstu, pravila o zaštiti slabije strane u građansko-pravnim odnosima.

6.3. Konstitucionalizacija privatnog prava

Država je počela da preuzima aktivniju ulogu u privatnopravnoj sferi štiteći ljudska prava u postupku po ustavnoj žalbi. Reč je o tzv. konstitucionalizaciji privatnog, a time i obligacionog prava.

³² Opširnije: Dušan Nikolić, Socijalni ekvilibrijum i pravedno privatno pravo, u: Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Novi Sad, 2017, str. 207–209.

Ljudska prava su ustanovljena da bi se uspostavila ravnoteža između javnih interesa društvene zajednice, koju reprezentuje država, s jedne strane, i legitimnih privatnih interesa svakog ljudskog bića (pojedince), nezavisno od njegove nacionalne, verske, rasne, socijalne i polne pripadnosti, s druge strane. Ona predstavljaju okvir u kojem pojedinac ostvaruje svoju autonomiju u odnosu na društvo, a koju organi vlasti mogu ograničiti samo izuzetno i privremeno, u posebnim okolnostima i pod uslovima koji su utvrđeni najvišim međunarodnim dokumentima i ustavnim normama.³³ Građanska (privatna) prava su prvenstveno ustanovljena da bi se uspostavila ravnoteža između interesa pojedinaca koji su članovi određene društvene zajednice.³⁴ Osnovni razlog za to treba tražiti u činjenici da društvo raspolaže ograničenim resursima i da ne mogu svi pripadnici zajednice zadovoljiti sve svoje potrebe. Zato organi vlasti određuju uslove pod kojima se mogu prisvajati, koristiti i otuđivati raspoloživa dobra. U njihovoj nadležnosti je i da rešavaju sporove koji u vezi sa tim mogu nastati među pojedincima.

Građanska subjektivna prava i ljudska prava dugo su posmatrana kao dve koegzistentne kategorije. Nakon toga je, sa više ili manje uspeha, rađeno na njihovom usaglašavanju, donošenjem različitih dokumenata na nacionalnom, međunarodnom i nadnacionalnom planu. Međutim, u novije vreme se ukazuje na promene u savremenim pravnim sistemima koje vode ka supremaciji (nadređenosti) ljudskih prava u odnosu na građanska subjektivna prava. Reč je o tzv. konstitucionalizaciji ili poustavljenju privatnog prava, pod kojom se, između ostalog, podrazumeva i (direktna ili indirektna) primena ljudskih prava za garantovanih ustavom u građanskopravnim sporovima. Prema tradicionalnom shvatanju, ustavno pravo i građansko pravo su odvojene, samostalne grane, koje pripadaju različitim pravnim oblastima i koje nisu u hijerarhijskom odnosu. Može se govoriti samo o njihovoj konstruktivnoj koegzistenciji u istom pravnom sistemu. U literaturi su te relacije slikovito prikazane na primeru dve odvojene kuće koje imaju zajednički zid, zbog kojeg su stanari dužni da poštuju određeni red i da se uzajamno uvažavaju.³⁵ Nasuprot tome, postoji mišljenje da su ustavno i građansko pravo u hijerarhijskom odnosu. U prilog

³³ Vid. Dušan Nikolić, Odnos ljudskih prava i građanskih privatnih prava u Evropi, u: Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Tematski zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu IV/2016, str. 193–209.

³⁴ Opširnije: *ibid.*, str. 15 i dr.

³⁵ Hugh Collins, On the (In)compatibility of Human Rights Discourse in Private Law, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2012, London, str. 15 i 16.

tome se navode različiti argumenti, počev od toga da je ustav najviši pravni akt sa kojim moraju biti usklađena sva pravila koja važe u oblasti građanskog prava, do uvođenja novih nadležnosti i vrlo specifične uloge koju ustavni sudovi u mnogim evropskim zemljama imaju u postupcima povodom ustavnih žalbi. Ustavna žalba je sredstvo (instrument) kojim se omogućuje neposredna ustavnosudska zaštita ljudskih prava. U Republici Srbiji se ustavna žalba može podneti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, kojima su povređena ili uskraćena ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu. Stav Ustavnog suda Srbije je da se ustavnom žalbom štite sva ljudska prava koja su zajemčena Ustavom, i to nezavisno od toga u kojem delu najvišeg pravnog akta se nalaze, pa čak i da li su uopšte njime neposredno obuhvaćena. Smatra se da je dovoljno da su postala deo ustavnopravnog sistema na osnovu međunarodnih akata koji su obavezujući za Republiku Srbiju.³⁶ Ustavni sud se u početku samo starao da ljudska prava budu dosledno poštovana od organa državne vlasti (vertikalno dejstvo). Međutim, tokom vremena je pod njegovim uticajem primena ljudskih prava proširena i na odnose među pojedincima, odnosno na građanskopravne odnose (horizontalno dejstvo). Ustavni sud Srbije je, oslanjajući se na praksu (odluke precedentnog karaktera) Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa pravom na pravično suđenje, zauzeo stav da može da zalazi i u pitanja koja se tiču primene (građanskog) materijalnog prava. Konkretno, počeo je da vrši tzv. ustavnu kasaciju odluka sudova opšte nadležnosti, uključujući i one koje donosi Vrhovni kasacioni sud. Opisani trendovi izazivaju brojne nedoumice i polemike. U stranoj literaturi mišljenja su podeljena. Neki autori smatraju da je zalaženje javnog prava u sferu privatnog nepoželjno i da ugrožava temeljne civilističke principe, dok drugi tvrde da je u pitanju prirodna i logična evolucija pravne regulative koja doprinosi prevazilaženju tradicionalnih podela i jačanju koherentnosti pravnog sistema. Reč je o velikim promenama pravnog sistema, koje mogu izazvati visok stepen pravne nesigurnosti, ali i doprineti doslednoj primeni načela na kojima se temelji Zakon o obligacionim odnosima i daljoj moralizaciji obligacionog prava.³⁷

³⁶ Bosa Nenadić, Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji, <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/03/Bosa-Nenadicpredsednica-ustavnog-suda-RS-Ustavna-zalba.pdf>.

³⁷ Vid. Hugh Collins, On the (In)compatibility of Human Rights Discourse in Private Law, str. 15.

7. UMEMO ZAKLJUČKA: REGIONALNI ZNAČAJ ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Zakon o obligacionim odnosima je zajedničko pravno nasleđe zemalja koje su nekada bile u sastavu Jugoslavije i ima kohezionu ulogu u regionu, kakvu je u prvoj polovini XX veka na prostoru Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Jugoslavije) imao austrijski Građanski zakonik iz 1811. godine.³⁸

Zahvaljujući iskustvu, erudiciji i vizionarstvu profesora Mihajla Konstantinovića, a posebno njegovom osećaju za socijalni *equilibrium*, u bivšim jugoslovenskim republikama postoji pravedno i dobro izbalansirano obligaciono pravo koje će još dugo biti aktuelno i primereno izazovima sa kojima se suočava svet u kom živimo.

³⁸ Vid. Willibald Posch, Some remarks on the perception of the Yugoslav Law on Obligations abroad – An Austrian perspective [Neke napomene o percepciji jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima u inostranstvu iz austrijske perspektive], *European Lawyer Journal / Evropski pravnik* 4/2008 (Tematski broj posvećen tridesetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima), str. 45–58.

Zakonodajna tehnika in sistematika ZOR, njegovo izražanje in vplivi na nastanek

dr. Marko Brus

sodnik, Višje sodišče v Ljubljani,
docent, Evropska pravna fakulteta

1. UVOD

Zakonodajna tehnika, ki se je posamezen zakonodajalec drži, je za nastanek zakona pravzaprav zelo pomembna. Precej vpliva na razporeditev snovi najprej v osnutku zakona in seveda potem še v sprejetem zakonu. Vsebinsko povezane norme je treba še urediti v zaokrožene celote, te pa potem smotrno razvrstiti znotraj zakona. To je že naloga metodologije. Posebej pomembna je metodologija, če gre za obsežen zakon. Zakon o obligacijskih razmerjih¹ (ZOR) je to nedvomno bil.

Temeljne literature, kolikor bi se nanašala posebej na nastanek ZOR, ali vsaj posebej civilnopравnih predpisov, ni bilo mogoče najti niti glede zakonodajne tehnike niti glede sistematike.²

¹ Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85 (odločba US Jugoslavije) in 57/89.

² S tema dvema področjema in pa tudi z jezikom ZOR se sicer ukvarja tudi delo M. Brus, Uvod v zasebno pravo, Splošni del civilnega prava, Ljubljana 2011, r.št. 120 do 153, vendar ta področja niso glavni predmet tega dela. Še precej bolj splošna pa so dela: Nomotehnične

Zelo skromna je tudi literatura, kolikor se nanaša na vplive na nastanek ZOR. Kakršnegakoli temeljnega prispevka, ki bi že doslej pregledno obravnaval to vprašanje, ni bilo mogoče najti.

2. ZAKONODAJNA TEHNIKA

Zakonodajna tehnika in sistematika se v času spreminjata. Sestavljavci Pandekt so na primer uporabljali zakonodajno tehniko, ki jim je bila dostopna v 6. stoletju. Pandekte so zbirka citatov. Kakšna pa je bila zakonodajna tehnika v času sestavljanja osnutka ZOR?

Zakonodajna tehnika se je začela razvijati šele v novem veku, in še to zlasti od 17. stoletja naprej. Šele ta razvoj je pripeljal do tega, da nastajajo predpisi, ki so razmeroma abstraktni, hkrati pa so kratki. Na ozemlju nekdanje Jugoslavije je bil prvi obsežen predpis s področja civilnega prava, ki je uporabil takrat sodobno zakonodajno tehniko, pravzaprav Občni državljanski zakonik (ODZ) iz leta 1811.

Kratkost predpisa se doseže na tri načine: z »izpostavljanjem«, z abstraktnostjo norm in z odkazovanjem. Vse tri tehnike so bile sicer v času nastanka Jugoslavije in v poznejši jugoslovanski zakonodaji dobro poznane. Zlasti očitna je bila njihova uporaba v jugoslovanski kazenskopravni zakonodaji. ZOR je vse tri tehnike uporabil, vendar ne vseh z enako mero uspeha.

Zakonodajna tehnika seveda vpliva tudi na sistematiko zakona. Tehnika »izpostavljanja« vodi do tega, da ima zakon lahko splošni in posebni del. Pravila o sklenitvi pogodb v čl. 26 in nasl. ZOR in zdaj v čl. 15 in nasl. Obligacijskega zakonika³ so pred določbami o vseh posameznih vrstah pogodb (pogodbenih tipih), saj veljajo za njih vse. Kar je urejeno spredaj, tega ni treba ponoviti potem še zadaj, za vsako vrsto pogodbe posebej. Na primer za sklenitev prodajne pogodbe (čl. 454 in nasl. ZOR; čl. 435 in nasl. OZ) veljajo ista pravila kot za

smernice, 2. izdaja, Služba Vlade Republike Slovenije za zakonodajo, Ljubljana 2008 in A. Igličar, *Zakonodajna dejavnost*, Ljubljana 2011. Kakovostno, vendar prav tako splošno je delo M. Vukovića in Đ. Vukovića, *Izrada pravnih propisa, Nomotehnika*, III. izdanje Zagreb 1981.

³ Uradni list RS, št. 83/01, odločba o delni razveljavitvi 1060. člena Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 28/06), *Zakon o spremembi in dopolnitvi Obligacijskega zakonika – OZ-A* (Uradni list RS, št. 40/07), odločba o razveljavitvi 184. člena Obligacijskega zakonika (Uradni list RS, št. 64/16).

sklenitev zakupne (najemne) pogodbe (čl. 567 in nasl. ZOR; čl. 587 in nasl. OZ). Posebni del vsebuje pač potem ureditev posameznih pogodbenih tipov.

Kratka so lahko le razmeroma abstraktna pravila.⁴ Izrazi v njih so abstraktni, da se prilegajo večjemu številu med seboj različnih primerov. Tudi to zakonodajno tehniko je zakonodajalec uporabil pri ZOR, čeprav se zdi, da jo je uporabljal precej varčno. Nazoren primer je mogoče najti v zvezi s sklenitvijo pogodbe. ZOR na primer ne govori o sklenitvi prodajne, najemne, podjemne pogodbe, temveč o »sklenitvi pogodbe«. Še boljše bi bilo, če bi govoril o nastanku pravnega posla. To bi bilo sicer še bolj abstraktno, vendar povsem v skladu s stvarnim področjem veljave, ki izhaja že iz čl. 25 (3) ZOR (čl. 14 OZ).

Končno je ZOR uporabil tudi zakonodajno tehniko odkazovanja. Primer odkazovanja je na primer v čl. 269 ZOR (čl. 246 OZ): za povrnitev škode zaradi kršitve pogodbene obveznosti se uporabljajo določbe ZOR o povrnitvi nepogodbene škode. To pa so čl. 185 in nasl. ZOR (čl. 164 in nasl. OZ). Čl. 269 ZOR (čl. 246 OZ) odkazuje na te določbe, in sicer na smiselno uporabo. ZOR te zakonske tehnike ni uporabil prav pogosto. Predvsem pa sta ZOR in enako OZ pri odkazovanju nenatančna. Odkazovanje sicer uporabljata, vendar zgolj opisno, saj ne navajata številke členov OZ ali vsaj natančno na dele ZOR (ali OZ), na katera se odkazuje (glej na primer čl. 269 ZOR; čl. 246 OZ). Bistveno natančnejši je glede tega na primer nemški *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) – ta je že v prvotnem besedilu natančno navajal določbe, na katere se je odkazovalo (glej na primer § 412 BGB).

3. »ZUNANJA SISTEMATIKA«: ČLENITEV ZOR IN OZ NA MANJŠE DELE

ZOR je kot najboljšežnejši jugoslovanski zasebnopravni predpis⁵ razdeljen na naslednje (členitvene) dele:

štiri dele,⁶ ti na

⁴ Z abstraktnostjo v predpisih se ukvarjajo na primer A. Igličar, *Zakonodajna dejavnost*, Ljubljana 2011, str. 135 in 136; *Nomotehnične smernice*, Ljubljana 2008, r. št. 14 in nasl.

⁵ O zunanji strukturi zakona gl. A. Igličar, *Zakonodajna dejavnost*, Ljubljana 2011, str. 144 in nasl. in *Nomotehnične smernice*, Ljubljana 2008, r. št. 19 in nasl.; M. Vuković in Đ. Vukovića *Izrada pravnih propisa*, *Nomotehnika*, III. izdanje Zagreb 1981, r. št. 43 in nasl.

⁶ OZ ni razčlenjen na štiri dele, temveč le še na dve knjigi. Vsaka ima svoje lastno ime. Prva knjiga se imenuje »splošni del«, druga pa posebni del. Takšno poimenovanje je nazornejše kot brezbarvna delitev na prvi, drugi, tretji in četrti del, kot je značilna za ZOR.

poglavja (oštevilčena z rimskimi številkami),⁷ ta na oddelke (oštevilčene z arabskimi številkami), ta na odseke (oštevilčene z arabskimi številkami) in ta na »pododseke« (oštevilčene z rimskimi številkami).

ZOR za pododseke nima posebnega zakonskega poimenovanja. »Pododseki« so le oštevilčeni. Ker pa čl.jo odseke na manjše dele, se zdi pododsek primeren izraz. Povedano smiselno velja tudi za OZ.

Členitvenih ravni je skupaj kar pet. Kaže na to, da si je zakonodajalec v razmeroma obsežno materijo prizadeval vnesti red.

Členi imajo svoje zakonske napise (marginalne rubrike). Napisi na čl.h so uradni in veljajo enako kot besedilo člena. Koristni so lahko tako pri razlagi vsebine člena kot tudi pri hitrem iskanju uporabne norme.

Manj srečno roko je imel zakonodajalec z vsebino napisov. Ti so včasih opisni, zato tudi dolgi, in pa vsebinsko površni. Prim. na primer čl. 324 ZOR (čl. 300 OZ): »Kdaj pride upnik v zamudo«. Bi bilo namesto tega res težko zapisati: »Nastanek upnikove zamude« ali pa še preprosteje »Upnikova zamuda«? Ali pa čl. 490 ZOR (čl. 470 OZ): »Kdaj kupec lahko razdre pogodbo«. Vsebina tega člena nima opravka s časom odstopa od pogodbe, temveč opredeljuje predpostavke za nastanek pravice do razdrtja pogodbe. Primernejši napis bi bil na primer: »Predpostavke za razdrtje pogodbe«, »Dopustnost razdrtja pogodbe«, nemara tudi še preprosteje »Razdrtje pogodbe«.

4. NOTRANJA SISTEMATIKA ZOR

V okviru tega razdelka bo prikazana vsebina razdelitev snovi med oba glavna dela (oziroma v OZ med obe knjigi) in znotraj posameznih delov.

⁷ Tudi glede oštevilčevanja poglavij je v OZ nekaj razlike v primerjavi z ZOR. Oštevilčevanje poglavij je v ZOR tekoče, od začetka do konca, in se ne začne v vsakem delu na novo. Tako ima ZOR na primer do tako imenovanih bančnih pogodb 27 poglavij, skupaj v splošnem in posebnem delu. Sedemindvajseto poglavje se nanaša na zavarovalno pogodbo. V OZ pa je zavarovalna pogodba v 26. poglavju posebnega dela, čeprav je v posebnem delu urejenih nekaj pogodbenih tipov, ki jih ZOR ni urejal. Razlika nastane prav zato, ker se oštevilčenje poglavij začne z 2. knjigo na novo.

4.1. Prvi (splošni) del ZOR

ZOR (in enako OZ) prehaja načeloma od splošnega k posebnemu po metodi izpostavljanja. Začne se s I. poglavjem in naslovom »Temeljna načela« ter se zaključi s čl. 25 ZOR (čl. 14 OZ). Nadaljuje se z II. poglavjem »Nastanek obveznosti (čl. 26–261 ZOR; čl. 15–238 OZ). III. poglavje ima naslov »Učinki obveznosti« (čl. 262–294 ZOR; čl. 239–269 OZ). Kaj je urejeno v IV. poglavju »Prenehanje obveznosti« (čl. 295–393 ZOR; čl. 270–370 OZ), je razvidno že iz naslova. II. do IV. poglavje imajo logično zaporedje: najprej je urejen nastanek obveznosti, sledi opredelitev njene vsebine, temu sledi prenehanje obveznosti. Tem poglavjem sledita sicer še dve: naslov V. poglavja je »Razne vrste obveznosti«, VI. poglavja pa »Sprememba upnika ali dolžnika«. Nobeno od poglavij ne ureja zares zgolj tega, kar obljublja njun naslov. Povezava vsebine z naslovom poglavja je le zelo ohlapna.

Če se OZ ne nanaša na zakonske obveznosti, je temeljni »gradnik« ZOR pogodba (prim. na primer čl. 26 in nasl., 84 in nasl., 103 in nasl. ZOR; čl. 15 in nasl.; 69 in nasl., 86 in nasl. OZ) in ne pravni posel kot širši pojem. ZOR ureja sklenitev pogodbe, napake volje pri sklenitvi pogodbe, zastopanje pri sklenitvi pogodbe, ničnost pogodbe itn. Včasih je ZOR še ožji in se nanaša le na obojestransko zavezujoče pogodbe, ki jih poimenuje odplačne pogodbe (na primer čl. 121 ZOR). Zapisano velja tudi za OZ, le da OZ uporablja izraz »dvostranske pogodbe« (na primer čl. 100 in nasl. OZ). Pojem pravnega posla ZOR pozna (čl. 25 (3) in 84 (1) ZOR) in ista ugotovitev velja tudi za OZ (na primer čl. 14 in 69 (1) OZ). Vendar pa pravni posel ni temeljna enota njegove ureditve.

Zakonodajalec je menil, da lahko praznino, ki tako nastane, zakrpa s čl. 25 (3) ZOR (čl. 14 OZ): določbe, ki se nanašajo na pogodbe, naj bi se smiselno uporabljale tudi za druge pravne posle. Tako široka, glede stvarnega obsega in podrobnosti pa povsem nedoločna analogija, lahko vodi le do težav pri uporabi. Če na primer pogodbeni stranka sklene pogodbo zaradi grožnje, potem se bo uporabil čl. 60 ZOR (čl. 45 OZ). Kaj pa, če ena pogodbeni stranka pogodbo zaradi grožnje odpove?

Izjavo volje ZOR le omenja v čl. 28, 64, 84 (2) ZOR (čl. 18, 48, 69 (2) OZ) in naslovu 5. oddelka (pred čl. 229 ZOR; čl. 207 OZ), splošne ureditve pa ni. Ureditve v OZ je torej pomanjkljiva tudi glede tega. Posledice je mogoče dobro prikazati na primeru. OZ razmeroma natančno ureja dve različni izjavi volje, in sicer ponudbo in sprejem (glej čl. 32 in nasl. ZOR; čl. 22 in nasl. OZ). Obe sta

izjavi volje in pri obeh določa tudi začetek učinkovanja (čl. 36 (2), 39 (1) in 31 (1) ZOR; čl. 25 (2), 28 (1) in 21 OZ). Poleg njiju poznata tako ZOR kot tudi OZ še vrsto izjav volje in pa enostranskih pravnih poslov (na primer odpoved – čl. 358 ZOR; čl. 333 OZ), pri kateri se postavi povsem enako vprašanje: od kdaj učinkujejo? Tega OZ na splošno sploh ne ureja in s tem nastane pravna praznina. Sistematika, ki temelji na pogodbi kot temeljnemu »gradniku«, zanemari pa izjavo volje, pač preprosto ni dobra. Zapolni se lahko z naukom o izjavi volje, ki pa ga je mogoče utemeljiti na različnih zakonskih določbah o posameznih vrstah izjave volje, zlasti določbah o ponudbi in sprejemu ponudbe.

Posebej zanimivo je II. poglavje. V njem so pravila, ki utemeljujejo nastanek obveznosti. Obveznosti pa lahko nastanejo na temelju pogodbe ali na temelju zakona. Na na pogodbenem temelju nastale obveznosti se nanaša 1. oddelek (II. poglavje) ZOR, na na temelju zakona nastale (civilni delikt, neupravičena obogatitev, poslovodstvo brez naročila) pa 2. do 4. oddelek (čl. 154–228 ZOR; čl. 131–206 OZ). V zadnjem, 5. oddelku sta urejena dva posebna temelja za nastanek obveznosti, ki sicer nimata skoraj nič skupnega: javna obljuba nagrade in določbe o vrednostnih papirjih (čl. 229–261 ZOR; čl. 207–238 OZ). Oba pravna temelja sta očitno pravnoposlovna (glej čl. 229 in 234 ZOR; čl. 207 in 212 OZ). Javna obljuba nagrade je pač poseben pravni posel, in kot taka spada kvečjemu v drugi (posebni) in nikakor ne v splošni del ZOR. Pravna ureditev vrednostnih papirjev pa spada kvečjemu v poseben zakon, če je sploh potrebna, ali pa v skrajnem primeru v 1. oddelek istega poglavja. Očitno je v 5. oddelek zakonodajalec hotel uvrstiti »preostanke«, za katere ni našel mesta drugje, in niti ne spadajo v II. poglavje.

IV. poglavje se sicer nanaša na prenehanje obveznosti, tak je vsaj njegov naslov. Ureja pa tudi zastaranje (čl. 360 ZOR in nasl.; čl. 335 in nasl. OZ). Glede zastaranja sicer določa čl. 360 (1) ZOR (čl. 335 (1) OZ), da z zastaranjem preneha pravica zahtevati izpolnitev obveznosti. Iz te določbe bi bilo mogoče celo sklepati, da poleg pravice same obstaja še posebna pravica, zahtevati izpolnitev obveznosti. Te pravice pa ZOR nikjer ne ureja. Že čl. 360 (3) ZOR (čl. 335 (3) OZ) pojasni, da zastaranje pripelje zgolj do materialnopravnega ugovora zastaranja, tega pa mora sodišče upoštevati po uradni dolžnosti. Terjatev sama sploh ne preneha. To je sicer jasno tudi iz drugih določb ZOR. Tako je na primer mogoče pobotati zastarano terjatev, čeprav le pod določenimi predpostavkami (čl. 339 ZOR; čl. 314 OZ). Ni mogoče zahtevati niti vrnitve dajatve, dane za izpolnitev naravne, torej že zastarane obveznosti (čl. 213 ZOR; čl. 192

OZ). Če bi terjatev ugasnila, bi bil tak zahtevk nedvomno (še) mogoč. Isto potem pravzaprav, le drugače, izrazi čl. 367 ZOR (čl. 342 OZ). Sicer pa besedilo čl. 339 (2) ZOR (čl. 314 (2) OZ) jasno izrazi, da lahko dolžnik uveljavlja ugovor. Zastaranje torej sploh ne spada v poglavje o prenehanju obveznosti.

4.2. Drugi (posebni) del ZOR

Drugi (posebni del) ZOR (in OZ) se nanašata na različne vrste pravnih poslov, ki se jih lahko označi tudi kot različne zakonske tipe pravnih poslov.

Nenavadna je zakonodajna tehnika ZOR v posebnem delu. Zakonodajalec je pravna pravila praviloma razvrstil na tista, ki urejajo pravice, in tista, ki naj bi prinašala obveznosti za neko pogodbeno stranko. Dober primer je mogoče najti že kar v zvezi s prodajno pogodbo: čl. 488 in nasl. ZOR (čl. 468 in nasl. OZ) urejajo pravice kupca, čl. 516. in nasl. ZOR (čl. 496 in nasl. OZ) pa obveznosti kupca. Pri nekaterih pogodbah so pravna pravila razporejena nekoliko drugače: pravna pravila se delijo glede na to, ali pomenijo obveznosti ene ali druge pogodbene stranke. Tako je na primer pri zakupni pogodbi: čl. 569 in nasl. ZOR (čl. 588 in nasl. OZ) urejajo obveznosti zakupodajalca, čl. 581 in nasl. ZOR (čl. 600 in nasl. OZ) pa obveznosti zakupnika. Vsebinske razlike med obema pristopoma seveda ni nobene.

Pri večini pogodb, ki jih ZOR ni urejal, jih pa je uredil OZ, je ta tehnika opuščena, na primer pri pogodbi o izročitvi in razdelitvi premoženja (izročilni pogodbi) in pri družbi zasebnega prava. Izjema je pri ureditvi posodbene pogodbe, za katero so se do sprejetja OZ uporabljala še pravila ODZ.

Opisana zakonodajna tehnika posebnega dela ZOR si ne zasluži pohvale. Posledica opisane zakonodajne tehnike je, da so življenjsko povezane norme raztrgane na dva dela. To vodi do ponavljanja. Kot primer lahko vzamemo prodajno pogodbo. Vse bistveno glede glavnih pogodbenih obveznosti ene in druge stranke je urejeno že v čl. 454 ZOR (čl. 435 OZ). Da mora kupec kupnino plačati, potem še enkrat, in brez vsakega vsebinskega dodatka, določa še čl. 516 (1) ZOR (čl. 496 OZ).

Taka zakonodajna tehnika poleg tega meče v isti koš tudi neenake reči. V delu, ki ureja pravice ene stranke, so velikokrat urejena le bremena, in ne pravice. Dober primer najdemo v čl. 490 (1) ZOR (čl. 470 (1) OZ). Kupec lahko razdre pogodbo le, če da prodajalcu naknadni rok. Zaradi naknadnega roka kupec od prodajalca pač ne more zahtevati še ničesar; zadnje pa je značilnost

pravice. Dajanje naknadnega roka zato ni kupčeva posebna pravica, čeprav je uvrščeno v II. »pododsek« (ki se začne s čl. 488 ZOR; čl. 468 OZ), njegov naslov pa je ravno »Pravice kupca«. Opisana zakonodajna tehnika še dodatno razdrobi že sicer zelo podrobno formalno čl.tev OZ. V celoti gledano prinaša občutno več škode kot koristi. BGB in ODZ brez težav shajata brez nje.

Za uporabnika je zanimivo tudi to, po kakšnem zaporedju je zakonodajalec razvrščal posamezne pogodbene tipe znotraj posebnega dela ZOR.

V posebnem delu OZ so najprej urejeni pravni posli, ki bi se lahko imenovali odsvojitveni posli. Njihov končni cilj je namreč odsvojitvev nekega pogodbenega predmeta. K njim spadajo prodajna, menjalna pogodba in malo pomembno prodajno naročilo (čl. 454–556 ZOR; čl. 435–532 OZ).⁸

Posojilni pogodbi (čl. 557–566 ZOR; čl. 569–578 OZ) in zakupni (najemni) pogodbi (čl. 567–599 ZOR; čl. 579–618 OZ) skupno je na prvi pogled, da se s tako pogodbo prepusti stvar v uporabo.⁹ Vendar obstajajo velike razlike med posojilno pogodbo na eni in zakupno (najemno) pogodbo na drugi strani. Pri posojilni pogodbi in njej povsem podobni kreditni pogodbi (čl. 1065–1068 ZOR) ter kreditni pogodbi na podlagi zastave vrednostnih papirjev (čl. 1069–1071 ZOR) ne gre za prepustitev stvari v uporabo ob hkratni obveznosti vrnitve prav te stvari. Prva pogodbeni stranka prenese lastninsko pravico na stvari ali denarnem znesku. Nasprotna pogodbeni stranka mora pozneje prenesti lastninsko pravico na istovrstni stvari prvi pogodbeni stranki oziroma mora vrniti denarni znesek. Ni pa treba, da prenese lastninsko pravico prav na isti stvari. Te pogodbe so torej podobne odsvojitvenim pogodbam. Zakupna (najemna) pogodba je drugačna: uporabnik stvari mora vrniti prav tisto stvar, ki jo je prejel v uporabo. Tej pogodbi podobna je še licenčna pogodba, katere bistvo je tudi začasna prepustitev pravice. Licenčna pogodba pa je brez pravega razloga urejena ločeno od obeh prej imenovanih pogodb (čl. 686–711 ZOR; čl. 704–728 OZ). To skupino pogodb se lahko imenuje tudi pogodbe o prepustitvi rabe. K tej skupini se lahko prišteje tudi pogodba o najetju gostinskih zmogljivosti (alotmajska pogodba), ki pa ima tudi značilnosti pogodb o izvrševanju dejavnosti.

Značilnost naslednje skupine pogodb je, da je njihov predmet izvrševanje dejavnosti. K njim bi spadale zlasti podjemna in gradbena pogodba ter prevozne

⁸ OZ je k tem pogodbam dodal darilno pogodbo in pogodbo o izročitvi in razdelitvi premoženja (izročilna pogodba). OZ vse odsvojitvene posle ureja v čl. 435 do 556.

⁹ OZ je k tema dvema pogodbama dodal še posodbeno pogodbo. Vse tri pogodbe so urejen v čl. 579 do 618 OZ.

pogodbe (čl. 600–685 ZOR; čl. 619–703 OZ), hramba, uskladiščenje, naročilo, komisija, pogodba o trgovskem zastopanju, posredovanje in špedicija, pogodba o kontroli blaga in storitev, pogodba o organiziranju potovanja in posredniška pogodba o potovanju (čl. 712–884 ZOR; čl. 729–908 OZ). K tej skupini pogodb spada tudi pogodba o najetju gostinskih zmogljivosti (alotmajska pogodba), ki pa ima tudi značilnosti pogodb o prepustitvi rabe. Tudi pogodba o zaposlitvi je značilna pogodba o izvrševanju dejavnosti. V času sprejetja ZOR je bila urejena pogodba o zaposlitvi v delovnopравни zakonodaji. Niti zdaj v Republiki Sloveniji glede tega ni nič drugače.

V naslednji skupini so pogodbe o tveganju (riziku). Tveganje je značilno prav za zavarovalno pogodbo (čl. 897–965 ZOR; čl. 921–947 OZ), ki se zato nahaja v posebni skupini.¹⁰

V naslednji skupini so pogodbe o varovanju in ugotovitvi terjatev. V tej skupini so zastava (čl. 966–996 ZOR), poroštvo (čl. 997–1019 ZOR; čl. 997, 1012–1034 OZ), njemu podobna bančna garancija (čl. 1083–1087 ZOR) in poravnava (čl. 1089–1098 ZOR; čl. 1050–1059 OZ).

Nakazilo (čl. 1020–1034 ZOR; čl. 1035–1049 OZ) služi predvsem izpolnjevanju obveznosti tretjim. Zaradi te lastnosti si zasluži, da je v svoji posebni skupini.¹¹

Posebna skupina pogodb so tako imenovane bančne pogodbe (čl. 1035–1088 ZOR). Njihova skupna značilnost je, da je ena pogodbenih strank vselej banka. V to skupino spadajo bančni denarni depoziti, deponiranje vrednostnih papirjev, bančni tekoči račun, pogodba o sefu, kreditna pogodba, kreditna pogodba na podlagi zastave vrednostnih papirjev, akreditivi in bančna garancija. Vsebinske razlike med temi pogodbami so sicer zelo velike: tako na primer pogodba o sefu (čl. 1061 in nasl. ZOR) po svoji vsebini hramba (shranjevalna pogodba), ki je bila sicer v ZOR urejena v čl. 712 in nasl. ZOR. Kreditna pogodba ni po vsebini nič drugega kot posojilna pogodba (čl. 557 ZOR in nasl.),

¹⁰ K tveganim pogodbam spadata tudi pogodba o dosmrtnem preživljanju in pogodba o preužitku (čl. 557–568 OZ). Pri obeh je namreč ena pogodbenih strank zavezuje drugi dajati dajatve ali opravljati storitve do smrti druge pogodbene stranke. Tveganost takega početja je očitna, saj je vnaprej negotovo, koliko časa bo trajala obveznost dajanja dajatev ali opravljanja storitev.

¹¹ K prej navedenim skupinam pogodb je dodal OZ še eno. Družbeni pogodbi in skupnosti (čl. 990–1011 OZ) je namreč skupno, da obveznostna razmerja nastajajo zaradi sodelovanja več oseb.

bančna garancija pa je kljub očitnim razlikam še najbolj podobna poroštvu (čl. 997 in nasl. ZOR).

4.3. Kritika sistematike

Sistematika po Slovarju slovenskega knjižnega jezika pomeni urejenost, načrtnost, preiščljivost.¹² Najverjetneje tudi slovarji drugih jezikov in pa leksikoni glede tega ne bi dali bistveno drugačne opredelitve. Red nastane zaradi urejenosti po vnaprejšnjem načrtu. Urejenost pa pomeni, da se neki pojav najprej opredeli in potem njegove pojavne oblike razporedijo po določenem načrtu. Načrt je posledica razmišljanja.

Razporeditev zakonodajne snovi po določenih načelih ni sama sebi namen. Njen končni cilj je nastanek zakona, ki bi bil, kolikor je sploh mogoče, uporaben. Tak bo, če bo razumljiv, brez praznin in vsebinsko primeren.

Načrtnost dela bi moralo voditi do dveh posledic: katerikoli pojav se sme urediti le enkrat in noben poznani pojav ne sme biti spregledan.

Preneseno na pravno ureditev bi to moralo pomeniti, da noben, v trenutku pisanja zakonskega osnutka poznan, ali vsaj mogoč in pravno pomemben življenjski dogodek ne sme biti urejen dvakrat, in še zlasti ne vsakič različno. Druga posledica bi morala biti, da noben poznan, ali vsaj mogoč, in pravno pomemben življenjski dogodek ne sme biti spregledan.

Pravno pomembne vrste dogodkov se s časom spreminjajo. Temu se prilagaja tudi pravo. Uveljavitev interneta je navrgla nova pravna vprašanja, kot jih je v 19. stoletju obratovanje železnic ali pa v 20. stoletju obratovanje cestnih motornih vozil. Od nobenega zakonodajalca ni mogoče pričakovati, da bo vnaprej uredil vse mogoče življenjske dogodke, torej tudi še tiste, ki se v času sprejemanja zakona še niso niti mogli dogoditi. Zakonodajalec je v 19. stoletju pač na primer lahko uredil odgovornost za obratovanje železnic, ni pa mogel še urediti odgovornosti za obratovanje cestnih motornih vozil. Sistematiziranje je končno večinoma omogočilo šele znanstveno preučevanje pravne snovi. Upoštevati je treba tudi, da se znanstvena spoznanja oblikujejo šele sčasoma. Od zakonodajalca je mogoče pričakovati le, da bo upošteval obstoječa spoznanja o smotrni razporeditvi snovi, ne pa tistih, ki do izdelave zakonskega osnutka sploh še niso obstajala.

¹² <<https://fran.si/iskanje?FilteredDictionaryIds=130&View=1&Query=sistematika>> (15. 8. 2018).

Merili za preizkus sistematike ZOR sta torej jasni. Pravno pomembni življenjski dogodki morajo biti urejeni skupaj. Zakonskih praznin, vsaj večjih, ne sme biti.

Sistematika ZOR se po obeh merilih ne izkaže za dobro. Sicer je delitev pravil na splošne in posebne nedvomno taka, da se je z njo mogoče strinjati. Sodba o sistematiki OZ postane manj ugodna, če se zapusti taka, še vedno ptičja perspektiva. Sistematika ZOR (in OZ) je namreč pogosto nedosledna, polna ponavljanj in nejasnih norm, »praznega tovara«, kot se je posrečeno izrazil Štempihar v zvezi z ODZ.¹³

Ponesrečena sistematika ZOR in OZ je na številnih mestih očitna. Če je bilo kaj dano ali storjeno na temelju nične pogodbe, sta dajatev ali storitev pač bili dani brez pravnega temelja. Pravni temelj pa lahko odpade tudi z izpodbitjem pravnega posla. Eno je bilo urejeno v čl. 210 ZOR (čl. 190 OZ). Vendar so bile pravne posledice neveljavnosti pravnega posla delno in nepopolno urejene tudi v zvezi z ničnimi in izpodbojnimi pogodbami (čl. 104 in 113 ZOR; čl. 86 in 96 OZ), kamor pač s sistematičnega stališča niso spadale.

Opisani primer je sicer značilen, nikakor pa ni osamljen. Ničnost pogodbe je urejena na več mestih že v II. poglavju »Nastanek obveznosti«. Pri tem nastanek obveznosti obravnava le čl. 47 ZOR (čl. 35 OZ). Čl. 137 in 138 ZOR (čl. 116 in 117 OZ) se ne nanašata na nastanek obveznosti, temveč že na naknadno nemožnost in na prenehanje obveznosti zaradi nemožnosti. Spadata kvečjemu v IV. poglavje (»Prenehanje obveznosti«). Tam je nemožnost sicer tudi urejena (čl. 354–356 ZOR; čl. 329–331 OZ). Pri tem pa ni prav jasno, kakšen naj bi bil samostojen pomen teh določb v primerjavi s tistimi v čl. 137 in 138 ZOR.

Poseben pomen za pravno ureditev v zvezi s pravnim poslom imajo pač kršitve pogodbenih obveznosti ene in druge stranke, »pravna forenzika«. Taka ureditev mora biti seveda natančna in skrbna; gre pač za eno najpomembnejših področij vsake zasebnopravne ureditve sploh.

Poznamo različne vrste kršitev pogodb. Jugoslovanski zakonodajalec se je odločil za razlikovanje med nemožnostjo, zamudo in kakovostno slabo opravo dajatve ali storitve. Vse mogoče različne skupine kršitev pogodbe so sicer vsebinsko tako povezane, da bi bilo iz sistematičnega stališča najbolje vse urediti

¹³ J. Štempihar, *Zasebno pravo, Splošni del*, Ljubljana 1944, r. št. 17.

skupaj. Če pa to ne pride v poštev, bi veljalo vsaj vsako od treh skupin kršitev pogodb urediti skupaj, kot samostojno skupino.

Jugoslovanski zakonodajalec ni napravil ničesar od tega dvojega mogočega. Neveljavnost pogodbe zaradi nemožnosti je uredil na treh različnih, medsebojno povsem oddaljenih delih (čl. 47, 137, 138 in 354–356 ZOR; čl. 35, 116, 117 in 329–331 OZ). Zamuda je urejena v čl. 324–326 ZOR (čl. 299–301 OZ). Praktično najpomembnejša vrsta zamude, to pa je dolžnikova zamuda, je zgolj opredeljena v čl. 324 ZOR (čl. 299 OZ). Kakšne pa so njene pravne posledice? Zanesljivo odškodninska odgovornost (čl. 262 (2) ZOR; čl. 239 (2) OZ), pri čemer so bile podrobnosti urejene še v čl. 263–269 ZOR in so zdaj v čl. 240–246 OZ. Vendar pa lahko upnik tudi razdre pogodbo zaradi zamude, tako imenovana fiksna pogodba pa je razdrta samodejno, že na temelju zakonske določbe. Vse to je urejeno v čl. 124 in nasl. ZOR (čl. 103 in nasl. OZ). Te določbe pa so v II. poglavju »Nastanek obveznosti«. Vsebinsko ne povedo ničesar o nastanku obveznosti, temveč kvečjemu o njihovem prenehanju. Dodatna nelogičnost take ureditve je v tem, da je najprej urejena posledica kršitve pogodbe in šele potem vsebina obveznosti; ta je namreč urejena predvsem v III. poglavju »Učinki obveznosti«.

Posebno problematično je bilo urejanje kršitve pogodbe zaradi stvarnih ali pravnih napak. Zakonodajalec je namreč kršitve pogodb zaradi napak obeh vrst razmeroma obsežno uredil v zvezi s prodajno pogodbo in potem naprej tudi v zvezi s posameznimi pogodbenimi tipi, na primer v zvezi z zakupno pogodbo, podjemno pogodbo itn. To je razumljivo. Različni pogodbeni tipi se med seboj močno razlikujejo glede pravic in obveznosti strank glede pogodbeno tipične dajatve ali storitve vsaj ene stranke. Temu mora biti prilagojena tudi pravna ureditev morebitnih kršitev obveznosti. Načeloma se lahko posledice kršitev pogodbe ureja na dva načina. Prvi je, da se urejajo v zvezi z vsako pogodbo posebej. Drugi je, da se uredijo centralno, za vse vrste pogodb naenkrat, v splošnem delu zakona. Ta način je problematičen: pravna pravila v zvezi z napakami, ki bi lahko veljala za vse vrste pogodb, bi bila kvečjemu zelo abstraktna in komaj uporabna.

Jugoslovanski zakonodajalec je uredil jamčevanje za stvarne in pravne napake predvsem na prvi način. Ne glede na to je v čl. 121 (3) ZOR (čl. 100 (3) OZ) določeno še, da se morajo smiselno uporabljati določbe prodajne pogodbe o stvarnih in pravnih napakah za druge pogodbe, razen če ne ostajajo posebne določbe v zvezi s posameznim pogodbenim tipom. Namen te določbe ni

prav jasen. Mogoče je zakonodajalec skušal tako zapolniti morebitne pravne praznine, ki bi lahko nastale pri ureditvi kršitve pogodbenih obveznosti, kolikor obstaja taka ureditev pri posameznem pogodbenem tipu v drugem (»posebnem«) delu ZOR.

Že načeloma je tako odkazovanje problematično. Prodajna pogodba je pač pogodba glede stvari ali pravice. Obveznost kupca je praviloma enkratno plačilo kupnine. Taka ureditev ne ustreza niti takim pogodbenim tipom, pri katerih je treba izvrševati pogodbene obveznosti določen čas, niti takim, katerih predmet je storitev. Povsem očitna in konkretna pa je druga pomanjkljivost ureditve ZOR: že glede na zakonsko besedilo se smiselno uporabljajo določbe o odgovornosti za stvarne in pravne napake (čl. 121 (3) ZOR; čl. 100 (3) OZ). Ne uporabljajo pa se in se niti ne morejo, če je pogodbeni obveznost v storitvi. ZOR tudi sicer nima nobenih splošnih pravil, kako ravnati, ko je bila opravljena storitev kakovostno nezadovoljiva, če gre torej za hibno oziroma »slabo« storitev.

To bi ostalo brez posledic, če bi bila zakonska ureditev v zvezi s posameznimi pogodbenimi tipi dovolj natančna. Pa ni: v zvezi z naročilom na primer (čl. 749 in nasl. ZOR; čl. 766 in nasl. OZ) zakonodajalec ni uredil odškodninske odgovornosti prevzemnika naročila za slabo izvrševanje dolgovanih storitev (!). Pri kakšnem bolj sistematičnem razmišljanju avtorjev ZOR bi se taka napaka ne mogla dogoditi.

S sistematskega stališča je očitno napačna uvrstitev določb o zastaranju terjatve (čl. 360–393 ZOR; čl. 335–370 OZ) v poglavje o prenehanju obveznosti (IV. poglavje; čl. 295–393 ZOR; čl. 270–370 OZ). Razlog je kot na dlani: z zastaranjem terjatev ne preneha. Za dolžnika nastane zgolj pravica ugovarjati zastaranje.

Primerov ponavljanj je precej tudi v posebnem delu. Tako na primer ureditev nemožnosti izpolnitve v zvezi s prodajno pogodbo (čl. 458–460 ZOR; čl. 438–440 OZ) večinoma le ponavlja ureditev iz splošnega dela (čl. 46 in nasl. ZOR; čl. 34 in nasl. OZ) in doda prav malo novega; da je treba izpolniti obveznosti obeh strank sočasno, določa že čl. 122 ZOR (čl. 101 OZ), zato je čl. 475 ZOR (čl. 455 OZ) nepotreben. Podobnih primerov je še več.

Ni mogoče najti prepričljivega razloga za to, da so norme o nastanku obveznosti z javno obljubo nagrade (čl. 229 in nasl. ZOR; čl. 207 in nasl. OZ) v splošnem delu ZOR in zdaj OZ; javna obljuba nagrade je vrsta pravnega posla (poseben tip pravnega posla) in zato spada v posebni del. Tudi ni jasno, zakaj

so določbe o prenehanju pogodbe zaradi neizpolnitve (čl. 124 in nasl. ZOR; čl. 103 in nasl. OZ) v II. poglavju 1. knjige, ki se nanaša na nastanek obveznosti, če pa je prenehanje obveznosti predmet IV. poglavja v 1. knjigi (Prenehanje obveznosti; čl. 295 in nasl. ZOR; čl. 270 in nasl. OZ).

Sistematika posebnega dela ZOR ni dosledna.¹⁴ Zdi se, da je zakonodajalec skušal zaporedoma urediti sorodne pogodbe. Od tega pa je na vsaj dveh področjih odstopil. Pogodbe, ki se tako ali drugače nanašajo na turizem, so namreč urejene skupaj (čl. 859–896 ZOR; čl. 883–920 OZ), čeprav se med seboj po vsebinski plati močno razlikujejo. Tudi tako imenovane bančne pogodbe (čl. 1035–1088 ZOR) so urejene skupaj, čeprav še zdaleč ne pomenijo vsebinsko kolikor toliko homogene celote; njihova skupna značilnost je le, da jih lahko sklene le banka. Posebno in od tega ločeno vprašanje pa je, ali je bila tako obsežna ureditev enih in drugih sploh potrebna in ali je potrebna še zdaj. Povsem nerazumljiva in nesistematična pa je ureditev zastavne pogodbe v ZOR. Zastavna pogodba je namreč tipičen stvarnopravni posel, ki v obveznostnopravni zakon pač ne spada. OZ je ne ureja več, kar je tudi pravilno.

Navedenih je le nekaj primerov nesistematičnega razvrščanja snovi, dejansko pa jih je še veliko več. Sicer je razumljivo, da nobena sistematika ni brez napak. Toda število spodrseljajev pri sistematiki v ZOR in v OZ je vendarle nenavadno veliko. Sistematiko ZOR in OZ je v grobem sicer mogoče oceniti za primerno, pri podrobnostih pa kot izrazito ponesrečeno.

5. IZRAŽANJE ZOR IN OZ

Za ZOR in enako OZ so značilni dolgi in zapleteni stavki. Zdi se, da si je ZOR prizadeval, da bi bil v enem odstavku le en sam stavek. Le ugibamo lahko, zakaj je tako. Pogosto en sam stavek združuje več stavkov v daljšo celoto, ki jih neredko loči s podpičji. Tak način izražanja pa ni nujno potreben in za slovensko zakonodajo tudi ni značilen. Dolgi stavki so lahko hitro dvomni in jih je težje razumeti kot kratke. Res je sicer, da OZ ureja razmeroma zapletene

¹⁴ OZ zakonske sistematike ni popravil. Značilno za posebni del OZ je še, da je v njem poleg ureditve posameznih pogodbenih tipov še nekaj zaokroženih celot, pri katerih nastane obveznostnopravno razmerje na temelju zakona. Ureditev je torej deloma nesistematična še iz tega razloga. K takim celotam je mogoče šteti ureditev gostinske hrambe in skupnosti (čl. 741–746 OZ in čl. 1003–1011 OZ).

stvari. Dolgim stavkom se sicer ni mogoče povsem izogniti. To niti ni potrebno, večinoma pa bi bilo mogoče in koristno.

Združevanje različnih celot v eno dolgo večjo ima večinoma celo nasprotni učinek od predvidenega. Dober primer takega nesmiselnega in vsebinsko praznega prizadevanja je mogoče najti v čl. 454 (1) ZOR (435 (1) OZ). Ta glasi takole:

»S prodajno pogodbo se prodajalec zavezuje, da bo stvar, ki jo prodaja, izročil kupcu tako, da bo ta pridobil lastninsko pravico; kupec pa se zavezuje, da bo prodajalcu plačal kupnino.«

Ta poved je sestavljena iz sedmih glavnih in pomožnih stavkov in ima očitno dve vsebinski celoti. Štiri vejice so potrebne v slovenščini, da se taka dolga poved pravilno označi z ločili. Besedilo v srbsčini in hrvaščini ima sicer manj vejic, je pa enako dolgo. Bi bilo težko isti odstavek spisati na primer takole:

»S prodajno pogodbo se prodajalec zavezuje, da bo stvar izročil kupcu tako, da bo ta pridobil lastninsko pravico. Kupec se s prodajno pogodbo zavezuje k plačilu kupnine.«

Naslednji tak primer je že v naslednjem odstavku istega člena, potem pa v čl. 456 (1) in 458 (1) ZOR (čl. 436 (1) in 438 (1) OZ) itn.

Izražanje jugoslovanskega zakonodajalca je na nizki stopnji abstraktnosti. Pogosti so opisi namesto abstraktnih pojmov, ki bi jih bilo sicer mogoče in celo priporočljivo uporabiti. Primer je v naslovu pododseka, ki se začne s čl. 296 ZOR (čl. 271 OZ). Glasi se: »Kdo lahko izpolni in stroški izpolnitve.« Podobno v 2. odseku, ki se začne s čl. 371 ZOR (čl. 346 OZ): »Čas, ki je potreben za zastaranje«.

Temeljna zamisel M. Konstantinovića je bila, da se sestavi »ljudski zakonik«. To zamisel je pojasnil: sestavi naj se:

»zakonik, katerega določbe bodo v največji mogoči meri lahko razumljive tudi za nepravnike. [...] Ob priložnosti izdelave te skice se je prizadevalo za to, da bo Zakonik sestavljen tako, da ga bodo lahko brali in razumeli tudi nestrokovnjaki.«

M. Konstantinović je sicer priznal, da je posledica takega ravnanja podaljšanje besedila in da jo je tudi nemogoče izpeljati popolnoma.¹⁵

¹⁵ M. Konstantinović, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd 1969, str. 9, r. št. 10.

ZOR je tak način izražanja prevzel iz Konstantinovićevega dela *Obligacije i ugovori*. Izražanje je večinoma opisno. Nizka raven abstraktnosti ima po drugi strani veliko pomanjkljivosti. Dolgi opisi sami po sebi tudi za prava neuko osebo niso res razumljivi. Res, kdo pa lahko izpolni? Kdor izpolni, je izpolnitelj. Je res bolje zapisati: »Kdo lahko izpolni«? So dolgi zapleteni stavki, polni opisov, res toliko boljši kot kratki, v katerih so abstraktni, strokovni izrazi? In če zamisli o »ljudskem zakoniku« ni mogoče izpeljati do konca, ali si ni pametneje priznati, da je taka zamisel neuresničljiva, in da je bolje ostati pri bolj strokovnem izražanju?

6. VPLIVI NA NASTANEK ZOR

Splošno poznan je vpliv dela *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* Mihaila Konstantinovića.¹⁶ Skica je bila takorekoč prabesedilo (nem. *Urtext*) poznejšega ZOR.

V uvodu k Skici¹⁷ je Konstantinović trdil, da je glavni del gradiva za skico vzet iz »našega pravnega življenja, predvsem iz sodne prakse«.¹⁸ Nadaljeval pa je takole:

»V novih zakonodajah, in bolj splošno povedano, v primerjalni zakonodaji so nekatera vprašanja [...] rešena na način, ki bolj odgovarja potrebam praksičnega življenja kot naša stara pravna pravila. Zaradi tega je v tej skici večje število sposojenk iz primerjalne zakonodaje. Nekatere od njih so prevzete v obliki, ki jo imajo v originalu, če je bilo videti, da je tam najdena jasna in precizna formulacija. Ob tej priložnosti je treba poudariti, da se ni težilo k originalnosti v vsakem pogledu in za vsako ceno.«

Jugoslovanska sodna praksa je bila sicer oprta na pravna pravila različnih zakonikov, predvsem pa na pravna pravila ODZ in njemu sorodnega SGZ. Iz takega uvoda je mogoče sklepati, da se je Konstantinović deloma oprl tudi na ta stara pravila. Konstantinović pa glede tega ni pojasnil nobenih podrobnosti, niti glede pravnih pravil niti glede sodne prakse. Zelo škoda je zlasti tudi, da ni natančneje zapisal, na katera tuje zakone ali zakonike se je opiral pri izdelavi svojega dela. Omenil pa je, da je bilo v Skici sprejeto »določeno število odredb haaških uniformnih zakonov« in da je bila uporaba teh odredb razširjena še

¹⁶ Delo je bilo izdano v Beogradu leta 1969.

¹⁷ M. Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd 1969, str. 7, r. št. 2.

¹⁸ Prav tam, r. št. 3.

na druge vrste pogodb.¹⁹ Ta omemba je sicer razmeroma konkretna glede teh mednarodnih pogodb. Katere določbe Skice so imele vzor v njih, pa Konstantinović spet ni navedel.

Podatki o pripravah na sestavitev osnutka ZOR so razmeroma splošni. Podrobnosti o tem, kateri deli Skice so bili spremenjeni in o razlogih za spremembe, ni mogoče najti.²⁰ Iz njih ni mogoče razbrati niti, kateri tuji zakoni so vplivali na nastanek Skice, niti kateri zakoni so vplivali na nastanek sprememb Skice. Zanesljivo je le, da so se preučevali in da so vplivali na nastanek ZOR.²¹

Po sprejetju ZOR so bili številni pravniki, ki so tako ali drugače sodelovali pri izdelavi osnutka ZOR, tudi avtorji literature o ZOR, zlasti še komentarjev. O tem, kateri mednarodni ali tuji pravni viri so vplivali na nastanek ZOR, je tako predvsem mogoče sklepati le iz literature, ki so jo spisali. Navedbe v literaturi so razmeroma skromne, poleg tega pa tudi splošne. Včasih so tudi nejasne, tako da iz navedb v literaturi ni mogoče pridobiti več koristnih informacij.

Deloma je mogoče sklepati o vplivih na nastanek besedila ZOR tudi iz samega besedila. Taka sklepanja pa niso preprosta in je tudi izide takih sklepanj treba jemati z veliko previdnostjo. Čeprav je mogoče vpliv posameznega tujega zakona videti očiten, je mogoče enaka ali zelo podobna ureditev še v kateri drugi zakonodaji. Kateri zakon je torej vplival na nastanek ZOR? Poleg tega: koliko podobni si morata biti obe ureditvi, da je še mogoče govoriti o vplivu? Pregled, ki sledi v nadaljevanju, je zato treba jemati zgolj kot prvi in hkrati tudi še zelo grobi poskus najti vzglede za nastanek ZOR.

6.1. Mednarodne pogodbe in osnutki kot vplivi na nastanek ZOR

Haaška mednarodna pogodba z dne 1. julija 1964 o uvedbi enotnega zakona o mednarodnem nakupu premičnih stvari in Haaška mednarodna pogodba z dne 1. julija 1964 o uvedbi enotnega zakona o sklenitvi mednarodnih kupnih pogodb o premičnih stvareh sta poskusili poenotiti pravo mednarodne prodajne pogodbe.

¹⁹ Prav tam, r. št. 4.

²⁰ R. Slijepčević, *Evolucija nastanka Zakona o obligacionim odnosima*, str. 89 in nasl., v: *Zakon o obligacionim odnosima 1978–1988*, izdanje Časopisa za pravnu teoriju i praksu, I tom, Beograd 1988.

²¹ Prav tam.

Poročilo o tem, kaj je vplivalo na nastanek osnutka ZOR v delu, v katerem se nanaša na prodajno pogodbo, omenja Haaško konvencijo o uvedbi enotnega zakona o mednarodnem nakupu premičnih stvari.²² Opredelitev, koliko je prišlo do naslonitve na Haaško konvencijo o uvedbi enotnega zakona o mednarodnem nakupu premičnih stvari, je razmeroma natančna.²³ Naslonitev nanjo pa ni bila tako daljnosežna, da bi pomenila, da bi ZOR prevzel tudi temeljno zasnovo te haaške konvencije o enotnem pojmu »kršitve pogodbe«, temveč je vztrajal pri ločeni ureditvi nemožnosti, zamude in napake.²⁴

Imeni pogodbe o organiziranju potovanja (čl. 859 in nasl. ZOR) in posredniške pogodbe o potovanju (čl. 880 in nasl. ZOR) in bistveni del njune vsebine sta, po enem viru,²⁵ najverjetneje vzeti iz mednarodne pogodbe *Convention internationale relative au contrat de voyage* (CCV), ki je bila sprejeta v Bruslju 23. aprila 1970.²⁶ Isti vir pa se čudi, da je tako, po njegovi trditvi nedokončano delo, ZOR sploh vzel kot vzor za izdelavo obeh prej navedenih pogodb. Drugi vir pa določno trdi, da je bila ta konvencija pravzaprav vzor za nastanek pravil pogodbe o organiziranju potovanja.²⁷

Zelo skromni so podatki glede vpliva na nastanek pravne ureditve pogodbe o najetju gostinskih zmogljivosti (alotmajske pogodbe). Le en sam vir trdi, da so na posamezna pravila ZOR vplivale uzance Konvencije IHA/UFTAA iz leta 1970.²⁸ Alotmajske pogodbe se praviloma sklepajo s pomočjo mednarodnih

²² V. Kapor, v: B. Blagojević in V. Krulj (ur.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima II, 2. izdanje, Beograd 1983, kom. pred čl. 454, str. 1260.

²³ Podrobnosti glede naslonitve na to haaško konvencijo je navedel V. Kapor, prav tam.

²⁴ D. Možina, Pravo mednarodne prodaje, Ljubljana 2006, r. št. 3a, str. 4.

²⁵ I. Antunac v: Pravno-zakonodavni aspekti turizma i Zakon o obligacionim odnosima. Objavljen v zborniku: S. Perović (ur.), Zakon o obligacionim odnosima 1978–1988, II Tom, Savez udruženja pravnika SR Srbije, Beograd 1988, str. 183, r. št. 21. Ta vir pa imena konvencije ne navede korektno. Pravilna navedba imena konvencije je v: S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, Časopisni zavod uradni list SR Slovenije, IV. knjiga, Ljubljana 1986, uvod pred čl. 859, str. 2326. Cigoj ne navaja, da bi pri izdelavi pravil v ZOR prišlo do naslonitve na konvencijo.

²⁶ Glede vsebine glej <<https://www.unidroit.org/fr/instruments/instruments-transport/instruments-voyage-ccv>>.

²⁷ V. Šmid, v: B. Blagojević in V. Krulj (ur.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima II, 2. izdanje, Savremena administracija, Beograd, prethodne napomene pred čl. 859, str. 1849, pod 4.

²⁸ D. Poković v: Pravno-zakonodavni aspekti turizma i Zakon o obligacionim odnosima. Objavljen v zborniku: S. Perović (ur.), Zakon o obligacionim odnosima 1978–1988, II Tom, Savez udruženja pravnika SR Srbije, Beograd 1988, str. 187. Navedba je zelo nenatančna, tak je zato tudi citat v tem prispevku.

tipskih pravil, ta pa se poleg tega tudi spreminjajo. Že vnaprej je bilo jasno, da je ureditev alotmajske pogodbe v ZOR nepotrebna in nesmiselna. Toliko bolj to velja za OZ, saj v Republiki Sloveniji množični turizem nikoli ni imel takega pomena, kot ga je imel na primer v nekdanji Jugoslaviji na Hrvaškem.

6.2. Francosko pravo

Na nastanek čl. 51 ZOR o podlagi so vplivale določbe francoskega prava ali katerega drugega prava iz romanskega kroga.²⁹

Poznan je tudi vpliv francoskega, očitno pa običajnega prava na nastanek čl. 294 ZOR (čl. 269 OZ). Ta določba se nanaša na sodne penale.³⁰

6.3. Nemško pravo

O morebitnem vplivu nemškega prava na nastanek ZOR je mogoče sklepati izključno iz zakonske ureditve. Ureditev »Obveznosti z več dolžniki in upniki« (V. Poglavje, 3. oddelek, čl. 412–435 ZOR; čl. 393–416 OZ) sicer ne pomeni dobrednega prevzema (§§ 420–432 BGB), toda ureditvi sta si po notranji sistematiki (tega odseka) in po vsebini tako podobni, da to ne more biti naključje. Ureditev se namreč najprej nanaša na deljive obveznosti, nato na solidarne in končno nedeljive; enako je v BGB. Tudi večjih vsebinskih odstopanj med obema zakonoma ni.

Podobno bi bilo mogoče sklepati za prevzem dolga (čl. 446–450 ZOR; čl. 427–431 OZ; glej §§ 414–418 BGB). Ureditvi sta si vsebinsko zelo podobni,

²⁹ S. Cigoj, v: B. Blagojević in V. Krulj (ur.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima II, 2. izdanje, Savremena administracija, Beograd 1983, kom k čl. 51, pod I (str. 179); S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, Časopisni zavod uradni list SR Slovenije, I. knjiga, Ljubljana 1984, kom. k čl. 51, pod I (str. 191). Cigoj navaja kot mogoče vzore čl. 1325 (2), 1131 in 1133 CC, ter čl. 1342 in 1418 (2) *Codice civile*, vendar le primeroma.

³⁰ S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, Časopisni zavod uradni list SR Slovenije, II. knjiga, Ljubljana 1984, kom. K čl. 294, pod I in II (str. 1009 in 1010). Da je francosko običajno pravo vplivalo na nastanek določb o sodnih penalih, je mogoče sklepati tudi iz članka J. Studina *Sudski penali – nova ustanova našeg obligacionog prava*, v: *Pravni život*, št. 12/1980, str. 17–19. Studin sicer ne trdi, da bi bilo francosko pravo vzor za nastanek čl. 294 ZOR, navaja pa, da pozna podobno ureditev le francosko pravo in da mu ni poznano, da bi katero drugo evropsko pravo poznalo podobno ureditev. Da je bilo torej francosko pravo najverjetnejši vzor za nastanek čl. 294 ZOR, je torej sklep, ki se vsiljuje sam po sebi.

pri čemer je ureditev v ZOR nekoliko poenostavljena in tudi ne sledi zaporedju določb BGB tako zvesto kot ureditev obveznosti z več upniki in dolžniki. Odprto pa ostaja, ali je bil § 419 BGB vzor za čl. 452 ZOR, ki se nanaša na pristop k dolgu pri prevzemu premoženjske celote. Med obema določbama je sicer velika razlika: za odgovornost prevzemnika premoženja zadošča po čl. 452 (1) ZOR že prevzem dela premoženjske celote. Glede na § 419 (1) BGB pa je temelj za odgovornost prevzemnika le prevzem cele premoženjske celote in ne le njenega dela.

6.4. Morebiten vpliv ruskega socialističnega prava in prava drugih socialističnih držav na nastanek deliktnega prava?

Vpliv ruskega prava in prava drugih socialističnih držav je mogoče domnevati predvsem na področju deliktnega prava. Prav glede tega vpliva pa ni bilo mogoče najti nobenega zapisa. Podobnosti med ureditvijo v ruskem pravu, pravu drugih socialističnih držav in ZOR glede nekaterih povsem načelnih odločitev glede odgovornosti je velika. Ni pa niti jasno, ali ni mogoče na nekatere temeljne odločitve vplivalo tudi francosko pravo.

Ureditev deliktne odgovornosti v širšem smislu je lahko taka, da je krivda predpostavka odgovornosti ali pa tudi ne. Odgovornost na temelju krivdne povzročitve škode je bila urejena v čl. 154 (1) ZOR, odgovornost brez krivde v čl. 154 (2) ZOR (čl. 131 (1) in (2) OZ). Pri deliktni krivdni odgovornosti se je krivda domnevala (čl. 154 (1) ZOR). Opredelitev škode, posebej še premoženjske, je ostala zelo splošna (čl. 155 ZOR; čl. 132 OZ).

Kakšna ali kolikšna naj bi bila »stvar(i) ali dejavnost(i), iz katerih izvira večja škodna nevarnost za okolico« (gl. čl. 154 (2) ZOR), ni bilo na zakonski ravni nikoli določeno. Enako velja tudi za nevarno stvar ali nevarno dejavnost, kar oboje omenja čl. 173 (1) ZOR (čl. 149 OZ). Značilna za čl. 154 (1) ZOR je torej uporaba normativnih, in za povrh še zelo splošnih pojmov, celotna ureditev pa je močno v prid oškodovancu.

Bistvene značilnosti čl. 154 (1) ZOR se najdejo že v čl. 403 Državlanskega zakonika Ruske federacije iz leta 1922:

»Kdor povzroči škodo osebnosti ali premoženju koga drugega, je dolžan nadomestiti škodo. Oproščen je take obveznosti, če dokaže, [...], da je bil k povzročitvi škode upravičen ali če je škoda nastala kot posledica namena ali grobe malomarnosti odškodovanca.«

Jamčevanje iz ogrožanja, ki se je v jugoslovanski literaturi poimenovala objektivna odgovornost, pa je bilo urejeno v čl. 404:

»Osebe in podjetja, katerih dejavnost je povezana s povečano nevarnostjo za okolico, [...] odgovarjajo za škodo, ki jo povzroči povečani vir nevarnosti.«³¹

To za Rusijo sicer niti takrat ni bilo nič povsem novega.³²

Ruski Državlanski zakonik iz leta 1964 v čl. 444 glede krivdne deliktne odgovornosti ni spremenil ničesar bistvenega:

»(1) Kdor [...] povzroči škodo, mora nadomestiti škodo v polnem obsegu. (2) Povzročitelj škode je oproščen odškodninske dolžnosti, če dokaže, da škoda ni nastala zaradi njegove krivde. (3) S pravno pravilnimi dejanji povzročeno škodo je treba nadomestiti le v pravno določenih primerih.«³³

Zakoni evropskih socialističnih držav so temu vzorcu sledili: uvedli so generalno klavzulo za krivdno deliktno odgovornost,³⁴ kolikor ni ostala v veljavi še predsocialistična zakonodaja. Krivda se je v ruskem pravu domnevala.³⁵ Enako je veljalo tudi za albansko, bolgarsko, češkoslovaško, madžarsko in vzhodnonemško pravo.³⁶

Tudi odgovornost ne glede na krivdo je v ruskem Državlanskem zakoniku iz leta 1964 v bistvu ostala nespremenjena; odslej pa je bila urejena v čl. 454. Ostala je torej generalna klavzula. Vse socialistične države niso sledile temu

³¹ Glej na primer prevod v nemščino v: H. Freund, *Das Zivilrecht Sowjetrußlands*, J. Bensheimer, Mannheim, Berlin in Leipzig 1924, str. 276 in 277; M. Will, *Quellen erhöhter Gefahr*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, str. 195 (le prevod čl. 404).

³² Zanimivo pa je, da je očitno že v predrevolucionarnem času ruska sodna praksa kazala tendenco k širitvi »objektivne« odgovornosti. Glej M. Will, *Quellen erhöhter Gefahr*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, str. 193 in 194.

³³ Prevod v angleščino je dostopen na primer na: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=books>> (19. 8. 2018). Srbski prevod v: *Gradanski zakonik RSFSR od 1964. godine*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1965. Prevajalec je bila Jakov Radišić.

³⁴ H. Küpper, *Deliktsrecht in Osteuropa – Herausforderungen und Antworten*, v: *Osteuropa Recht*, št. 6/2003, str. 500 in 501.

³⁵ Glede domneve krivde v ruskem pravu glej M. R. Will in V. Vodinelić: *Generelle Verschuldensvermutung – das unbekannte Wesen, Osteuropäische Angebote zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht?* v: *European Tort Law - Liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main, 2000, str. 312 in nasl., zlasti str. 319.

³⁶ M. R. Will in V. Vodinelić: *Generelle Verschuldensvermutung – das unbekannte Wesen, Osteuropäische Angebote zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht?* v: *European Tort Law – Liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main, 2000, str. 324–327 in 333.

ruskemu vzoru. Nekatere so tako imenovano objektivno odškodninsko odgovornost omejile na enumerativno naštete primere.³⁷

Razlike med ureditvijo v ZOR in tisto v ruskem Državljanem zakoniku seveda obstajajo. Pri krivdni deliktne odgovornosti je najočitnejša ta, da je Državljanški zakonik izrecno predvidel, da obstaja le odgovornost v primeru protipravnega ravnanja. Glede tega pa ZOR ni določal nič izrecnega.

Čl. 154 (1) ZOR (čl. 131 (1) OZ) je sicer tudi podoben čl. 1382 *Code Civil*.³⁸ Besedilo, prevedeno v slovenščino, se glasi:

»Vsako človeško ravnanje, ki drugemu povzroči škodo, zavezuje tistega, po katerega krivdi je nastala, k odškodnini.«

Čl. 154 (1) ZOR se lahko razume kot poenostavljeno inačico navedene določbe. Toda *Code Civil* ne določa domneve krivde, ki je tako značilna za nekdanje socialistično rusko pravo od leta 1922 naprej in pravo večine nekdanjih socialističnih držav.

Vprašljiv je tudi vpliv ruskega deliktne prava na domnevo krivde. Zamisel o tem, da se krivda domneva, se je udejanjalo že v jugoslovanski sodni praksi po drugi svetovni vojni.³⁹ Kljub temu pa pri tem nikakor ni nemogoče, da pod vplivom ruskega socialističnega prava, ki je bilo po drugi svetovni vojni nekaj časa predmet precejšnjega zanimanja jugoslovanskih pravnikov.

Odprto ostaja tudi še vprašanje morebitnega vpliva socialističnega ruskega prava na nastanek pravne ureditve tako imenovane objektivne odgovornosti (čl. 154 (2) ZOR; čl. 131 (2) OZ). Ta je mogoč. Drugi morebitni vir za nastanek te določbe ZOR bi lahko bil tudi v francoskem pravu. Besedilo čl. 1384 (1) *Code Civil* sicer ni moglo biti vzor, saj je povsem drugačno kot besedilo ZOR. Vzor pa bi lahko bila sodna praksa, ki se je razvila na temelju bese-

³⁷ H. Küpper, *Deliktsrecht in Osteuropa – Herausforderungen und Antworten*, v: *Osteuropa Recht*, 6/2003, str. 500 in 501.

³⁸ Besedilovfrancoščini je dostopna na: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=-07B234C2958075907CADEA02AEE58A1B.tplgfr35s_3?idSectionTA=-LEGISCTA000006136352&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080225>. Prevod v angleščino je dostopen na primer na: <<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>> (19. 8. 2018).

³⁹ M. R. Will in V. Vodinelić: *Generelle Verschuldensvermutung – das unbekannte Wesen, Osteuropäische Angebote zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht?* v: *European Tort Law – Liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main, 2000, str. 338.

dila navedene določbe glede jamčevanja nadzornika *gardiena*.⁴⁰ Na vprašanje glede morebitnega vpliva ne bo mogoče odgovoriti toliko časa, dokler ne bodo objavljeni viri za nastanek ZOR.

⁴⁰ Poročilo o razvoju sodne prakse je na primer v: Terre, Simler in Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^e edition, Dalloz, Pariz 2005, r. št. 749; tam tudi opis doseženega stanja (glej r. št. 761 in nasl.). Podoben je tudi opis na primer v M. Will, *Quellen erhöhter Gefahr*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980, str. 133 in nasl.

II.

**Pogodbeno
pravo**

Razvoj ugovornog prava u Hrvatskoj – odabrane teme

dr. Saša Nikšić

profesor, Pravni fakultet u Zagrebu

1. UVOD

Stupanjem na snagu novog Zakona o obveznim odnosima¹ (dalje u tekstu: ZOO, novi ZOO ili novi Zakon) u Republici Hrvatskoj 1. 1. 2006. nastupile su određene promjene u hrvatskome ugovornom pravu u odnosu na razdoblje kada je na snazi bio stari Zakon o obveznim odnosima (dalje u tekstu: stari ZOO, stari Zakon ili ZOO iz 1978.), u početku kao savezni propis, a poslije kao propis preuzet u hrvatski pravni poredak.² Novi ZOO nije donio neku revolucionarnu promjenu u hrvatskome ugovornom pravu jer je novi ZOO u velikoj mjeri slijedio stari ZOO. No, već na prvi pogled može se uočiti da novi ZOO ima drukčiju strukturu u usporedbi sa starim Zakonom, što je posljedica činjenice da je bivša federacija imala ograničene nadležnosti za reguliranje obveznog prava, pa je materiju izvanugovornih odnosa uredila u okviru općeg dijela obveznog prava. Budući da hrvatski zakonodavac nije bio podvrgnut takvim ograničenjima, materija obveznog prava raspoređena je na opći dio, ugovorne odnose te izvanugovorne odnose.

¹ Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

² Stari Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89. U pravo Republike Hrvatske preuzet je 1991. godine te je više puta mijenjan i dopunjavan (Narodne novine, br. 53/91, 73/91, 3/94, 7/96, 112/99 i 88/01).

Za razliku od instituta odgovornosti za štetu kod kojih je bilo i konceptijskih promjena (npr. kod pojma neimovinske štete), ugovorno pravo nije pretrpjelo tako krupne promjene, ali je proveden niz manjih promjena. U hrvatskome ugovornom pravu zadržan je pristup prema kojem su u središtu ugovori kao posebna vrsta pravnih poslova, a pravila o ugovorima podredno se primjenjuju i na ostale vrste pravnih poslova. Nominalno je zadržana i monistička koncepcija uređenja ugovornih odnosa u smislu da se ZOO primjenjuje ne samo na građanskopravne ugovore nego i na ugovore trgovačkog prava, ali s tim u vezi treba istaknuti postojanje određena broja posebnih propisa, koji kreiraju posebna uređenja za ugovore (potrošački ugovori, ugovori o javnoj nabavi, obiteljsko pravo za ugovore koji se odnose na imovinu bračnih drugova).

Promatrano iz poredbenopravne perspektive hrvatsko ugovorno pravo i nadalje je ostalo povezano s brojnim stranim pravnim poredcima, kao npr. sa švicarskim obveznim pravom (*Obligationenrecht*; dalje u tekstu: OR), zatim s francuskim Građanskim zakonikom (*Code civil*, dalje u tekstu: CC), njemačkim Građanskim zakonikom (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje u tekstu: BGB), austrijskim Općim građanskim zakonikom (dalje u tekstu: OGZ), a u manjoj mjeri i talijanskim Građanskim zakonikom (*Codice civile*, dalje u tekstu: CCi). U novom ZOO-u mogu se pronaći i brojna rješenja prava EU-a.³

Pregled osnovne literature objavljene nakon 1991. godine koja se odnosi na ugovorno pravo:

M. Baretić, Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu, Deveto savjetovanje pravnika 2003. *Vlasništvo – obveze – postupak*, održano u Poreču 3. – 4. IV. 2003., Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003., str. 571–615.

³ U novi ZOO implementirane su sljedeće direktive: Direktiva Vijeća od 25. srpnja 1985. o približavanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (85/374/EEZ) (SL L 210, 7. 8. 1985.), Direktiva Vijeća od 18. prosinca 1986. o usklađivanju prava država članica u vezi samozaposlenih trgovačkih zastupnika (86/653/EEZ) (SL L 382, 31. 12. 1986.), Direktiva Vijeća od 13. lipnja 1990. o putovanjima, odmorima i kružnim putovanjima u paket aranžmanima (90/314/EEZ) (SL L 158, 23. 6. 1990.), Direktiva 1999/34/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 10. svibnja 1999. o izmjeni Direktive Vijeća 85/374/EEZ o usklađivanju zakona i drugih propisa država članica u vezi s odgovornošću za neispravne proizvode (SL L 141, 4. 6. 1999.), Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu (SL L 171, 7. 7. 1999.), Direktiva 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2009. o osnivanju i obavljanju djelatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) (SL L 335, 17. 12. 2009.).

- M. Baretić, Predugovorna odgovornost, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 49, br. 1, 1999., str. 49–102.
- V. Gorenc, Zakon o obveznim odnosima s komentarom, RRIF, Zagreb, 1998.
- V. Gorenc *et al.*, Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRIF, Zagreb, 2005.
- V. Gorenc *et al.*, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- V. Gorenc *et al.*, Obvezno pravo – Posebni dio I, Pojedini ugovori, Novi informator, Zagreb, 2012.
- P. Klarić, Ususret Zakoniku o obveznim odnosima, I. dio: struktura sadržaja i osnovna načela, Pravo u gospodarstvu, vol. 42, br. 3, 2003., str. 35–60.
- P. Klarić, M. Vedriš, Građansko pravo, 9. do 14. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2006. do 2014.
- H. Markovinović, Ugovor o cesiji, Doktorske disertacije obranjene na Pravnom fakultetu u Zagrebu (neobjavljeno), sv. 213., Zagreb, 2005.
- P. Miladin, Razgraničenje između klauzula o ugovornoj kazni i klauzula s paušaliziranim zahtjevima za naknadom štete, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 52, br. 2, 2002., str. 385–421.
- P. Miladin, Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 4, 2008., str. 923–995.
- S. Nikšić, Contract Law, u: T. Josipović: Introduction to the Law of Croatia, Alphen aan den Rijn, 2014., str. 133–160.
- S. Nikšić, Contracts, u: Jacques H. Herbots (ed.): International Encyclopedia for Contracts, Wolters Kluwer, drugo izdanje, 2018.
- S. Nikšić, Imovina u građanskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 62, br. 5–6, 2012., str. 1599–1633.
- S. Nikšić, Temeljna obilježja instituta izmjene ili raskida ugovora zbog promijenjenih okolnosti, Liber amicorum Nikola Gavella, Građansko pravo u razvoju: zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavella, Zagreb, 2007., str. 563–605.
- S. Nikšić, Utjecaj razloga za preuzimanje obveze na valjanost pravnih poslova, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 6, 2006., str. 1809–1846.
- Z. Slakoper, V. Gorenc, Obvezno pravo, opći dio – sklapanje, promjene i prestanak ugovora, Novi informator, Zagreb, 2009.

2. OPĆI DIO UGOVORNOG PRAVA

Kao što je uvodno spomenuto u općem dijelu ugovornog prava, u novom ZOO-u provedene su neke manje promjene. Nomotehničke izmjene na području općeg dijela ugovornog prava posljedica su promjene u strukturi ZOO-a u odnosu na Zakon iz 1978. godine. Naime, nakon što su otpala ustavnopravna ograničenja koja su postojala u bivšoj federaciji, hrvatski ZOO mogao je biti strukturiran na logičniji način, tj. posebni dijelovi obveznog prava (ugovorno pravo te pravila koja uređuju izvanugovorne odnose) slijede nakon općeg dijela obveznog prava (pravila zajednička za sve dijelove obveznog prava). Opća pravila ugovornog prava u odnosu na Zakon iz 1978. godine premještena su u poseban dio obveznog prava, i to u opći dio ugovornog prava, nakon kojeg slijede pojedini imenovani ugovori.⁴ To, naravno, ne znači da se neka od tih pravila neće primjenjivati i u ostalim obveznopravnim odnosima. Tako se npr. pravila o činidbi (predmetu obveze), iako se nalaze u okviru općeg dijela ugovornog prava, primjenjuju na odgovarajući način i na činidbu u izvanugovornim odnosima.⁵ Isto tako, pravila o nekim ugovorima nalaze se u općem dijelu čitava obveznog prava, kao što je to slučaj s cesijom, subrogacijom, prijenosom ugovora, ugovorima o promjenama na strani dužnika, nagodbom i novacijom.

Novi je ZOO u dijelu koji se odnosi na ugovorne odnose zadržao koncept starog Zakona prema kojem je težište na uređenju obveznopravnih ugovora, drugim riječima, ugovora iz kojih nastaje obveznopravni odnos. Realni su ugovori, kod kojih se poklapaju trenutci sklapanja i ispunjenja ugovora, u manjini (npr. realno darovanje i posudba).

2.1. Nevaljanost ugovora

Osim terminološke promjene u samom nazivu jednog od oblika nevaljanosti pravnih poslova, pa se umjesto ništavosti sada koristi nazivom ništetnost⁶, za-

⁴ Stari ZOO iz 1978. godine vjernije je slijedio švicarski uzor u kojem su pravila o nastanku obveznih odnosa odmah na početku OR-a. S druge strane, novi ZOO u vezi s rasporedom materije više podsjeća na udžbenike švicarskoga obveznog prava (v. npr. A. von Tuhr, H. Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1979.).

⁵ Čl. 269. – 272. ZOO-a. Riječ je o pravilima o mogućnosti, dopuštenosti te određenosti odnosno odredivosti činidbe.

⁶ Naziv ništetnost uveden je da bi se izbjegle pogreške kod korištenja izrazom ništavost, umjesto kojega se katkad, a posebno među pravnim laicima, rabio ništavnost. Sam naziv ništetnost upotrebljava se i prije, kao npr. u prijevodu njemačkoga Građanskog zakonika

držana je osnovna podjela na dva oblika nevaljanosti pravnih poslova – ništavnost (ništavnost) i pobojnost.

Zanimljivo je spomenuti da je sudska praksa u posljednjih nekoliko godina „otkrila“ i svojevrstan treći oblik nevaljanosti ugovora, koji se inače sporadično spominje u pravnoj teoriji. Naime, Vrhovni sud Republike Hrvatske zauzeo je stajalište da, kada je Zakonom propisano da ugovor ne nastaje, tužitelj mora formulirati tužbeni zahtjev upravo na taj način te, ako to učini onako kako se dugo vremena radilo, a to znači da tužbeni zahtjev glasi na utvrđenje ništavnosti, takav zahtjev treba odbiti.⁷ Takav primjer postoji u slučaju nesporazuma.⁸ Iako prepoznavanje tzv. „nepostojećih“ ugovora ima teorijsko utemeljenje, odbijanje tužbenih zahtjeva usmjerenih na utvrđenje ništavnosti s obrazloženjem da Zakon u određenu slučaju propisuje da ugovor nije ni nastao, nije dobro rješenje. Naime, sam Vrhovni sud Republike Hrvatske u svojoj prijašnjoj praksi nije imao takav pristup.⁹ Promjena prakse u situaciji kada se propis nije primijenio trebala bi biti posebno dobro obrazložena, što ovdje nije učinjeno. S tim u vezi moglo bi se prihvatiti i svojevrstno univerzalno rješenje, a to je da tužbeni zahtjev u svim tim slučajevima glasi „ugovorni odnos nije nastao“. Naime, čak i ako prihvatimo distinkciju između ništavnih ugovora i „nepostojećih“ ugovora, zajedničko im je da ni kod jednih ni kod drugih ne nastaje pravni odnos.¹⁰

(B. T. Blagojević (ur.), Njemački građanski zakonik, Opći dio i obvezno pravo, Institut za uporedno pravo, Preводи stranih zakona, Beograd, 1970., preveo: A. Verona). Međutim, zbog nepostojanja jedinstvene kodifikacije građanskog prava u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima te Zakonu o nasljeđivanju i nadalje se upotrebljava izraz ništavnost. Najveći je kuriozitet u vezi s tim nazivima Zakon o općem upravnom postupku, koji se kod instituta rješenja koristi nazivom ništavnost, a kod upravnih ugovora izrazom ništavnost.

⁷ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 214/11-3 od 10. rujna 2013., Rev 2412/10-2 od 14. siječnja 2014.; Županijski sud u Rijeci, Gž-2330/14-3 od 5. listopada 2016.

⁸ Čl. 282. ZOO-a.

⁹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 522/01-2 od 29. listopada 2008., Rev-620/1999-2 od 17. srpnja 2002., Rev 872/07-2 od 5. prosinca 2007.; v. i presudu Županijskog suda u Rijeci, Gž-2095/14-2 od 13. srpnja 2016.

¹⁰ Takav pristup bio bi čak i kao jedini prihvatljiv kada bi se ustrajalo na doslovnu pristupu u primjeni procesnopравnih propisa jer se deklaratornom tužbom može zahtijevati utvrđenje da određeni pravni odnos postoji odnosno ne postoji, a ne i da je ugovor ništavan. No, već je i to prilično dobar pokazatelj da formalistička primjena propisa nema smisla.

2.2. Pretpostavke valjanosti ugovora

2.2.1. Pravna i poslovna sposobnost

Novi ZOO prihvatio je koncepciju prema kojoj pravna osoba može sklapati ugovore u pravnom prometu u okviru svoje pravne sposobnosti¹¹, ali istodobno su pravni poslovi koje sklopi pravna osoba s trećima izvan djelatnosti koje čine predmet njezina poslovanja valjani.¹² Drugim riječima, u hrvatskome ugovornom pravu nakon stupanja na snagu novog ZOO-a nije prihvaćena teorija *ultra vires*, prema kojoj su pravna raspolaganja pravnih osoba poduzeta izvan djelatnosti koja čini predmet njezina poslovanja nevaljana.¹³

U novom ZOO-u još nije riješen problem poslovne sposobnosti maloljetnih osoba, koji je postojao i u vrijeme kada je na snazi bio ZOO iz 1978. godine. Naime, u velikom broju stranih pravnih poredaka maloljetne osobe stječu postupno poslovnu sposobnost, uobičajeno nakon navršene 7. godine života, pa zatim još dio nakon navršenih 14 godina, te konačno punu poslovnu sposobnost kada postanu punoljetni. ZOO osim nekih iznimaka (maloljetnici koji s dopuštanjem suda stupe u brak te maloljetnici stariji od 15 godina koji su stupili u radni odnos) prihvaća sustav „sve ili ništa“, što je neživotno rješenje, a osim toga, teško ga je braniti ako se uzme u obzir da ZOO prihvaća svojevrsno stupnjevanje deliktne sposobnosti (apsolutna nesposobnost do 7. godine života, presumirana nesposobnost od 7. do 14. godine života te potpuna poslovna sposobnost s navršenih 14 godina života).¹⁴

Novi ZOO ne prepoznaje utjecaj (ne)sposobnosti za rasuđivanje na valjanost pravnih poslova izvan situacije kada je pravnom subjektu oduzeta poslovna sposobnost. No, u sudskoj se praksi prihvaća shvaćanje da osoba koja još nije lišena poslovne sposobnosti, a nesposobna je za rasuđivanje, ne može sklopiti valjani pravni posao kao da joj je ta sposobnost već oduzeta.¹⁵

U vezi s utjecajem poslovne (ne)sposobnosti na valjanost ugovora već dugo postoji neusklađenost između ZOO-a i pravila obiteljskog prava. Naime, od

¹¹ Čl. 274., st. 1. ZOO-a.

¹² Čl. 274., st. 2. ZOO-a.

¹³ P. Klarić, M. Vedriš, Građansko pravo, 11. izdanje, Narodne novine, Zagreb, str. 139.

¹⁴ Čl. 1051. ZOO-a.

¹⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 873/1990-2 od 22. kolovoza 1990., Rev 1032/1996-2 od 3. srpnja 1996., Rev 509/2011-3 od 24. rujna 2013., Revr 883/11-2 od 30. studenoga 2011.

stupanja na snagu Obiteljskog zakona iz 1998. godine izmijenilo se uređenje ograničenja poslovne sposobnosti fizičkih osoba. Otada pa do danas, uz sve izmjene i dopune te nove propise obiteljskog prava, taj režim predviđa da se sudskom odlukom djelomično oduzme poslovna sposobnost tako da se rješenjem odredi koje pravne poslove osoba nije sposobna poduzeti.¹⁶ Sve ostale poslove osoba može poduzimati samostalno.¹⁷ Prema toj logici pravni poslovi osoba kojima je ograničena poslovna sposobnost dijele se u dvije skupine. Prvu skupinu čine poslovi koje ograničeno poslovno sposobna osoba ne može poduzimati i oni bi trebali biti ništetni. Drugu skupinu čine poslovi koji nisu obuhvaćeni rješenjem o djelomičnom oduzimanju poslovne sposobnosti i ti su poslovi valjani. No, toliko dugo dok ZOO izričito propisuje poboynost kao pravnu posljedicu¹⁸, intencija koja se može iščitati iz propisa obiteljskog prava ne dolazi do izražaja. U svakom slučaju, nije dobro da se gotovo dvadeset godina od donošenja prvoga Obiteljskog zakona nije uspjelo uskladiti ZOO i Obiteljski zakon.

2.2.2. Mane volje

U okviru pravila o nevaljanosti pravnih poslova proveden je određen broj promjena kod mana volje, pri čemu se za neke ne može zaključiti da su unaprjeđenje zakonskog okvira. Naime, kod instituta zablude proširen je krug slučajeva bitne zablude tako da je bitna zabluda i zabluda o objektu ugovora. S tim u vezi nastao je problem jer se u tom slučaju institut zablude djelomično preklapio s institutom nesporazuma. Taj problem nastao je jer je popis slučajeva kada je zabluda bitna proširen te je kao jedan od razloga bitnosti navedena i zabluda o objektu ugovora (*error in corpore*). Budući da nesporazum nastaje kada se ugovorne strane, između ostalog, ne sporazumiju o bitnom sastojku ugovora, no smatraju da su suglasne¹⁹, a da je bitna zabluda i ona koja se odnosi na predmet ugovora, to znači da bi se na isto činjenično stanje mogla primijeniti i pravila o nesporazumu i pravila o zabludi.

Preklapanje instituta zablude i nesporazuma posljedica je preuzimanja različitih teorijskih koncepata pojma zablude u pravni poredak. Ovdje osobito treba istaknuti tzv. teoriju disenza koja poistovjećuje zabludu s nepostojanjem spo-

¹⁶ M. Alinčić, A. Bakarić Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, Obiteljsko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 404–405.

¹⁷ M. Alinčić, A. Bakarić Abramović, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać, *op. cit.*, str. 405.

¹⁸ Čl. 330. ZOO-a.

¹⁹ Usp. čl. 280., st. 1. i čl. 282. ZOO-a.

razuma.²⁰ Naime, upravo je nepostizanje sporazuma o bitnim sastojcima ugovora relevantno za primjenu instituta nespo razuma pa po tome zaista proizlazi da je nespo razum „vrsta“ zablude. Francusko pravo tradicionalno je priznavalo različite vrste zablude, od kojih neke prouzročuju ništetnost, druge pobjnost pravnog posla, a kod trećih je pravni posao valjan.²¹ U švicarskom pravu zabluda o pravnoj naravi pravnog posla (*error in negotio*) smatra se bitnom zabludom.²²

Druga izmjena u novom ZOO-u kod instituta zablude odnosi se na ukidanje pretpostavke neskrivljenosti, što znači da osoba može s uspjehom pobijati pravni posao zbog zablude, neovisno o tome je li kriva za tu zabludu. No, s druge strane, novi je ZOO strog prema osobi koja uspije s pobijanjem pravnog posla zbog zablude jer ona odgovara za štetu drugoj ugovornoj strani, i to sustavu objektivne odgovornosti.²³

Institut nespo razuma također je pretrpio određene izmjene u odnosu na stari ZOO. Naime, iz odredbe koja uređuje institut nespo razuma u novom ZOO-u ispušten je institut osnove, pa je novom odredbom propisano: „Kad strane vjeruju da su suglasne, a ustvari među njima postoji nespo razum o pravnoj naravi ugovora ili o kojem bitnom sastojku ugovora, ugovor ne nastaje.“²⁴

Novi ZOO izričito je uredio utjecaj (fizičke) sile na sklapanje ugovora. Prema odredbi čl. 279., st. 3. ZOO-a ugovor sklopljen uporabom sile prema ugovornoj strani ništetan je. Prije novog ZOO-a u teoriji se problematiziralo to pitanje jer nije postojalo izričito pravilo kao danas. Zbog toga se dio doktrine opredijelio za ništetnost, odnosno zauzeli su shvaćanje da pravni posao nije ni nastao, zbog činjenice da osoba koja je očitovala volju zbog fizičke sile uopće nije očitovala svoju volju, a drugi su smatrali da je riječ o pobjnome pravnom poslu.²⁵

S druge strane, novi ZOO zadržao je rješenje starog ZOO-a što se tiče prijetnje (psihička prisila), pa će u tom slučaju, ako se ispune pretpostavke, ugovor

²⁰ M. Petrak, *Error* u klasičnom ugovornom pravu, u: M. Horvat i dr., *Hrestomatija rimskog prava*, svezak I., Pravni fakultet, Zagreb, 1998., str. 245.

²¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 11e édition, Dalloz, 2013., str. 234–250. U nedavnoj reformi francuskoga ugovornog prava zahvaćena je i zabluda, odnosno općenito institut mana volje (v. čl. 1130. – 1144. CC-a).

²² H. Honsell, N. P. Vogt, W. Wiegand, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, 2003., str. 241.

²³ Čl. 280., st. 3. ZOO-a.

²⁴ Čl. 282. ZOO-a.

²⁵ P. Klarić, M. Vedriš, *op. cit.*, str. 143.

biti pobojan.²⁶ To znači da, ako je ugovorna strana ili netko treći nedopuštenom prijetnjom izazvao opravdan strah kod druge strane tako da je ona zbog toga sklopila ugovor, druga strana može zahtijevati da se ugovor poništi, a strah će biti opravdan ako se iz okolnosti vidi da je ozbiljnom opasnošću ugrožen život, tijelo ili drugo važno dobro ugovorne strane ili treće osobe.²⁷ Pogreškom je u odredbi čl. 335., st. 1. ZOO-a propisano da pravo zahtijevanja poništaja pobojnoga ugovora prestaje u roku od jedne godine od saznanja za razlog poboynosti, odnosno od prestanka *prisile*. Naime, ništetne ugovore (a to je posljedica prisile) uopće se ne poništava, nego se deklaratornom tužbom može zahtijevati utvrđenje ništetnosti, a pravo zahtijevanja utvrđenja ništetnosti nije ograničeno rokom.

2.2.3. Činidba (predmet obveze)

U novom ZOO-u provedena je terminološka promjena, pa se umjesto naziva predmet obveze koristi izrazom činidba, koji se u literaturi upotrebljavao i prije.²⁸ Naziv predmet obveze napušten je u novom ZOO-u zato što je u starom ZOO-u katkad bio zbunjujuć jer se nedovoljno razlikovao od izraza predmet općenito (npr. stvar), odnosno predmet ugovora (stvar ili pravo).²⁹

2.2.4. Osnova ugovorne obveze

Na prvi pogled nešto važnija novost na području općeg dijela ugovornog prava u novom ZOO-u odnosi se na eliminiranje osnove ugovorne obveze kao pretpostavke valjanosti ugovora. Dopuštena osnova ugovorne obveze (čl. 51., 52. i 53. starog ZOO-a) bila je opća pretpostavka valjanosti ugovora. Osnova ugovorne obveze u režimu starog ZOO-a izazivala je mnoge prijepore, a kao najvažniji može se izdvojiti činjenica da je u veliku broju primjera ugovora koji bi trebao biti nevaljan zbog nedostataka u vezi s osnovom istodobno bio ne-

²⁶ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revr 1449/15-2 od 12. travnja 2016.

²⁷ Čl. 279., st. 1. i 2. ZOO-a.

²⁸ V. npr. B. Eisner, M. Pliverić, Mišljenje o predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Pravničko društvo u Zagrebu, Tipografija d. d., Zagreb, 1937., str. 445; I. Maurović, Nacrt predavanja o općem privatnom pravu, Treća knjiga: Obvezno pravo, Tisak i naklada knjižare St. Kugli, Zagreb, 1938., str. 13–14; M. Vuković, Opći dio građanskog prava, Knjiga II., Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 121–161; M. Vedriš, Osnove imovinskog prava, Informator, Zagreb, 1971., str. 62–65; S. K. Perović, Obligaciono pravo, Knjiga prva, Beograd, 1986., str. 16.

²⁹ M. Vedriš, u: A. Goldštajn (red.), Obvezno pravo, Prva knjiga, II. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1979., str. 290–291.

valjan zbog drugih razloga, pa se postavljalo pitanje je li institut osnove uopće potreban. Vrhovni sud Republike Hrvatske susretao se s tim problemom, kada je primijenio pravila o osnovi ugovorne obveze iz čl. 51. starog ZOO-a i u situaciji kada je ugovorena ugovorna kazna za neispunjenje novčane obveze, što je suprotno prisilnom propisu i prema starom i prema novom ZOO-u. U tom je primjeru Vrhovni sud presudio da ugovorna obveza na isplatu ugovorne kazne nema dopuštenu osnovu te da je ta obveza ništetna (ništetan može biti samo ugovor, ne i obveze, a osim toga, budući da se u navedenom primjeru primjenjivao stari ZOO, trebalo se koristiti i starom terminologijom, prema kojoj bi ugovor bio ništetan – op. a.).³⁰ Slično tome, nije bilo potrebe za primjenom instituta osnove ugovorne obveze u situaciji kada je sud smatrao da su ugovorne strane sklopile prividan (simulirani) ugovor, pa umjesto da jednostavno zaključi da je riječ o ništavom ugovoru, Vrhovni je sud dodatno podcrtao ništavost pozivajući se i na nedopuštenu osnovu.³¹

U novom ZOO-u institut ugovorne osnove izmijenjen je tako da je zadržano pravilo o pobudi za sklapanje ugovora, pa će prema tom uređenju pravni posao biti ništetan ako je jedna strana preuzela obvezu zbog nedopuštene pobude koja je bitno utjecala na njezinu odluku da sklopi ugovor, a druga je strana za to znala ili morala znati.³² Kod besplatnih pravnih poslova ugovor će biti ništetan zbog nedopuštene bitne pobude neovisno o znanju i/ili nepažnji druge ugovorne strane.³³ U našoj novijoj pravnoj teoriji zauzeto je stajalište da je riječ o korisnoj promjeni jer je i u režimu starog ZOO-a kod osnove ugovorne obveze težište pravnog uređenja zapravo bilo na pobudi za preuzimanje obveze.³⁴

S druge strane, kod apstraktnih pravnih poslova uređenje osnove po starom ZOO-u moglo bi biti korisno, a isto vrijedi i za ugovore s tzv. vanjskom kauzom. Tako je npr. Vrhovni sud zauzeo shvaćanje da je zbog nepostojanja osnove ništav sporazum (ugovor) o osiguranju tražbine prijenosom prava vlasništva u slučaju kada nije postojala tražbina predlagatelja osiguranja prema protivniku osiguranja.³⁵ Isto tako Vrhovni je sud zaključio da je ništav pravni posao koji su ugovorne strane nazvale „utanačenje“ zbog nepostojanja osnove jer je u konkretnom slučaju utvrdio da, iako je jedna strana potpisala navedenu ispra-

³⁰ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 216/11-2 od 16. listopada 2013.

³¹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-x 856/12-2 od 11. prosinca 2013.

³² Čl. 273., st. 2. ZOO-a.

³³ Čl. 273., st. 3. ZOO-a.

³⁴ P. Klarić, M. Vedriš, *op. cit.*, str. 150.

³⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 1447/02-2 od 17. listopada 2006.

vu, nije primila novac od druge strane.³⁶ U obama se slučajevima primjenjivao stari ZOO, zato što su ugovori o čijoj se valjanosti odlučivalo bili sklopljeni prije stupanja na snagu novog Zakona.

2.3. Sklapanje ugovora elektroničkim putem

Na nekoliko mjesta novi ZOO spominje mogućnost sklapanja ugovora elektroničkim putem. To, naravno, ne znači da i prije nije bilo moguće sklopiti valjani ugovor na takav način. Stari se ZOO isticao činjenicom da je još 1978. praktički bila uvedena mogućnost sklapanja valjanih ugovora elektroničkim putem, i to kod formalnih pravnih poslova. Naime, prema odredbi čl. 72., st. 4. starog ZOO-a zahtjev pismene forme ispunjen je ako strane izmijene pisma, ili se sporazumiju teleprinterom, ili nekim drugim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davatelj izjave. Ako zanemarimo teleprinter kao prevladanu tehnologiju, drugo sredstvo koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrdi sadržaj i davatelj izjave u kontekstu suvremenih telekomunikacijskih tehnologija mogao bi biti elektronički potpis, pod pretpostavkom da ispunjava te kriterije. Ta je odredba praktički ostala neizmijenjena u novom ZOO-u (čl. 292., st. 4. ZOO-a), jedino se u njoj više ne spominje teleprinter. No, zakonodavac je to do određene mjere zanemario te je pri implementaciji Direktive 2000/31/EZ o elektroničkoj trgovini³⁷ u Zakon o elektroničkoj trgovini³⁸ pošao od pogrešne teze, prema kojoj je sklapanje ugovora elektroničkim putem bez izričite odredbe koja bi to dopuštala u najmanju ruku dvojbeno, pa je otvarao vrata elektroničkoj trgovini u situaciji kada su ona već bila širom otvorena. Ono što je zapravo trebao učiniti, jest analizirati situacije u kojima je, barem u vrijeme donošenja tih propisa, trebalo isključiti mogućnost sklapanja valjanih ugovora elektroničkim putem. To se krajem devedesetih godina prošlog stoljeća odnosilo na ugovore kojima se osnivaju i prenose prava na nekretninama zbog činjenice da je zemljišnoknjižni postupak u to vrijeme bio potpuno prilagođen klasičnim pisanim ispravama. Danas se na tom području situacija znatno izmijenila.

³⁶ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-x 1088/11-2 od 20. ožujka 2012.

³⁷ Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini). Sl. l. EU L178/1.

³⁸ Zakon o elektroničkoj trgovini, Narodne novine, br. 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14.

3. MATERIJALNI NEDOSTATCI

Područje materijalnih nedostataka izmijenjeno je u odnosu na stari ZOO pod utjecajem prava EU-a. Preciznije, riječ je o implementaciji Direktive 1999/44/EZ³⁹ koja je provedena u ZOO-u, a ne npr. u Zakonu o zaštiti potrošača. Zbog činjenice da stari ZOO i pravila iz Direktive 1999/44/EZ imaju zajedničke pretke – haške jednoobrazne zakone o prodaji – u novom ZOO-u nije bilo potrebno provoditi važnije izmjene. No, s druge strane, to je u određenoj mjeri i otežalo implementaciju Direktive 1999/44/EZ jer se njezina pojedina rješenja nisu uklapala u osnovne elemente instituta materijalnih nedostataka (npr. obveza pregleda stvari i njezin utjecaj na odgovornost za vidljive nedostatke).

Kod usklađivanja s europskim pravom najveći je problem nastao u vezi s kreiranjem režima za potrošačke ugovore. Naime, u odnosu na stari ZOO u kojem se razlikovalo dvije kategorije ugovora, a to su trgovački ugovori (u nekadašnjoj terminologiji privredni ugovori) i građanskopravni ugovori, sada u okviru pravila o materijalnim nedostacima postoji trodioba na trgovačke ugovore, potrošačke ugovore i građanskopravne ugovore.⁴⁰ Pritom katkad postoje posebna pravila za svaku od tih kategorija, a katkad se pravila vežu za pojedine binome, koji variraju.

4. *CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS*

Stari ZOO u vrijeme kada je stupio na snagu bio je među rijetkim propisima koji je izričito uređivao materiju promijenjenih okolnosti na razini općih pravila ugovornog prava.⁴¹ U novom ZOO-u taj je institut pretrpio bitne izmjene koje se u svojoj biti svode na povratak na rješenje koje su sadržavale Opće

³⁹ Direktiva 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 25. svibnja 1999. o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu, Sl. l. EU L171/12.

⁴⁰ Građanskopravni ugovori su ugovori koji nisu ni trgovački ni potrošački. Ne pojavljuju se pod tim nazivom jer se u suvremenome hrvatskom pravu i inače rijetko može pronaći naziv građansko pravo. Ako uzmemo u obzir da su i potrošački ugovori u biti građanskopravni ugovori, tada bi se građanskopravni ugovori koji nisu potrošački mogli nazvati čisti građanskopravni ugovori. Naime, svi su potrošački ugovori ujedno i građanskopravni ugovori, ali svi građanskopravni ugovori nisu ujedno i potrošački ugovori. U skladu s angliciziranim nazivima i kraticama te se ugovore katkad označava kao C2C ugovore (*Consumer-to-Consumer*).

⁴¹ Osim njega taj institut bio je uređen u talijanskome Građanskom zakoniku.

uzance za promet robom.⁴² To je jednim dijelom povezano s činjenicom da je u novom ZOO-u bitno izmijenjen institut osnove, koji se više i ne pojavljuje pod tim nazivom, a pravilo starog ZOO-a o promijenjenim okolnostima bilo je povezano s osnovom. Osim toga, smatralo se da je pravno uređenje tog instituta u starom ZOO-u previše komplicirano za praktičnu primjenu iako je upitno je li to zaista bilo tako. Naime, pravila starog ZOO-a o promijenjenim okolnostima u bitnome odgovaraju doktrini gubitka svrhe ugovora (engl. *frustration*), koja je razvijena u *common law* u vezi s tzv. krunidbenim slučajevima⁴³ i slučajem kraljevske inspekcije flote⁴⁴, u kojima se zaista preklapaju instituti kauze i promijenjenih okolnosti.

Povratak na rješenje Općih uzanci za promet robom zapravo znači preuzimanje rješenja talijanskog prava. Naime, CCI bio je među prvim propisima koji je uredio institut promijenjenih okolnosti, kojem su velike kodifikacije građanskog prava iz XIX. i s početka XX. stoljeća bile nesklone, pa je pedesetih godina CCI bio među rijetkim kodifikacijama koje su imale izričita pravila o tom institutu. Novi ZOO po uzoru na CCI kao kriterije za primjenu instituta promijenjenih okolnosti nepredvidivosti/nesvladivosti, prekomjerno otežana ispunjenja odnosno pretjerana gubitka.⁴⁵

Bez obzira na zakonodavne promjene institut promijenjenih okolnosti rijetko se primjenjuje u praksi, a u konkretnim slučajevima sudovi u pravilu odbijaju tužbeni zahtjev usmjeren na izmjenu odnosno raskid ugovora. Pri tome treba istaknuti da nije ni poželjno da se institut promijenjenih okolnosti primjenjuje olako, ali s druge strane, ako se u praksi nikada ne utvrdi da su ispunjene pretpostavke za njegovu primjenu, tada se opravdano postavlja pitanje svrsishodnosti takva uređenja.

5. UGOVORNA ODGOVORNOST ZA ŠTETU

Prema novom ZOO-u izričito je predviđena mogućnost dosuđivanja naknade neimovinske štete kod ugovorne odgovornosti za štetu.⁴⁶ U režimu starog ZOO-a sudovi su bili neskloni priznati pravo na popravljavanje neimovinske

⁴² Opće uzance za promet robom preuzele su talijansko rješenje.

⁴³ *Krell v Henry* (H. G. Beale (gen. ed.): *Chitty on Contracts*, Volume I, General Principles, Sweet & Maxwell, 2012., 1653–1654).

⁴⁴ *Henry Bay Steamboat Co v Hutton* (H. G. Beale (gen. ed.), o. c., str. 1654).

⁴⁵ Čl. 369. ZOO-a.

⁴⁶ Čl. 346., st. 1. ZOO-a.

štete kod povrede ugovora iako je kod pojedinih ugovora karakteristično da njihovim neispunjenjem nastaju povrede u neimovinskoj sferi oštećenika (npr. kod ugovora u turizmu i ugovora o zdravstvenoj usluzi).⁴⁷

6. POSEBNI DIO

6.1. Općenito

U novi ZOO uvršteno je nekoliko imenovanih ugovora koje stari ZOO nije poznavao. To su ugovor o darovanju i ugovor o posudbi te ugovor o doživotnom i ugovor o dosmrtnom uzdržavanju. Još je prije u stari ZOO, nakon što je bivši savezni propis preuzet u zakonodavstvo Republike Hrvatske, kao imenovani ugovor uređen i ugovor o ortaštvu (izvorno pod nazivom ugovor o ortakluku).

Vjerojatno je najveći sustavni problem pravila o pojedinim ugovorima, koji postoji u vezi sa ZOO-om, i o tom pitanju gotovo da i nema razlike između starog i novog ZOO-a, činjenica da se za niz zakonskih odredaba postavlja pitanje je li riječ o dispozitivnim ili striktnim pravilima. Iako je čitavo obvezno pravo, a posebno dio koji se odnosi na ugovorne odnose, izgrađen na načelu dispozitivnosti, ta dvojba nije isključivo posljedica zanemarivanja načela, nego joj pridonosi i sam zakonski tekst. Naime, na većem broju mjesta u starom i u novom ZOO-u može se pronaći sintagma „ako drukčije nije ugovoreno“. Budući da je riječ o propisu u kojem je osnovno načelno dispozitivnost, pristup je trebao biti drukčiji. Naime, kod dispozitivnih propisa nije potrebno navesti da strane mogu ugovoriti drukčije, nego je samo kod striktnih propisa trebalo propisati „stranke ne smiju ugovoriti drukčije“. Ugovorno pravo, s iznimkom striktnih pravila, potpuno je podložno sporazumu ugovornih strana, pa tu činjenicu ne treba posebno naglašavati.

6.2. Najam

Osim zakupa, u novom ZOO-u uređen je i ugovor o najmu. Dvodioba na zakup i najam bila je poznata još iz vremena OGZ-a, a u hrvatskome ugovornom pravu bila je prihvaćena i prije stupanja na snagu novog ZOO-a jer je ugovor o najmu bio predmet zakonodavnog uređenja posebnim propisima

⁴⁷ P. Klarić, *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003., str. 240.

(npr. kod najma stana). Napuštanje najma u starom ZOO-u bilo je kritizirano, i to čak s pozicija socijalističke društveno-ekonomsko-pravne terminologije.⁴⁸

Kriterij za razlikovanje između zakupa i najma u novom ZOO-u preuzeto je rješenje njemačkoga BGB-a, prema kojem se zakup ugovara za plodonosne stvari, a najam za neplodonosne. S tim u vezi treba voditi računa o tome da stvar koja ne daje prirodne plodove može davati civilne plodove.

6.3. Ugovor o darovanju i ugovor o posudbi

Pravila novog ZOO-a koja uređuju ugovor o darovanju⁴⁹ i ugovor o posudbi⁵⁰ preuzeta su iz OGZ-a i u vezi s tim pitanjem u biti nije došlo do promjene u odnosu na vrijeme kada je u Republici Hrvatskoj na snazi bio stari ZOO. Naime, tada su se kao pravna pravila također primjenjivala pravila OGZ-a.⁵¹ No, ono što se promijenilo, odnosi se na sustav ugovornog prava jer je stari ZOO u načelu uređivao konsenzualne ugovore, a ugovor o darovanju može se sklopiti ne samo kao konsenzualan ugovor nego i kao realan pravni posao. Ugovor o posudbi po samoj definiciji realan je ugovor.

6.4. Doživotno i dosmrtno uzdržavanje

Pravila ugovora o doživotnom uzdržavanju preuzeta su iz Zakona o nasljeđivanju iz 2003. godine, a zapravo potječu iz nekadašnjega saveznog Zakona o nasljeđivanju iz 1955. godine. Ugovor o dosmrtnom uzdržavanju uređen je kao posebna vrsta imenovanog ugovora, ali je za njega predviđena supsidijarna primjena pravila ugovora o doživotnom uzdržavanju.⁵² To se ponajprije odnosi na oblik ugovora jer se prije za ugovor o dosmrtnom uzdržavanju nije zahtijevao poseban oblik ugovora, nego se taj ugovor često sklapao u tzv. „jed-

⁴⁸ M. Vedriš, u: A. Goldštajn (red.), *op. cit.*, str. 257. To se odnosilo na naziv najamni rad, koji se još pedesetih godina XX. st. spominjao u vezi s ugovorom o službi (radu) – B. Eisner, *Međunarodno privatno pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1953., str. 236–237.

⁴⁹ Čl. 479. – 498. ZOO-a.

⁵⁰ Čl. 509. – 518. ZOO-a.

⁵¹ U nekim su segmentima pravna pravila OGZ-a o ugovoru o darovanju modificirana. Tako je npr. stupanjem na snagu Zakona o javnom bilježništvu prihvaćeno pravilo prema kojem ugovor o darovanju bez predaje u neposredan posjed daroprimca mora biti sklopljen u obliku javnobilježničkog akta (čl. 53., st. 1., t. 2. Zakona o javnom bilježništvu), a prema § 943 OGZ-a bila je predviđena neutuživost obveze ako je ugovor o darovanju bez prave predaje sklopljen isključivo u usmenom obliku te je za valjanost propisan pisani oblik.

⁵² Čl. 586. – 589. ZOO-a.

nostavnom“ pisanom obliku jer se u pravilu odnosio na nekretnine. Sada je i za ugovor o dosmrtnom uzdržavanju propisan stroži pisani oblik, što znači da ugovor mora biti sklopljen ili kao sudski zapisnik, ili kao javnobilježnički akt, ili kao solemnizirana privatna isprava.⁵³ Smisao je navedenog pravila da se kod ugovora o dosmrtnom uzdržavanju primatelja uzdržavanja, koji će još za života prenijeti na davatelja uzdržavanja naknadu za uzdržavanje, osigura da nepristrani treći (sud ili javni bilježnik) upozori obje ugovorne strane, a to se ovdje posebno odnosi na primatelja uzdržavanja, na pravne posljedice skla-panja ugovora. Osim toga sud ili javni bilježnik trebao bi provjeriti razumije li primatelj uzdržavanja pravne posljedice ugovora.

Inače se u pravnoj literaturi smatralo da ugovor o dosmrtnom uzdržavanju i ugovor o doživotnom uzdržavanju nisu dva različita ugovora (i kod jednog i kod drugog ugovora ugovara se doživotno uzdržavanje primatelja uzdržavanja uz plaćanje naknade; razlikuje se „samo“ trenutak plaćanja naknade), nego samo različite varijante istog ugovora, pri čemu se isticalo da je zahtjev glede stroga oblika relevantan samo za onu varijantu toga ugovora koja je bila uređena odredbama Zakona o nasljeđivanju, a ne i za ostale varijante tog ugovora.⁵⁴

6.5. Izmjene pravila o imenovanim ugovorima iz starog ZOO-a

Osim uređenja novih imenovanih ugovora, u novom ZOO-u izmijenjena su i dopunjena pravila o ugovorima koji su bili uređeni i u ZOO-u iz 1978. godine. Osim već spomenutih pravila o materijalnim nedostacima kod ugovora o kupoprodaji, izmijenjena su pravila ugovora o građenju, ugovora o prijevozu, ugovora o trgovinskom zastupanju, ugovora o organiziranju putovanja, ugovora o osiguranju kao i pravila o bankarskim pravnim poslovima.

Dio intervencija u zakonski tekst posljedica je implementacije prava EU-a u hrvatsko ugovorno pravo tijekom i nakon pridruživanja Republike Hrvatske EU-u. To se odnosi na pravila o materijalnim nedostacima kod ugovora o kupoprodaji, pravila o ugovoru o trgovinskom zastupanju i ugovora o organiziranju putovanja.

Stupanjem na snagu izmjena i dopuna iz 2008. godine u ZOO-u su ukinute gotovo sve odredbe o akreditivima osim odredbe koja definira pojam akredi-

⁵³ Čl. 589. ZOO-a.

⁵⁴ M. Kreč, Đ. Pavić, Zakon o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Narodne novine, Zagreb, 1964., str. 365.

tiva⁵⁵ te je u preostalom dijelu zakonodavac uputio na primjenu ujednačenih običaja i praksa koje objavi Međunarodna trgovačka komora u Parizu, a koji su na snazi na dan otvaranja akreditiva, osim ako ugovorne strane nisu predvidjele što drugo.⁵⁶

Pravila o bankarskim garancijama izmijenjena su u izvornom tekstu novog ZOO-a iz 2005. godine, ali i u izmjenama i dopunama iz 2008. godine. Temeljna razlika između teksta iz 2005. i 2008. godine na prvi je pogled terminološke naravi jer je institut bankarske garancije u tekstu ZOO-a iz 2005. godine nosio naziv bankarsko jamstvo. Naravno, bankarska garancija i bankarsko jamstvo nisu sinonimi jer se pojam bankarsko jamstvo može razumjeti i kao tzv. „obično“ jamstvo kod kojeg se banka pojavljuje kao jamac. To također znači da bi se kod bankarskog jamstva primjenjivala pravila o akcesornosti obveze jamca u odnosu na glavnu obvezu dužnika, što bi moglo značiti da banka ima pravo vjerovniku stavljati prigovore iz temeljnog posla. Pravo banke da stavi prigovore vjerovniku u tom slučaju nije isključivo pravo, nego i teret jer ako je banka mogla staviti osnovani prigovor, a to je propustila učiniti, tada dužnik kod ostvarivanja regresa to može prigovoriti banci. Sve to, naravno, nije ideja instituta bankarske garancije ni iz perspektive vjerovnika, koji se želi naplatiti od banke bez mogućnosti da mu banka stavlja prigovore, ni iz perspektive banke, koja želi izbjeći upletanje u odnos između vjerovnika i dužnika. Zbog toga su u pravilu bankarske garancije apstraktne, tj. odvojene od pravnog odnosa vjerovnika i dužnika, a u slučaju nedopuštene naplate bankarske garancije taj se odnos rješava između vjerovnika i dužnika.

Najkrupnija promjena u okviru ugovora o građenju dogodila se u vezi s odgovornošću izvođača. Umjesto prijašnje odgovornosti za solidnost, novi ZOO preuzeo je iz građevinskoga javnog prava koncept odgovornosti za bitne zahtjeve za građevinu.⁵⁷ Odgovornost za bitne zahtjeve za građevinu u hrvatskoj pozitivnom građevinskom javnom pravu ne postoji pod tim nazivom jer se sada taj institut naziva temeljni zahtjevi za građevinu, ali time nije došlo do promjene sadržaja civilnopravne odgovornosti.

⁵⁵ Čl. 1028. ZOO-a.

⁵⁶ Čl. 1029. ZOO-a.

⁵⁷ Čl. 633. ZOO-a.

7. POSEBNI PROPISI

Potpun uvid u hrvatsko ugovorno pravo nije moguće ostvariti ako se ne uzmu u obzir posebni propisi. Opće pravno uređenje ugovornog prava zbog velika broja posebnih propisa fragmentirano je u znatnoj mjeri. Osim što se formiralo područje zaštite potrošača, velik broj ugovora na koje se primjenjuje hrvatsko pravo podvrgnuto je propisima o javnoj nabavi, za koje je još i danas do određene mjere sporno pripadaju li svijetu privatnog ili javnog prava. U hrvatski pravni poredak uveden je i institut upravnog ugovora, pa se sada već otvara načelno pitanje razgraničenja između ugovora privatnog i javnog prava. Kada se k tome uzme u obzir da su posebnim područjima podvrgnuta i brojna druga pitanja s područja ugovornog prava, zaista se može zaključiti da je usporedba pravnih poredaka koji su nekada bili dio bivšeg SFRJ-a iznimno zahtjevan zadatak. Zbog ograničena opsega ovog teksta u nastavku su navedeni samo pojedini posebni propisi koji, između ostalog, uređuju i materiju ugovornog prava:

- Obiteljski zakon⁵⁸
- Pomorski zakonik⁵⁹
- Zakon o javnoj nabavi⁶⁰
- Zakon o javno-privatnom partnerstvu⁶¹
- Zakon o javnom bilježništvu⁶²
- Zakon o koncesijama⁶³
- Zakon o leasingu⁶⁴
- Zakon o najmu stanova⁶⁵
- Zakon o ništetnosti ugovora o kreditu s međunarodnim obilježjem sklopljenih u Republici Hrvatskoj s neovlaštenim vjerovnikom⁶⁶

⁵⁸ Obiteljski zakon, Narodne novine, br. 103/15.

⁵⁹ Pomorski zakonik, Narodne novine, br. 181/04, 76/07, 146/08, 61/11, 56/13, 26/15.

⁶⁰ Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine, br. 120/16.

⁶¹ Zakon o javno-privatnom partnerstvu, Narodne novine, br. 78/12, 152/14.

⁶² Zakon o javnom bilježništvu, Narodne novine, br. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09, 120/16.

⁶³ Zakon o koncesijama, Narodne novine, br. 69/17.

⁶⁴ Zakon o leasingu, Narodne novine, br. 141/13.

⁶⁵ Zakon o najmu stanova, Narodne novine, br. 91/96, 48/98, 66/98, 22/06, 68/18.

⁶⁶ Zakon o ništetnosti ugovora o kreditu s međunarodnim obilježjima sklopljenih u Republici

- Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu⁶⁷
- Zakon o posredovanju u prometu nekretnina⁶⁸
- Zakon o potrošačkom kreditiranju⁶⁹
- Zakon o stambenom potrošačkom kreditiranju⁷⁰
- Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora⁷¹
- Zakon o zaštiti potrošača.⁷²

8. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Stupanjem na snagu novog ZOO-a na području hrvatskoga ugovornog prava nisu nastupile znatne promjene u odnosu na razdoblje kada je na snazi bio Zakon iz 1978. godine. Sustav ugovornog prava velikim je dijelom ostao netaknut. Čak ni one odredbe koje su izmijenjene nisu konceptijski promijenjene. Stoga je težište i nadalje na uređenju konsenzualnih dvostranoobveznih ugovora. Ni materija sklapanja i valjanosti ugovora nije pretrpjela važnije izmjene.

Kada je riječ o pojedinim ugovorima, novi ZOO sadržava nove imenovane ugovore, ali je zapravo riječ o preuzimanju nekadašnjih pravnih pravila OGZ-a, koja su se primjenjivala u Republici Hrvatskoj i prije (darovanje, posudba), odnosno o zakonodavnom uređenju ugovora koji su postojali u praksi ili u posebnim propisima (ugovor o dosmrtnom uzdržavanju, najam). Stoga ni u tom segmentu hrvatsko ugovorno pravo nije znatnije reformirano niti je bilo potrebe za tim. Nešto je drukčije kada je riječ o posebnim propisima na području ugovornog prava, koji su ipak donijeli određene promjene u hrvatsko ugovorno pravo.

Hrvatskoj s neovlaštenim vjerovnikom, Narodne novine, br. 72/17.

⁶⁷ Zakon o obveznim i stvarnopravnim odnosima u zračnom prometu, Narodne novine, br. 132/98.

⁶⁸ Zakon o posredovanju u prometu nekretninama, Narodne novine, br. 107/07, 144/12, 14/14.

⁶⁹ Zakon o potrošačkom kreditiranju, Narodne novine, br. 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 09/15, 78/15, 102/15, 52/16.

⁷⁰ Zakon o stambenom potrošačkom kreditiranju, Narodne novine, br. 101/17.

⁷¹ Zakon o zakupu i kupoprodaji poslovnog prostora, Narodne novine, br. 125/11, 64/15.

⁷² Zakon o zaštiti potrošača, Narodne novine, br. 41/14, 110/15.

Sloboda i nesloboda ugovaranja u Zakonu o obligacionim odnosima

Dr Marko Đurđević

Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

1. SLOBODA UGOVARANJA OD PRAVILA U SKICI ZA ZAKONIK O OBLIGACIJAMA I UGOVORIMA DO OSNOVNOG NAČELA U ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

1.1. Razvoj

Sloboda ugovornih strana da svoje odnose urede po svojoj volji i obavezujuće dejstvo (snaga) ugovora bili su formulisani na samom početku *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima* profesora Mihaila Konstantinovića (dalje u tekstu: *Skica*). Sistem pravila koji je predložio profesor Konstantinović 1969. godine za budući jugoslovenski zakonik o obligacijama i ugovorima počinjao je naslovom „Nastanak obaveza“, čiji je prvi odeljak izdvojen podnaslovom „Ugovor“, a prvo poglavlje podnaslovom „O ugovoru uopšte“.¹ Sloboda ugovornih strana da urede međusobne odnose i obavezujuće dejstvo ugovora bili su na prvim mesti-

¹ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list SRJ, Beograd 1996, str. 41.

ma u prvom članu te glave. S obzirom na to da su u Skici bili postavljeni na čelo odredaba o ugovoru, može se pretpostaviti da je profesor Konstantinović, određivši im ta mesta, hteo da ukaže na to da oni imaju najznačajniji položaj u ugovornom pravu. Osim toga, naslov člana ispod kojeg su stajali, „Sloboda ugovaranja“, pokazivao je da su u tim pravilima primenjene dve teze na kojima je zasnovana teorija autonomije volje. Prva teza je o suverenosti volje.² Njome se ističe da pravna obaveza jednog lica prema drugome može da nastane samo iz volje tog lica da se obaveže i da je zato svako slobodan da odluči da li će se obavezati ugovorom i u kojoj meri.³ Pravnotehnička konsekvencija te teze u *Skici* je izražena rečima da su strane ugovornice slobodne da svoje odnose urede po svojoj volji.⁴ Te reči nam kazuju da ugovornici sami uspostavljaju pravila kojima regulišu svoje odnose. Drugačije rečeno, ugovorne strane su vlasne da isključivo po svojoj volji, bez prisile, zavedu jednu ili više pojedinačnih pravnih normi po kojima će se ponašati u pravnom odnosu koji ugovorom zasnuju između sebe. Druga postavka teorije autonomije volje jeste ona o obavezujućem dejstvu ugovora. Prema toj tezi, ukoliko pojedinci slobodno odluče da se međusobno obavežu, onda moraju da izvrše preuzete obaveze upravo onako kako proizlazi iz sporazuma (*pacta sunt servanda*).⁵ Pravnotehnička posledica tog stajališta u *Skici* je izražena rečima: „Ugovor vezuje ugovorne strane kao zakon.“⁶

Pravila predložena u *Skici* bila su uzori za rešenja jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima od 1978. godine (ZOO). Njegovi redaktori su preuzeli glavninu predloga profesora Konstantinovića iz odeljka *Skice* posvećenog ugovoru i ugradili ih u Zakon.⁷ Neka rešenja su preuzeta doslovno, neka uz prepravke, a poneka uz manje izmene. Pojedini predlozi u Zakonu nisu prihvaćeni, ali je dodato nekoliko formulacija kojih nije bilo u *Skici*. Takođe, u Zakonu je zadržan i veliki broj rubruma pod kojima su predlozi stajali. Ipak, jedan

² Ch. Larroumet, *Droit civil*. Tome 3, Les obligations, Le contrat, Economica, Paris 1996, str. 101.

³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil*. Les obligations, Dalloz, Paris 2009, str. 30.

⁴ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori*. *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, str. 42.

⁵ Ch. Larroumet, *Droit civil*. Tome 3, str. 101.

⁶ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori*. *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, str. 42. U *Skici* je preuzeta formulacija iz francuskog Građanskog zakonika. Upor. art. 1103, Code civil, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1. septembar 2018.

⁷ S. Perović, *Stručno mišljenje o Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima federacije BIH/ Republike Srpske*, Knj. I, Opšti deo, sa stanjem 28. januara 2003. godine, 15. februar 2003, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–2/2003, str. 11.

od onih naslova koji nije preuzet iz Skice bio je „Sloboda ugovaranja“. Pravila koja su pod tim naslovom u Skici proklamovala slobodu ugovornih strana da svoje odnose urede po svojoj volji i obavezujuće dejstvo ugovora u Zakonu su razdvojena i premeštena u novoformiranu uvodnu celinu – „Osnovna načela“. Ta celina se našla ispred one koja sadrži pravila o ugovoru uopšte.⁸

1.2. Funkcije

Slobodi uređivanja obligacionih odnosa i obavezujućem dejstvu ugovora, raspoređujući ih u „Osnovna načela“, u ZOO su namenjene tri funkcije: simbolička, pedagoška i ujednačavajuća. U funkciji simbola ugovornog prava, sloboda ugovaranja i obavezujuće dejstvo ugovora trebalo je da predstave esenciju i duh novog jugoslovenskog prava u materiji ugovora. U pedagoškoj funkciji ta dva načela trebalo je da svojim sadržajem poduče pravne subjekte i sudije o sadržaju sistema normi kojima se uređuje ugovor i da otkriju vrednosti koje te norme štite.⁹ Treća, ujednačavajuća funkcija najviše je opravdavala izdvajanje tih pravila u „Osnovna načela“. Postavljena u osnovu novog pisanog saveznog ugovornog prava, trebalo je da posluže za ujednačenje uređivanja pojedinih tipova ugovora u zakonima koje su republike bile nadležne da donesu, kao i za ujednačenje primene pravnih pravila iz građanskih zakonika čija je primena morala da se nastavi i nakon donošenja ZOO na odnose koje taj zakon nije uredio.¹⁰

⁸ Pre donošenja ZOO deo pod naslovom „Opšte odredbe“ postojao je u jugoslovenskom građanskom procesnom pravu po Zakonu o parničnom postupku od 1976. godine – ZPP (vid. Zakon o parničnom postupku od 1976, Deo prvi, Glava prva). U tom delu ZPP bila su načela koja su imala direktivni karakter jer su sudu kao subjektu u parnici koji ima prerogative javne vlasti i parničnim strankama propisivala precizne zadatke u utvrđivanju elemenata za odlučivanje u parnici i na taj način izražavala određenu politiku koju zakonodavni organi sprovode u materiji građanskog sudskog postupka (vid. Borivoje Poznić, Komentar Zakona o parničnom postupku prema tekstu Zakona iz 1976. sa docnijim izmenama i dopunama, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2009, str. 1). Može se pretpostaviti da je ZPP mogao biti domaći izvor inspiracije redaktorima ZOO za uvođenje Osnovnih načela. Drugi, inostrani izvor mogao je biti haški Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari koji je takođe imao „Opšte odredbe“ (vid. Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1er juillet 1964), Chapitre II, www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvl-1964-fr, 1. septembar 2018.

⁹ Upor. O. Antić, Obligaciono pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2009, str. 36.

¹⁰ O tome da je posle potpune abrogacije predratnog prava neujednačena primena pojedinih predratnih pravnih pravila narušavala jedinstvo prava svedoči M. Konstantinović. Vid. M. Konstantinović, Stara „pravna pravila“ i jedinstvo prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogra-

1.3. Upoređenja

Kada se uporede tekstovi Skice o slobodi uređivanja obligacionih odnosa i obavezujućoj snazi ugovora sa odgovarajućim tekstovima „Osnovnih načela“, lako se može uočiti da su u ZOO formulacije izmenjene. Obavezujuće dejstvo ugovora uvedeno je u ZOO u okviru odredbe čiji je smisao širi od onog koji je proizlazio iz odgovarajućeg predloga u Skici. Prema toj opštijoj odredbi, obavezujuća snaga više nije bila vezana za ugovor nego za obligacioni odnos: „Strane u obligacionom odnosu dužne su da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje“ (čl. 17). Analizu te odredbe „Osnovnih načela“ ostavljamo ovoga puta po strani. Usredsredićemo se na slobodu uređivanja obligacionih odnosa.

I sloboda uređenja obligacionih odnosa dospela je u ZOO u formulaciji koja je bila izmenjena u odnosu na onu koja je bila prihvaćena u Skici. Osim toga, osnovno načelo o slobodi ugovaranja pratile su neke odredbe normativnog dela ZOO koje su u oštroj suprotnosti sa načelnom slobodom. Reč je o odredbama na osnovu kojih je u ZOO utvrđena mogućnost da se posebnim zakonom propišu obaveza zaključenja ugovora i obavezujuća sadržina ugovora, kao i o pravilima kojima se uređuje nedopuštena sadržina ugovora. U Skici je postojala samo odredba o obaveznoj sadržini ugovora.¹¹ Propisivanje obaveze zaključenja ugovora, obavezne sadržine ugovora, ali i granica izvan kojih ugovaranje nije dopušteno ugovornim stranama snažno se suprotstavlja slobodi ugovaranja i tezi teorije autonomije volje o suverenom položaju volje pojedinaca da sami propisuju norme po kojima će se ponašati i da određuju sadržinu ugovora. Sva ta određenja su zapravo manifestacije neslobode ugovaranja. Dakle, u ZOO je sloboda ugovornih strana da uređuju obligacione odnose stavljena na čelo i time je istaknuta u prvi plan, ali je uvedena i ozakonjena nesloboda ugovaranja.

Četrdeset godina posle donošenja ZOO može se postaviti pitanje koji su razlozi doveli do toga da se uz proklamovanje slobode u ZOO ozakoni i nesloboda. Imajući u vidu da je nakon raspada druge jugoslovenske države, u trećoj Jugoslaviji, Saveznoj Republici Jugoslaviji, donet Zakon o izmenama i dopunama ZOO od 1993. godine, koji se dotakao i ograničenja slobode ugovaranja, uz prethodno, postavlja se i pitanje da li se u toku dosadašnjeg trajanja izmenjenog ZOO u srpsko-crnogorskom, a potom u srpskom pravu menjao balans između slobode i neslobode. Oba pitanja ćemo razmotriti kroz prizmu odnosa

du 3–4/82, str. 544.

¹¹ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, str. 42, čl. (1) (2).

između slobode ugovaranja i dva oblika ispoljavanja neslobode: 1) obavezno zaključenje i obaveznu sadržinu ugovora; 2) nedopuštenu sadržinu ugovora.

2. SLOBODA UGOVARANJA, OBAVEZNO ZAKLJUČENJE I OBAVEZNA SADRŽINA UGOVORA

2.1. Idejne osnovne slobode ugovaranja

U jugoslovenskom ZOO proklamovano je da *učesnici u prometu slobodno uređuju obligacione odnose*, ali nije istaknuto da ta sloboda ima osnov u volji ugovornih strana, kao što je to učinjeno u Skici. Rešenje koje je predložio profesor Konstantinović jasno je ukazivalo na to da ta sloboda ima poreklo u volji. U njemu je stajalo da su strane ugovornice slobodne da svoje odnose urede *po svojoj volji*. Nepominjanje volje u zakonskoj odredbi o slobodi uređivanja obligacionih odnosa nije bilo samo pitanje zakonodavčevog stila pisanja nego je imalo dublje korene. Time se htelo pokazati da osnov te slobode ne proističe iz autoriteta koje društvo pridaje volji pojedinca.

Valja primetiti da je u periodu priprema za donošenje ZOO delovanje teorije autonomije volje u jugoslovenskom građanskom pravu oslabilo. Tom teorijom je proklamovana ideja da je individualna volja suverena, da ima izvornu normativnost i da, ničim uslovljena, postavlja pravila kojima pojedinac upravlja sopstvenim ponašanjem.¹² Koren iz kojeg je teorija izrasla nastao je iz simbioze dve istorijske datosti: pojave individualizma u filozofiji i ideologije liberalizma u ekonomskoj teoriji. Time je postavljen okvir za učenje da je svaki pojedinac slobodan da pravne obaveze preuzima samo ako hoće, a da se svaki ekonomski čin razmene roba realizuje kao posledica recipročnih pravnih konsekvenci saglasnosti volja dvaju lica. Iz tačke susreta tog pravca u filozofiji i liberalističkih stavova o tome da ugovor omogućava da se između pojedinaca uspostave odnosi koji su za njih najpravičniji a za društvo u celini najkorisniji, te da se posredstvom ugovora ostvaruje pravda, obezbeđuje privredna ravnoteža i opšte blagostanje¹³, formirano je stanovište da je ugovor najsavršenije

¹² O pojmu autonomije i razlikama između autonomije i heteronomije na osnovu upoređivanja prava i morala detaljnije, N. Visković, *Teorija države i prava*, Birotehnika, Zagreb 2006, str. 126–127.

¹³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, str. 31

sredstvo pravne tehnike za uređenje odnosa u društvu i da njegovu sadržinu čini samo ono što je plod slobodnih volja oba ugovornika.¹⁴

2.2. Teorijske osnove neslobode ugovaranja

Idejne postavke na kojima je stvarano jugoslovensko pravo posle socijalističke političke revolucije i u okviru njega razvijano ugovorno pravo bile su drugačije od onih iz kojih je ponikla teorija autonomije volje. U opštoj teoriji prava pred donošenje ZOO dominirala je teza o etatističkom poreklu prava. Na polju ugovornog prava ta teza je uticala na formiranje teorijskog stava o potčinjenosti ugovora zakonu.

2.2.1. Etatistička koncepcija prava

Vladajuće gledište u jugoslovenskoj teoriji prava o pojmu i društvenoj ulozi prava bilo je zasnovano na koncepciji koja je bila izrazito etatistička i kolektivistička.¹⁵ Prema toj koncepciji, pravo je volja vladajuće klase koja je određena objektivnim istorijskim okolnostima, koju odražavaju državni i politički organi pri stvaranju prava, sa ciljem zaštite i održavanja određenog načina proizvodnje.¹⁶ Zakon je glavni pravni oblik u kojem se izražava klasna i ukupna društvena volja i osnovni formalni izvor celokupnog objektivnog prava, svih vrsta subjektivnih prava i sredstvo pomoću kojeg država, propisujući određenim društvenim činjenicama pravnu relevantnost, društvene odnose pretvara u pravne.¹⁷ Drugi oblici pojavljivanja opštih građanskopravnih normi, sudska praksa i pravna nauka imaju tek supsidijaran značaj i posredni su izvori objektivnog prava.¹⁸

¹⁴ G. Marty, P. Raynaud, Droit civil. Tome II, 1^{er} Volume, Les obligations, Sirey, Paris 1962, str. 30.

¹⁵ O razvoju koncepcije društvenom poreklu prava, vid. Đ. Tasić, Realizam i normativizam u pravnoj nauci, Rasprave iz filozofije i teorije prava (prevodi sa stranih jezika), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, str. 120.

¹⁶ R. Lukić, B. Košutić, Uvod u pravo, Naučna knjiga, Beograd 1985, str. 58–59; R. Lukić, Teorija države i prava. II Teorija prava, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva i Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd 1995, str. 66.

¹⁷ B. Blagojević, Građansko-pravni obligacioni ugovori, Naučna knjiga Beograd 1947, str. 10.

¹⁸ A. Gams, Lj. Đurović, Uvod u građansko pravo. Opšti deo, Savremena administracija, Beograd 1985, str. 87.

2.2.2. Potčinjenost ugovora zakonu

U etatičkoj koncepciji prava, volja pojedinca nije suverena već je, naprotiv, uslovljena i određena.¹⁹ Volja je u stvaranju prava potčinjena autoritarnosti države i državnog prava i zavisi od ovlašćenja koje joj zakon može dati ili ne dati. Kritika koju je upućivala opšta teorija prava sa stanovišta etatizma videla je u autonomiji volje jedan aspekt u kojem se individualna sloboda pojedinca može ispoljiti samo u buržoaskom građanskom pravu, zasnovanom na privatnoj svojini, a u ugovoru sredstvo kojim se pojedinac dobrovoljno potčinjava eksploataciji, pristajući da ograniči svoju slobodu da bi obezbedio egzistenciju.²⁰

U skladu sa tom kritikom, ugovor nije mogao da ima značajnu ulogu u regulisanju pravnih odnosa u socijalističkom društvu, ali nije ni sasvim izgubio svoje mesto. Ugovor je ostao pravni posao kojim se na osnovu zakona omogućavalo pojedincima da proizvedu posledice u pravu, da zasnivaju, menjaju ili gase građanskopravne odnose i da te odnose regulišu, ali u okvirima koje je postavila država u dispozicijama njenih opštih normi. Uloga pravnog posla u statuiranju pravnih odnosa bila je da bliže odredi sadržinu opšte pravne norme i da ostvari uslove za njenu primenu.²¹ Saglasnost ugovornih strana mogla se kretati samo u tom okviru. Iako ima sposobnost da stvori pravni odnos, saglasnost nema moć da stvori novu pravnu normu nego samo da reprodukuje sadržinu opšte dispozitivne norme. I sloboda ugovaranja privrednih subjekata takođe je bila u funkciji postizanja određenog društvenog, odnosno državnog cilja, poglavito u realizaciji odgovarajućeg zadatka postavljenog državnim planom.²²

2.3. Obaveza zaključenja ugovora i obavezna sadržina ugovora kao vidovi ispoljavanja neslobode ugovaranja

Prema shvatanju koje je dominiralo u jugoslovenskoj opštoj teoriji prava, spoljna dimenzija prava bio je monopol fizičke prinude, a država je posedovala neograničenu vlast kojom je, između ostalog, mogla da utiče na ekonomske tokove²³ i da u društvenim odnosima realizuje socijalnu pravdu.²⁴ U skladu sa

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ R. Lukić, Teorija države i prava. II Teorija prava, str. 336 i 342.

²¹ R. Lukić, B. Košutić, Uvod u pravo, str. 265.

²² B. Blagojević, Građansko-pravni obligacioni ugovori, Narodna knjiga, Beograd 1952, str. 8; S. Jakšić, Obligaciono pravo, Izdavačko preduzeće „Veselin Masleša“, Sarajevo 1960, str. 94.

²³ R. Lukić, B. Košutić, Uvod u pravo, str. 63.

²⁴ R. Lukić, Teorija države i prava. II Teorija prava, str. 341.

tim stavovima, u teoriji obligacionog prava ugovor je posmatran kao sredstvo kojim država upravlja socijalističkim tržištem.²⁵ Pošto pravna snaga individualne volje zavisi od toga da li joj zakon tu snagu priznaje, ni sadržina ugovora nije morala da bude plod isključivo volje ugovornih strana. Zakon je autoritet koji radi sprovođenja društvenih zahteva u privredni život može da odredi šta ugovor mora, ali i šta ne sme da sadrži. Sadržina ugovora je mogla biti određena čak i imperativnim državnim pravnim normama. U krajnjoj liniji, ugovor je mogao biti sastavljen od dve vrste elemenata: voljnih i prisilnih. Voljni su rezultirali iz slobode ugovaranja ugovornih strana, a prisilni iz intervencije društvene zajednice koja je posredstvom zakona po potrebi određivala elemente ugovora.²⁶

Pod teretom stavova koje je zastupala jugoslovenska opšta teorija prava, autonomija volje je izgubila snagu. Istina, volja je zadržala ulogu u ugovoru, ali ni izbliza temeljnu, fundamentalnu, kakvu joj je pripisivalo učenje o autonomiji volje. U teoriji ugovornog prava autonomija nije više bila shvaćena kao sloboda da se po sopstvenoj volji kreira pravo koje važi za jedan obligacioni odnos nego znatno uže, kao zbir nekoliko sloboda, odnosno slobodnih izbora: da se ugovor zaključi ili ne zaključi, da se izabere ugovorni partner, odredi sadržina ugovora i ugovor zaključi prostom saglasnošću.²⁷ U skladu sa tim, sloboda uređivanja obligacionih odnosa koja je u ZOO uređena kao osnovno načelo nije se ni poistovećivala sa autonomijom volje nego sa slobodom ugovaranja.²⁸

Zaključimo: rezultat sučeljavanja teorije autonomije volje sa koncepcijama o društvenom, odnosno državnom poreklu prava i shvatanjima o ulozi pravnih poslova i ugovora u društvu socijalističkog tipa, kakvo je bilo jugoslovensko pre donošenja ZOO, bilo je kompromisno rešenje. U ZOO je, na jednoj strani, proglašeno da učesnici u prometu slobodno uređuju obligacione odnose, dok su na drugoj strani utvrđeni zakonski uslovi kojima se uređuje nastanak ugovora i propisano da njegovo zaključenje može biti nametnuto ugovornim stranama i da se one moraju potčiniti sadržini ugovora kada je zakon zapoveda. U skladu

²⁵ S. Cigoj, *Obligacije. Sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primerjalnem pravu*, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1976, str. 10.

²⁶ M. Vuković, *Obvezno pravo*, Knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, str. 41.

²⁷ B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, 1. knjiga, Zagreb 1978, str. 51.

²⁸ Upor. „Ovo načelo (slobode ugovaranja, prim. M. Đ.) odnosi se na sve subjekte. Ono je predviđeno u članu 10. Zakona o obligacionim odnosima.“ Vid. Ž. Đorđević, V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1987, str. 53.

sa takvim ishodom, u ZOO je prihvaćeno da zaključenje ugovora može biti zakonom naređeno pojedinim kategorijama lica, a da deo sadržaja ugovora mogu ispunjavati odredbe nekog propisa (čl. 27 ZOO). Dakle, o ugovoru je reč i kada je jedna strana morala da ga zaključi i kada je njegova sadržina za ugovorne strane bila propisana. U tom slučaju, propisi služe da dopune ugovor ili da stupe na mesto slobodnom voljom utvrđenih sastojaka koji su im u suprotnosti.

3. SLOBODA UGOVARANJA I NEDOPUŠTENA SADRŽINA UGOVORA

3.1. O elementima sadržine ugovora

Osim toga što je prihvaćeno da se zakonom može propisati da ugovor može da ima obaveznu sadržinu, u ZOO je uokvirena sloboda uređivanja obligacionih odnosa, ali su joj postavljena tri ograničenja: načela društvenog uređenja utvrđena ustavom, prinudni propisi i moral socijalističkog samoupravnog društva. Ta ograničenja je ponovio u odrebama o nedopuštenom predmetu (čl. 49 ZOO), osnovu (čl. 51), uslovu (čl. 75) i razlozima ništavosti (čl. 103), odnosno posledicama (čl. 104) ništavih ugovora. Dakle, u ZOO su granice slobode vezane za dva opšta uslova za nastanak ugovora predmet i osnov, kao i jednu modifikaciju – uslov.

3.1.1. Predmet

Zakonske odredbe koje su ta ograničenja povezale sa predmetom ugovora upućuju na to da se ona odnose na ono što je u ugovoru materijalizovano. Uopšteno govoreći, svaki predmet je materijalna pojava, odnosno nešto što ima prostornu i vremensku dimenziju i što je spoljašnje i objektivno u odnosu na subjekta koji ga saznaje.²⁹ U diskursu o ugovoru, predmet je ono o čemu je ugovor ili, preciznije, ono o čemu je postignuta saglasnost volja iz koje se rodio ugovor. Saglasnost se, međutim, ne postiže o nečemu apstraktnom³⁰ nego o nečemu što se ugovaranjem potpuno određuje, što se posredstvom saglasnosti iskazuje konkretno. Prema tome, predmet ugovora je jedna realija. Samo u takvom, realnom postojanju predmet može da se oceni sa stanovišta dopuštenosti. Isto bi se moglo reći i za osnov (kauzu) ugovora. Ni osnov nije

²⁹ R. Lukić, Metodologija prava, Naučna knjiga, Beograd 1977, str. 76.

³⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil. Les obligations, str. 265.

apstraktan elemenat nego je činilac koji ima realno postojanje u ugovoru jer samo tako pojmljen, materijalizovan i konkretizovan može da ima značaj u praktičnom životu.³¹ To potvrđuje i stav Saveznog suda, izrečen mnogo pre donošenja ZOO, da je osnov cilj ugovaranja koji obe ugovorne strane imaju u vidu i da *on čini sastavni deo ugovora*.³²

U teoriji obligacionog prava predmet ugovora se shvata kao nešto što se izražava ugovorom kao sadržina.³³ Taj izraz, *sadržina ugovora*, upotrebljava se u doktrinarnim predlozima za unifikaciju evropskog prava. U tim predlozima sadržina ugovora označava materiju koju pojedini građanski zakonici u uporednom pravu, poput francuskog Građanskog zakonika pre reforme ugovornog prava od 2016. godine³⁴ i italijanskog Građanskog zakonika,³⁵ uređuju pod zakonskim pojmom predmet ugovora.³⁶ Pod uticajem tendencija za unifikaciju evropskog ugovornog prava, pojam *sadržina ugovora* bio je prihvaćen u jednom od tri projekta za reformu francuskog ugovornog prava,³⁷ a potom i usvojen u reformisanom Građanskom zakoniku.³⁸ Sadržina ugovora u tim predlozima obuhvata sve što se može označiti kao ugovorna odredba, odnosno sve ono što je ugovorom određeno.³⁹

³¹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1986, str. 337.

³² Presuda Saveznog suda, Rev 1423/59 od 9. februara 1960, Zbirka sudskih odluka, knj. V, sv. 1, br. 20.

³³ U tom smislu, S. Cigoj piše o nedopuštenosti predmeta u okviru nedopuštene sadržine posla. Osim predmeta, nedopuštena sadržina pokazuje se i kao pravna nedopuštenost kauze i motiva. Vid. S. Cigoj, *Obligacije. Sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primerjalnem pravu*, str. 296–302.

³⁴ Art 1126-1130 Code civil, <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1. septembar 2018.

³⁵ Art.1346 -1349 Codice civile, <http://www.altalex.com>, 1. septembar 2018.

³⁶ Vid. O. Lando, H. Bale, *Principles European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague 2004, art 6, str. 57; G. Gandolfi, *Code europeen des contrats, avant-projet (coordinateur Giuseppe Gandolfi)*, Livre premier, Dott. a Giuffrè Editore, Milano 2004, titre III, art. 25, str. 11; Ch. Von Bar, E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (Full Edition)*, seller. european law publishers, Munich 2008, chapitre 9, section I, II.-9:101; *Principes contractuels communs (Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Société de Législation Comparée)*, Société de Législation Comparée, Paris 2008, chapitre 6.

³⁷ Vid. François Terré, *Pour une réforme du droit des contrats sous la direction de Francois Terré*, Dalloz, Paris 2009, str. 183

³⁸ Vid. Code civil, art 1128, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2 modifie, <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1. septembar 2018.

³⁹ Vid. D. Houtcief, *Le contenu du contrat, Pour une réforme du droit des contrats sous la direction de Francois Terré*, Dalloz, Paris 2008, str. 184.

Dakle, postoje pravnoteorijski i uporednopravni razlozi koji govore u prilog tome da je predmet obuhvaćen pojmom *sadržina ugovora*. Taj pojam označava sadržaj koji mora biti predložen već u ponudi jedne strane za zaključenje ugovora koji je potom druga strana prihvatila.⁴⁰ Sadržaj je sastavljen od bitnih sastojaka – odredaba o predmetima ugovornih obligacija i predmetima činidbi,⁴¹ i sporednih tačaka – odredaba o uslovu, roku, kapari i odustanici itd. Sve te odredbe čine sadržaj pojma *sadržina ugovora*, koji je upotrebljen u članu 104 ZOO.

3.1.2. Osnov (kauza)

Sadržina obuhvata i osnov ugovora.⁴² U pravnoj doktrini, osnov se razmatra, s jedne strane, kao razlog obavezivanja koji je zajednički u svim ugovorima koji pripadaju jednoj istoj vrsti, odnosno u svim ugovorima koji imaju istu ekonomsku funkciju. Takav osnov je tipski jer postoji u pojedinim tipovima ugovora – teretnim, dobročnim, realnim – i nije element sadržine ugovora.⁴³ S druge strane, osnov pravno objašnjava zašto je postignuta konkretna saglasnost volja.⁴⁴ To je pravno opravdanje pojedinačnog ugovora kao bilateralne procedure, neka vrsta potvrde koja opravdava ponašanje svakog ugovornika prema drugom ugovorniku. Za razliku od motiva, koji stoji izvan ugovornog polja, osnov ulazi u ugovor i predstavlja razlog koji obrazlaže zašto je određeni ugovornik pristao da se obaveže.⁴⁵ Motiv podstiče svakog ugovornika da preuzme obavezu prema drugom ugovorniku zbog toga da bi od drugog dobio uzvratno obavezivanje i ispunjenje obaveze kojima će zadovoljiti neki svoj interes i sa čijim ispunjenjem on računa kada izjavljuje volju za zaključenje

⁴⁰ M. Orlić piše da sadržinu ugovora čini ono što je sadržina ponude za zaključenje ugovora, da sadržina ponude određuje sadržinu ugovora i da izjava o prihvatanju svojim dejstvom sadržinu ponude pretvara u sadržinu ugovora. Vid. M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1993, str. 240.

⁴¹ Na pitanja o čemu je ugovor i šta označava izraz *predmet* koji je upotrebljen u ZOO mogu se dati dva odgovora. Prvi je da je predmet ono na šta su se ugovorne strane obavezale ugovorom. U tom smislu, predmet je određen u članu 46 ZOO i u mnogim pravilima koja uređuju posebne imenovane ugovore. Predmet ugovora u tom značenju je ono što je predmet obligacije, odnosno činidba (prestacija) – davanje, činjenje ili uzdržavanje. Drugi odgovor je da je predmet ugovora ono što je predmet činidbe – stvar ili radnja. U tom smislu, predmet ugovora je shvaćen u zakonskim odredbama o ugovoru o prodaji (vid., na primer, čl. 458 (1) ZOO: „Stvar o kojoj je ugovor mora biti u prometu.“).

⁴² Vid. B. Fages, *Droit des obligations*, L.G.D.J, Paris 2011, str. 153.

⁴³ O kauzi u tom smislu piše O. Antić. Vid. O. Antić, *Obligaciono pravo*, str. 274–278.

⁴⁴ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo prema beleškama sa predavanja profesora dr Mihaila Konstantinovića*, Savez studenata Pravnog fakulteta, Beograd 1957, str. 43.

⁴⁵ *Ibid.*, str. 44.

ugovora.⁴⁶ Jedan ugovornik, kada izjavljuje volju da zaključi ugovor, računa sa ispunjenjem drugog ugovornika, kao što i drugi ugovornik računa sa uzvratnim ispunjenjem prvog. Odnos između ispunjenja i uzvratnog ispunjenja slobodno je određen zajedničkom saglasnošću ugovornih strana, izražen je u konkretnom ugovoru i deo je sadržine ugovora.

3.2. Ograničenja slobode uređivanja sadržine ugovora kao vid ispoljavanja neslobode ugovaranja

Ograničenja slobode ugovaranja, koja je jugoslovenski ZOO postavio u odredbama o predmetu, osnovu ugovorne obaveze i uslovu, mogu se posmatrati kao ograničenja slobode ugovornih strana da urede sadržinu ugovora. Ta ograničenja su dodatno na strani slobode ugovaranja suzila domen u kojem je ona obitavala u ZOO u korist neslobode.

3.3. Razvitak ograničenja slobode ugovaranja u srpskom pravu posle 1993. godine

Ugovorno pravo u trećoj jugoslovenskoj državi, Saveznoj Republici Jugoslaviji, nastavilo je kontinuitet ugovornog prava sadržanog u ZOO. U najvišem osnivačkom pravnom aktu te države, Ustavu SRJ od 1992. godine, preuređene su osnove do tada važećeg pravnog poretka. Tim ustavom su prekinute veze sa idejama socijalističke ideologije, sa samoupravnim pravom zasnovanim na samoupravnim sporazumima i društvenim dogovorima, privilegovanim položajem društvene svojine i uvedeni su novi principi ekonomskog uređenja: otvoreno tržište, jednaka zaštita svih oblika svojine, sloboda privređivanja, sloboda rada, sloboda privrednih subjekata da se povezuju u razne oblike radi organizovanja privređivanja itd.⁴⁷ Nova savezna država dobila je nadležnost da donosi savezne zakone u oblasti obligacionih odnosa.⁴⁸ Na osnovu tog ovlašćenja, 1993. godine donet je Zakon o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima.⁴⁹ Taj zakon je imao vrlo skroman cilj – da ZOO oslobodi

⁴⁶ Upor. J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Tome 1, Le contrat, Le consentement, L.G.D.J., Paris 2013, str. 188.

⁴⁷ R. Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, str. 146.

⁴⁸ Čl. 77 (1) (5) Ustava Savezne Republike Jugoslavije.

⁴⁹ Vid. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima (ZIDZOO), Službeni list Savezne Republike Jugoslavije 31/93.

izvesnih odredaba sa političko-ideološkom terminologijom i sadržinom.⁵⁰ Da bi se taj cilj ostvario, od izraza unetih pod uticajem samoupravnog socijalizama očišćena su i pravila koja su doticala ograničenja slobode uređivanja sadržine ugovora. Na prvom mestu, promenjeni su naslov člana 10 „Sloboda ugovaranja“ u „Autonomija volje“ i formulacija koja je stajala pod tim članom, koja sada određuje da su *strane u obligacionim odnosima slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja da svoje odnose urede po svojoj volji*.⁵¹ Na drugom mestu, u tekstovima odredaba o predmetu, osnovu, uslovu i razlozima ništavosti ugovora, izrazi *ustavom utvrđena načela društvenog uređenja i moral socijalističkog samoupravnog društva* zamenjeni su izrazima *javni poredak i dobri običaji*.⁵² Tim izmenama srpsko-crnogorski ZOO približen je formulacijama koje su u Skici izražavale granice slobode ugovaranja, ali ne sasvim. Naime, u predlozima profesora Konstantinovića, trijada pojmova koja je uokvirila slobodu ugovaranja bila je sastavljena od prinudnih propisa, javnog poretka i morala. Izmene ZOO od 1993. godine preuzele su od Skice prva dva pojma, ali ne i treći. Umesto *morala*, kao ograničenje slobode ugovaranja izmenama je postavljen pojam *dobri običaji*.

Prinudni propisi su jedini pojam koji je bio predviđen u Skici i u jugoslovenskom ZOO kao ograničenje slobode ugovaranja, koji je posle raspada srpsko-crnogorske državne zajednice 2006. godine ostao u važećem srpskom ZOO. Međutim, promenjen je sadržaj tog pojma. U teoriji građanskog prava u vreme dok je trajalo pisanje Skice propisi su označavali opšte norme koje potiču iz zakona.⁵³ U savremenom srpskom pravu taj pojam se shvata šire jer se u Ustavu Republike Srbije od 2006. godine koristi izraz *propisi* u širem značenju, da se njime, osim zakona, imenuju i drugi propisi⁵⁴ koje donose Narodna skupština⁵⁵ i Vlada⁵⁶ i propisi doneti na osnovu Zakona,⁵⁷ kao što su propisi

⁵⁰ S. Perović, Stručno mišljenje o Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima federacije BIH/ Republike Srpske, str. 11.

⁵¹ Čl. 5 ZIDZOO.

⁵² Čl. 19 ZIDZOO.

⁵³ A. Gams, Uvod u građansko pravo. Opšti deo, Beograd 1963, str. 52.

⁵⁴ Čl. 97 (1) (2) Ustava Republike Srbije (Ustav RS), Sl. glasnik RS 98/2006.

⁵⁵ Čl. 200 (4) Ustava RS.

⁵⁶ Čl. 136 (4) Ustava RS.

⁵⁷ Čl. 145 (2) Ustava RS.

autonomnih pokrajina,⁵⁸ grada⁵⁹ i opštine.⁶⁰ Imajući u vidu srpskim Ustavom utvrđenu hijerarhiju važenja domaćih i međunarodnih opštih pravnih akata, u kojoj su Ustav, ratifikovani međunarodni akt i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava iznad zakona,⁶¹ kao i da je ugovor slabiji po važenju od svih opštih akata javnih vlasti, sa pojmom *propisi* mogu se izjednačiti opšti akti javnih vlasti jer svim tim aktima, ukoliko sadrže imperativne norme, ugovor ne može biti u suprotnosti.⁶²

Ova kratka analiza pokazuje da se domen ograničenja slobode uređivanja sadržine ugovora neznatno proširio drugačijim, širim tumačenjem jednog zakonskog pojma koji izmenama ZOO nije ni dotaknut. Zato se može postaviti pitanje kakav je uticaj na prostor delovanja te slobode imalo brisanje pojmova *ustavom utvrđena načela društvenog uređenja* i *moral socijalističkog samoupravnog društva* i uvođenje novih pojmova na njihova mesta. Da li su te izmene proširile polje slobode nauštrb neslobode ugovaranja ili je, obrnuto, nesloboda zahvatila još jedan deo prostora koji je pripadao slobodi ugovaranja? Šta čini sadržinu pojmova *dobri običaji* i *javni poredak*? Da li se posle njihovog uvođenja u srpsko pravo može reći da je sloboda ugovaranja razvijenija ili uža nego što je bila?

3.3.1. Zamena pojma *moral socijalističkog samoupravnog društva* pojmom *dobri običaji*

3.3.1.1. Tri koncepta dobrih običaja

Kada je reč o *dobrim običajima*, treba primetiti da oni nisu bili istaknuti ni u Skici ni u jugoslovenskom ZOO kao ograničenje slobode ugovaranja. U modernim kodifikacijama građanskog prava izraz *bonnes mœurs* (dobri običaji) pojavio se prvi put u francuskom Građanskom zakoniku u članu 6. Potom su se u francuskoj pravnoj teoriji razvila tri koncepta. Prema prvom, dobri običaji su povezani sa moralom. Mišljenja pravnih pisaca koji su prihvatili taj koncept razlikuju se po tome šta podrazumevaju pod moralom. Prema jednom mišljenju, u pitanju nije celokupni moralni poredak nego specifični moralni principi

⁵⁸ Čl. 179 Ustava RS.

⁵⁹ Čl. 189 Ustava RS.

⁶⁰ Čl. 190 (5) Ustava RS.

⁶¹ Čl. 194 Ustava RS.

⁶² V. Vodinelić, Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava, 3. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2017, str. 87.

toga poretka koji su nesporni u jednom društvu.⁶³ Prema mišljenju drugih, dobri običaji su onaj deo morala koji sačinjavaju norme koje imaju izvor u religiji koju je prihvatilo jedno društvo, pri čemu je nebitno da li su norme koje imaju religijsko poreklo usvojene od članova društva zbog straha od sankcije, po navici ili razumom.⁶⁴ Prema drugom konceptu, dobri običaji potiču od faktičkih običaja. Dobri običaji su zajedničko uverenje članova jednog društva iz kojeg se rađa pravo koje reguliše određene tačke u društvenim odnosima i koje se menja u skladu sa promenama u opštem mišljenju javnosti.⁶⁵ Prema trećem, savremenom, mešovitom konceptu, dobri običaji se ne mogu izjednačiti sa nekim zamišljenim, idealnim, nadiskustvenim moralom. Taj pojam sačinjavaju pravila po kojima se u stvarnosti ponašaju časni ljudi, a ona imaju socijalnu dimenziju jer se primenjuju u određenom društvu i vremensku dimenziju zato što traju dok ih ne zamene druga.⁶⁶ Pravila kojima ugovor ne može biti u suprotnosti otkrivaju se u društvenoj praksi koja se odvija po faktičkim običajima, a ne po dobrim običajima. Dobri običaji su pravila višeg standarda koja onome koji ocenjuje tuđe ponašanje omogućavaju da razdvoji prihvatljivo od neprihvatljivog, odgovarajuće od neodgovarajućeg.⁶⁷

3.3.1.2. Moralni i običajni koncept u srpskoj teoriji ugovornog prava

Različiti koncepti dobrih običaja pojavili su se i u radovima srpskih pravnih pisaca nakon izmena ZOO od 1993. godine. Prema jednom, dobri običaji su direktno vezani za moral,⁶⁸ dok prema drugom, sud prilikom otkrivanja dobrih običaja mora poći od faktičkih običaja i, imajući u vidu kompleks vladajućih moralnih pravila, jedan faktički običaj testirati kroz prizmu savesnosti i poštenja, da bi utvrdio da li je u skladu sa tim principom.⁶⁹ Zajedničko za oba

⁶³ C. Aubry, C. Ray, Cours de droit civil français: d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae. Tome quatrième, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris 1860, nav. prema: G. Ripert, J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol. T II, Librairie générale de jurisprudence, Paris 1952, str. 4.

⁶⁴ G. Ripert, J. Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de Planiol. T II, Librairie générale de jurisprudence, Paris 1952, str. 42.

⁶⁵ R. Demogue, Traité des obligations en général. Tome 2, I Sources des obligations, Tome II, Librairie Arthur Rousseau, Paris 1923, str. 598.

⁶⁶ J. Carbonnier, Droit civil. 4/Les obligations, Paris 1998, str. 142.

⁶⁷ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Droit civil. Obligations. 2. Contrat et quasi-contrat, régime général, Litec, Paris 1986, str. 187

⁶⁸ S. Perović, Autonomija volje i prinudni propisi, Budva 2007, str. 51.

⁶⁹ O. Antić, Moral (etika) u građanskom pravu, Harmonizacija građanskog prava u regionu, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2013, str. 11.

koncepta je to što podrazumevaju da, osim prinudnih propisa, postoje i druge društvene norme kojima sadržina ugovora ne sme biti suprotstavljena. Razlika je u tome što stav o moralnoj zasnovanosti dobrih običaja te norme izjednačava sa celokupnim moralnim poretkom, dok drugi stav polazi od toga da se u okviru poretka društvenih normi sa kojima ugovor ne sme biti u suprotnosti mora napraviti određena diferencijacija i da kriterijumi za razdvajanje onih normi koje ulaze u dobre običaje od drugih treba da budu savesnost i poštenje.

3.3.1.3. Dobri običaji u praksi srpskih sudova

Treba primetiti da je u odlukama jugoslovenskih sudova u periodu primene predratnih pravnih pravila, pre donošenja ZOO, preovladavalo gledište da dobri običaji imaju moralni karakter. Drugim rečima, granice uređivanja sadržine ugovora bile su postavljene moralom. To nije bio globalni moral već onaj koji postoji u užim društvenim zajednicama. Reč je o moralnim pravilima u bračnoj zajednici i polnom moralu u vanbračnoj zajednici. Uzimajući u obzir bračni moral, sudovi su nalazili da je ništav ugovor kojim se jedan supružnik obavezao drugom supružniku na neko imovinsko davanje radi toga da bi drugi pristao na razvod braka. Oglašavan je ništavim i poklon koji je jedno lice učinilo drugom licu, da bi pristalo na konkubinat ili ostalo o njemu.⁷⁰ U tim sudskim odlukama mogao bi se pronaći razlog zbog kojeg je profesor Konstantinović predložio u Skici da moral bude postavljen za ograničenje slobode uređivanja sadržine ugovora.⁷¹ U jugoslovenskom ZOO taj predlog je u osnovi prihvaćen, ali je moral predviđen u vidu morala globalnog društva – socijalističkog i samoupravnog, jedne idealno zamišljene, nikada neostvarene socijalističke etike i jednog „višeg“ samoupravnog moralnog standarda.⁷²

U savremenom srpskom ugovornom pravu, osim teorijskih mišljenja postoje i odluke u kojima su se sudovi izjasnili u prilog stavu da dobri običaji označavaju moralne norme.⁷³ Sudovi su ostali pri shvatanju da se dobri običaji vezuju

⁷⁰ O tim sudskim odlukama svedoči profesor Konstantinović. Vid. M. Konstantinović, *Obligaciono pravo prema beleškama sa predavanja profesora dr Mihaila Konstantinovića*, str. 48.

⁷¹ U Prethodnim napomenama uz Skicu profesor Konstantinović je napisao da je glavni deo pravnog materijala za Skicu uzet iz našeg pravnog života, poglavito iz naše prakse. Vid. M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, str. 33.

⁷² Upor. R. Lukić, *Moral i pravo*, *Pravni život* 12/81, str. 51.

⁷³ Postoje usamljene odluke u kojima su sudovi shvatili dobre običaje kao faktičke običaje. Vid. Presuda Apalacionog suda u Beogradu, Gž 3533/2010 od 21. oktobra 2010, *ParagrafLex*, 1. mart 2016.

za moral u bračnoj i vanbračnoj zajednici. Smatraju, na primer, da je ugovor kojim je jedan supružnik učinio poklon drugom, da bi drugi ostao u braku, protivan dobrim običajima jer se suprotstavlja moralnim zahtevima uzajamne brige i uzajamne vernosti između supružnika.⁷⁴ Suprotan dobrim običajima je i ugovor kojim se jedan vanbračni partner obavezao drugom da njemu ili njegovom roditelju isplati određenu sumu novca da bi stupio u vanbračnu zajednicu.⁷⁵ U novije vreme u praksi sudova može se zapaziti težnja da se proširi polje dobrih običaja na špekulativni moral. Tako se suprotnim dobrim običajima smatraju ugovor o zajmu datom zajmoprimcu u svrhu kockanja⁷⁶ i ugovor o „vradžbinama“.⁷⁷ Ti ugovori su nemoralni jer su sračunati na špekulisanje brzog i lakog dobitka posredstvom kocke ili iskorišćavanja tuđeg praznoverja. Dakle, možemo zaključiti da pojam *dobri običaji* u pozitivnom srpskom pravu izražava ograničenje sadržine ugovora posredstvom morala. Njegova sadržina reprezentuje moralni poredak, ali ne u smislu normi koje nameće moral koji vlada u celokupnom društvu nego poglavito u užim društvenim zajednicama. Obim dobrih običaja je evoluirao tokom vremena, što znači da ima vremenski aspekt. Prema odlukama sudova, taj pojam je nešto širi nego što je bio u vreme važenja jugoslovenskog ZOO, što znači da je sloboda ugovaranja uža.

3.3.2. Zamena pojma *ustavom utvrđena načela društvenog uređenja* pojmom *javni poredak*

3.3.2.1. Istorijska povezanost tih pojmova

Javni poredak je ograničenje slobode uređivanja sadržine ugovora koje je postojalo u srpskom pravu, a poticalo je iz Građanskog zakonika od 1844. godine.⁷⁸ Profesor Konstantinović ga je predložio u Skici imajući vidu pravnu tradiciju, ali i uzore iz uporednog prava: francuski Građanski zakonik i švaj-

⁷⁴ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 393/99. godine, ParagrafLex, 1. mart 2016. godine.

⁷⁵ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž. 2125/2013 od 9. septembra 2013, ParagrafLex, 1. mart 2016.

⁷⁶ Rešenje Višeg suda u Valjevu, Gž. 1328/2014 od 28. avgusta 2014, ParagrafLex 1. mart 2016.

⁷⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5113/2002 od 19. decembra 2002, ParagrafLex, 1. mart 2016.

⁷⁸ §13 Građanskog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Zbirka zakona, Izdavačka knjižnica Geca Kon, Beograd 1912.

carski Zakonik o obligacijama.⁷⁹ Ipak, u jugoslovenskom ZOO to rešenje nije prihvaćeno. Umesto njega, ograničenje te slobode uspostavljeno je pojmom *ustavom utvrđena načela društvenog uređenja*. Posle nekoliko decenija nepostojanja, javni poredak se vratio u srpsko pravo izmenama ZOO od 1993. godine.

Ustavom utvrđena načela društvenog uređenja jeste pojam koji je u ZOO od 1978. godine, uz prinudne propise, predstavljao jedan isti poredak normi, pravni, koji je postavljao ograničenja slobodi uređivanja sadržine ugovora. Prema mišljenju B. Blagojevića i V. Krulja, taj pojam je imao dvočlanu strukturu. Prvi član su bila načela koja se nalaze u „Uvodnom delu“ Ustava.⁸⁰ Reč je o ustavnim stavovima o principijelnim pitanjima koja se odnose na strukturu države, proklamacijama o tipu političkog sistema i obliku političkog uređenja, o jemstvima privilegovanog položaja jednog tipa svojine i određenog kruga prava čoveka itd.⁸¹ Drugi član su bila načela na kojima je sagrađen Ustav.⁸² Prema mišljenju V. Krulja, ta načela su fundamentalni principi prava i društvenog uređenja. Oni se izvode iz celine propisa i duha pravnog sistema, a nalaze svoj normativni izraz u Ustavu.⁸³ U pitanju su drugi elementi sadržani u pravu ili, šire posmatrano, u pravnoj pojavi, koji postavljaju granicu slobode ugovornih strana da utvrde sadržinu ugovora.

Na te elemente upućuje i nominalni, teorijski pojam *javni poredak*, prema definiciji koju je pre donošenja jugoslovenskog ZOO postavio profesor Slobodan Perović i koja se nije promenila nakon Izmena ZOO od 1993. godine. Javni poredak je, prema tom pojmu, takođe sinteza dva činioca: *normi*, to jest *prinudnih propisa* i *moralnih imperativa* i *principa* koji se putem normi ispoljavaju.⁸⁴ Principi su obrazovani od vrednosnih nazora, moralnih, filozofskih,

⁷⁹ Vid. Art 6 Code civil, créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803, <https://www.legifrance.gouv.fr>, 1. septembar 2018; art 19 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/>, 1. septembar 2018.

⁸⁰ Upor. B. Blagojević, Zakon o obligacionim odnosima u svetlosti svog vremena, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 3–5/78, str. 235

⁸¹ O strukturi osnovnih načela Ustava SFRJ od 1974. godine vid. Jovan Đorđević, Ustavno pravo, Naučna knjiga, Beograd 1978, str. 130.

⁸² B. Blagojević, Zakon o obligacionim odnosima u svetlosti svog vremena, str. 235.

⁸³ V. Krulj, u: B. Blagojević, V. Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, čl. 103, str. 296.

⁸⁴ Vid. S. Perović, Zabranjeni ugovori, Sl. list, Beograd 1975, str. 156. Upor. S. Perović (2007), str. 58.

političkih ubeđenja, gledišta o organizaciji odnosa u ekonomskom životu.⁸⁵ Dakle, i taj pojam upućuje na zaključak da slobodu uređivanja sadržine ugovora ograničavaju neki elementi u pravu ili bar aspekti koji imaju obeležje pravnosti, koji su povezani sa pravnim normama jer se putem tih normi, ustavnih načela i drugih normi – izražavaju.

3.3.2.2. Sistemska povezanost javnog poretka, prinudnih propisa i dobrih običaja

Polazeći od pomenutog teorijskog pojma u određivanju zakonskog pojma *javni poredak* u srpskom pravu i uzimajući u obzir njegovo mesto u trijadi ograničenja – prinudni propisi, javni poredak, dobri običaji – možemo zaključiti da se u strukturi javnog poretka više ne nalaze *norme*, to jest *prinudni propisi* i *moralni imperativi*. Izmene ZOO od 1993. godine izdvojile su ih iz javnog poretka i oblikovale u posebne celine. Ali time se taj pojam nije ispraznio od sadržaja. U njegovoj sadržini ostali su principi, fundamentalna pravna načela visokog stepena opštosti, koja se obrazuju konstrukcijom iz većeg broja normi, a čije logičke posledice mogu potom biti primenjenje u drugim pravnim normama. Jedan primer takvog načela koji bi mogao da posluži za ilustraciju sadržine javnog poretka u srpskom pravu jeste načelo zaštite potrošača.⁸⁶ Idući jedan korak dalje, moglo bi se reći da su to načela iza kojih stoji opšti interes ili, prema rečima srpskih sudova, načela kojima se štite *društvena dobra i društveni interes*.⁸⁷

Naposletku, moglo bi se zaključiti da je pojam *javni poredak* sistemski povezan sa *prinudnim propisima* i *dobrim običajima*. Ta dva pojma označavaju norme, pravne i moralne, koje su, prema teorijskoj definiciji, jedan od dva činilaca strukture teorijskog pojma *javni poredak*. Drugi činilac, principi, pod kojim se podrazumevaju fundamentalna pravna načela, preostao je u jednočlanoj strukturi javnog poretka. Zbog toga je savremeni zakonski pojam *javni poredak* uži od teorijskog. Međutim, nema iskustvenih dokaza da je sužavanjem pojma nakon izmena ZOO 1993. godine pomerena granica koja je do tada postojala između slobode uređivanja sadržine ugovora i njenih ograničenja.

⁸⁵ Vid. *ibid.*, str.15.

⁸⁶ M. Đurđević, D. Pavić, Nekoliko misli o ograničenjima slobode uređivanja sadržine ugovora u našem savremenom pravu, *Pravo i privreda* 7–9/2016, str. 58.

⁸⁷ Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 2086/2010 od 1. decembra 2010, ParagrafLex, 1. mart 2016.

4. ZAKLJUČAK

Jugoslovenski ZOO od 1978. godine uveo je slobodu uređivanja obligacionih odnosa u rang osnovnog načela ugovornog prava, ali je i utvrdio odredbe o obaveznom zaključenju i obaveznoj sadržini ugovora koje se toj slobodi suprotstavljaju i odredbe o nedopuštenoj sadržini koje je ograničavaju. Postavljajući odredbe koje su naspram proklamovane slobode ozakonile neslobodu ugovaranja, u ZOO je uspostavljeno kompromisno rešenje za istorijsko sučeljavanje teorije autonomije volje sa vladajućom kolektivističkom i etatističkom koncepcijom prava i sa stavovima teorije ugovornog prava o ulozi ugovora u uređenju pravnih odnosa u socijalističkom društvu. Domašaj tog rešenja dosežao je do granica izbora socijalističke samoupravne ideologije. Granice kompromisnog rešenja samo su neznatno pomerene nakon napuštanja te ideološke koncepcije, te odstranjivanja njenih pridodatih ideoloških sadržaja u pravilima o ugovorima iz ZOO i nakon prihvatanja klasičnog ograničenja slobode uređivanja sadržine ugovora na osnovu Izmena ZOO od 1993. godine.

OSNOVNA LITERATURA

(objavljena u Srbiji posle 1991. godine)

Orlić, Miodrag, Zaključenje ugovora, Institut za uporedno pravo, Beograd 1993.

Jankovec, Ivica, Ugovorna odgovornost, Poslovna politika, Beograd 1993.

Vodinelić, Vladimir, Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2014.

Đurđević, Marko, Ugovor o poklonu, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.

Babić, Ilija, Pojam ugovora u Građanskom pravu, Pravni život 10/2003.

Bartulović, Mirko, Običaji i naše obligaciono pravo, Pravni život 10/2012.

Galev, Gale, Moral u svetlu obligacionog prava, Pravni život 10/2012.

Ghestin, Jacques, Korisno i pravično u ugovorima, Pravni život 11–12/1994.

Đurđević, Marko, Pavić, Dragan, Nekoliko misli o ograničenjima slobode uređivanja sadržine ugovora u našem savremenom pravu, Pravo i privreda 7–9/2016.

Đurđević, Marko, Pavić, Dragan, O uslovljenoj i usmerenoj slobodi ugovaranja privrednih subjekata, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2016.

Đurović, Liljana, Nepostojeći i ništavi ugovori, Pravni život 10/1996.

Karamarković, Leptosava, Apsolutno ništavi ugovori, *Pravni život* 10/1995.

Morait, Branko, O moralnosti ugovornog prava, *Pravni život* 10/2012.

Perović, Slobodan, Stručno mišljenje o Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH i Republike Srpske, Opšti deo sa stanjem 23. januara 2003. godine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–2/2003.

Perović, Slobodan, Sloboda volje i ugovorno pravo, *Pravni život* 9/2007.

Perović, Slobodan, Prirodno pravo i moral, *Pravni život* 9/2012.

Stanišić, Vukašin, Ograničenja prometa nepokretnosti, *Pravni život* 9–10/1994.

Stojanović, Dragoljub, Fundamentalni pravni principi kao odraz kulture prava i snage zakona, *Pravni život* 12/2000.

Vujović, Igor, Odnos Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima i ZOO, *Pravni život* 10/2006.

Freedom of Contract and Nonfreedom in Obligations Relations Act

Napake volje v ZOR in ODZ

dr. Mile Dolenc

vrhovni sodnik, Vrhovno sodišče Republike Slovenije

1. UVOD

Osnovni gradbeni element vsake teorije poslovnega posla je poslovna volja udeleženca pravnega posla. Že na prvi pogled pa je umevno, da poslovne volje izjavitelja ni mogoče prepoznati, če ni na neki način izražena navzven in dostopna drugim udeležencem pravnega posla. Naj bo še tako močno izoblikovana in usmerjena na oblikovanje konkretnega pravnega posla (na njegov nastanek, preoblikovanje ali končanje), sama po sebi ne more povzročiti nameravanega pravnega učinkovanja. Kadar volja ni le oblikovana, temveč tudi navzven izražena in naslovljena na ustrezno osebo ali krog oseb, lahko nastane razkorak med tistim, kar je bilo dejansko hoteno, in tistim, kar so naslovljenci izjave lahko prepoznali kot dejansko voljo izjavitelja. Tako kakor vse, kar je človeškega, je tudi volja podvržena napakam, je zapisal že J. Štempihar.¹ Prav zato že od nekdaj razlikujemo med notranjo voljo in njenim izražanjem navzven.

Pravni red je v primeru razkoraka med pravo in izraženo voljo postavljen pred dilemo: ali naj upošteva notranjo voljo izjavitelja ali zgolj njegovo izjavo. Prvo možnost zagovarja teorija volje, drugo teorija izjave. Po prvi je soglasje volj pogodbenih strank doseženo le tedaj, če se srečata njuni pravi, notranji volji, po

¹ J. Štempihar, *Zasebno pravo, Splošni del*, Cankarjeva založba, Ljubljana 2003, str. 175.

drugi pa za soglasje zadostuje že soglasje, ki je prepoznano iz izjav pogodbenih strank in na podlagi njihovega objektivnega pomena, takega, kot ga izjavi volje lahko pripišejo njeni prejemniki.

V primeru odstopanja med notranjo in navzven izraženo voljo vodi teorija volje do nenastanka pogodbe, če ni doseženo soglasje o bistvenih sestavinah pogodbe, pa čeprav se navzven izraženi volji skladata. Napake volje se upoštevajo torej tako, da pogodba ne nastane. Drugače je, če se upošteva teorija izjave; pogodba nastane, če se izjave volje krijejo glede bistvenih sestavin pogodbe, prizadeti stranki pa je omogočeno, da pravni posel izpodbija zaradi napak volje. V konkretnih pravnih ureditvah in sodni praksi je meja med obema teorijama pogosto manj jasna.

Na območju današnje Republike Slovenije je vse od leta 1812 veljal Obči državljanski zakonik (ODZ), po drugi svetovni vojni v obliki pravnih pravil, upoštevanih po Zakonu o razveljavitvi pravnih predpisov, izdanih pred 6. aprilom 1941. Na področju upoštevanja napak volje pri sklepanju pravnih poslov je ZOR prinesel daljnosežne spremembe. Obravnavane bodo v tem prispevku.

2. UREDITEV NAPAK VOLJE V ODZ

ODZ zahteva za nastanek pogodbe prosto, resno in določno privolitev (voljo), ki mora biti razumljivo izjavljena (par. 869). Prosta je volja, na katero ne vplivajo prisila, prevara ali bistvena zmota (tako na primer po določbi par. 565). Po stališču večine njegovih razlagalcev je ODZ za odplačne pravne posle sprejel teorijo izjave oziroma teorijo zaupanja.² Sovpadanje izjav volje se razume kot sovpadanje izjav, kot jih je mogoče razumeti po njihovi objektivni razlagi.³ Če se tako razumljeni izjavi volje krijeta v bistvenih elementih pogodbe, pogodba velja, stranka, katere volja se razlikuje od objektivnega pomena izjavljenega, pa jo lahko izpodbija, če gre za bistveno zmoto in če nasprotna stranka ni dobroverna. Če je nasprotna stranka dobroverna, se varuje njeno zaupanje in zanašanje na izjavo izjavitelja.⁴

² Koziol in Welser, *Bürgerliches Recht*, Band I, 13. izdaja, Manz, Dunaj 2006, str. 144; Tades, Hopf, Kathrein in Stabentheimer, *ABGB*, 37. izdaja, 2009, str. 997

³ Rummel in Lukas, *ABGB*, 4. izdaja, Dunaj 2014, komentar par. 869, str. 107.

⁴ J. Štempihar, nav. delo, str. 177.

2.1. Bistvena zmota

Pravne posledice zmote pri odplačnih poslih urejajo določbe par. 871–877 ODZ. Pogodbo je mogoče izpodbijati le zaradi bistvene zmote. Zakonsko besedilo ne govori neposredno o bistveni zmoti, ampak govori besedilo par. 871 (1) o zmoti o glavni stvari ali o njenih bistvenih lastnostih. Na podlagi določbe par. 873, ki govori o zmoti v osebi, s katero se sklepa pogodba, lahko sklepamo, da je zmota tedaj bistvena, če bi se brez zmote pogodba ali sploh ne sklenila,⁵ ali vsaj ne na tak način.⁶ Odloča hipotetična volja stranke.⁷ Nebistvena je preostala zmota, torej tista, ki zadeva postranske okoliščine.⁸ Vedno gre za poslovno zmoto, zmoto glede izjavljenega, in ne za motivno zmoto.⁹

Bistvenost zmote je le nujen, ne pa tudi zadosten pogoj za izpodbijnost pogodbe. Po določbi par. 871 (1) mora biti izpolnjen (vsaj) še eden od naslednjih treh pogojev:

- da je zmoto povzročila druga stranka ali
- da je druga stranka očitno morala opaziti zmoto ali
- da je bila drugi stranki zmota še pravočasno pojasnjena.

Druga stranka lahko povzroči zmoto namenoma, iz malomarnosti ali brez krivde,¹⁰ z dejanjem ali opustitvijo, tudi z molkom.¹¹ Zlasti v mejnih primerih se ni mogoče izogniti vrednotenju. Pri tem je odločilno vprašanje, ali je druga stran tako prispevala k zmoti, da njeno zaupanje v izjavo ne zasluži več varstva.¹²

Zmota očitno vzbudi pozornost, če je zaznavna pri običajni skrbnosti v prometu ali če bi pri nasprotni stranki morala vzbuditi sum o pravilnosti izjave.¹³ Za tak primer bi šlo na primer, če se ena pogodbeni stranka zareče in ponudi

⁵ Gschnitzer, Allgemeiner teil des bürgerlichen Rechts, 1992, str. 637.

⁶ Koziol in Welser, nav. delo, str. 154; Barth, Dokalik in Potyka, ABGD, 25. izdaja, 2017, str. 507; Štempihar, nav. delo, str. 176.

⁷ P. Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1990, str. 1091.

⁸ Štempihar, nav. delo, str. 211.

⁹ Prav tam, str. 176.

¹⁰ J. Štempihar v nav. delu na str. 210 pove, da je lahko zmota povzročena tudi »nehote in nevede«.

¹¹ Gschnitzer, nav. delo, str. 640; Koziol in Welser, nav. delo, str. 156.

¹² P. Rummel, nav. delo, str. 1085.

¹³ Prav tam, str. 1086; Tades, Hopf, Kathrein in Stabentheimer, nav. delo, str. 1005.

nesorazmerno plačilo, drugi stranki pa je jasno, da takega plačila ne bi prejela od nikogar drugega.¹⁴ Če nasprotna stranka ne ve le za zmoto, temveč tudi za dejansko voljo sopogodbence, velja njena prava volja.¹⁵

Drugi stranki je zmota sopogodbence pravočasno sporočena, dokler ne ravna v zaupanju v izjavo in se zato ne spremeni kaj bistvenega v njenem dejanskem ali pravnem položaju. Za tak primer pravočasnega sporočila bi šlo, če A odkrije, da ima kupljena slika pomanjkljivosti, preden mu jo prodajalec B odpošlje in preden B zavrne druge ponudnike.¹⁶

Za vse tri primere je skupno, da nasprotna stranka ni dobroverna in zato ne zasluži varstva. Varstvo se odklanja tudi tedaj, ko sta obe pogodbeni stranki v obojestranski zmoti.¹⁷ Določba par. 871 ODZ sicer ureja le primere, ko je samo ena stranka v zmoti. Če sta obe pogodbeni stranki v zmoti, lahko po sodni praksi pogodbo obe izpodbijata.¹⁸ Po mnenju literature je določba par. 871 uporabljiva za primer obojestranske zmote v skrčenem obsegu. Zadostuje, da je zmota bistvena, izpolnitev tudi drugih pogojev pa ni potrebna, saj ni treba varovati zaupanja druge stranke.¹⁹ Trem zakonskim primerom sta literatura in sodna praksa tako dodali še četrtega.

Vseeno je, ali gre za zmoto v izjavi ali za zmoto v vsebini. K zmoti v izjavi se prištevajo vsi primeri, ko se objektivni pomen izjavljenega razlikuje od volje izjavitelja. Med take primere spada pomanjkanje zavesti o izjavi, izbira napačnih izjavnih znakov in zmota glede pomena izjavnih znakov, zlasti zaradi uporabe narečja, strokovnih izrazov ali tujega jezika.²⁰

Ni pomembno, ali je izjavitelj v zakrivljeni ali nezakrivljeni zmoti.²¹ Tako je tudi stališče sodne prakse.²²

¹⁴ Koziol in Welser, nav. delo, str. 157; Štempihar v nav. delu na isti strani navaja primer, ko »prodajalec pozna razmere kupca, kateri kupuje v zmoti stvar, ki zanj očitno ni uporabna«.

¹⁵ Gschnitzer, nav. delo, str. 643.

¹⁶ Koziol in Welser, nav. delo, str. 157.

¹⁷ Prav tam, str. 158; Štempihar v nav. delu na str. 212 navaja primer: »Obe stranki sta prepričani, da ima stvar, za katero se pogajata določene lastnosti, na primer da je krava breja in je parcela stavbna parcela, v resnici pa krava ni breja in je parcela določena za park«.

¹⁸ Tades, Hopf, Kathrein in Stabentheimer, nav. delo, str. 1008.

¹⁹ Gschnitzer, nav. delo, str. 658.

²⁰ P. Rummel, nav. delo, str. 1080.

²¹ Gschnitzer, nav. delo, str. 630; in P. Rummel, nav. delo, str. 1079.

²² Tades, Hopf, Kathrein in Stabentheimer, nav. delo, str. 997.

2.2. Grožnja in prevara

Po določbi par. 870 se pogodbe ni dolžan držati tisti, ki ga je druga stranka z zvijačo ali z nepoštenim (protipravnim) in utemeljenim strahom napeljala k sklenitvi pogodbe. Določba je razumljena tako, da upravičuje izpodbijanje pogodbe.

2.3. Pravne posledice in način uveljavljanja napak volje

Stranka, ki je sklenila pogodbo zaradi grožnje, prevare ali bistvene zmote, je nanjo vezana, jo pa lahko izpodbije. Določba prvega odstavka par. 871 ODZ govori sicer drugače, in sicer da za stranko v zmoti ne nastane nobena obveznost (*»so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit«*), kar pa je razumljeno kot izpodbojnost.²³ Podlaga za tako razumevanje je v določbi par. 877 ODZ, ki govori o zahtevi za razveljavitev pogodbe.²⁴

Izpodbोजना pravica se po prevladujočem mnenju uveljavlja s tožbo ali ugovorom.²⁵ Zgolj oblikovalna zunajsodna izjava ne zadostuje.²⁶ Nujnost sodnega uveljavljanja se zagovarja predvsem na podlagi zgodovinske interpretacije. V času uveljavitve ODZ je bila po tedaj vladajoči občepravni teoriji ničnostna tožba pri napakah volje tako samoumevna, da naj bi se snovalcem ODZ zdela posebna določba o tem za odvečno. Vendar pa je šlo za ugotovitveno tožbo,²⁷ saj oblikovalna tožba tedaj sploh še ni bila poznana.²⁸

V novejšem času se večja število zagovornikov zunajsodnega uveljavljanja izpodbojnosti.²⁹ Vprašanje je še posebej temeljito obdelal Kerschner in ugotovil, da se zunajsodno izpodbijanje bolje prilega interesom pogodbenih strank in se vrednostno tudi bolje vklaplja v obstoječi sistem ODZ, na primer v sistem

²³ P. Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Band, 2. izdaja, 1990, str. 1087.

²⁴ *»Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt«*.

²⁵ P. Rummel, nav. delo, str. 1088; H. Koziol in R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. izdaja, 1995, str. 131; A. Riedler, v Schwimann, *Kodex ABGB Praxiskommentar*, 4. zvezek, 4. izdaja, 2014, str. 295.

²⁶ F. Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerliches Rechts*, 2. izdaja, ki so jo pripravili Christoph Faistenberger, Heinz Barta in sodelavci, 1992, str. 557.

²⁷ Tako izrecno tudi Pisko v Klangovem Komentarju ODZ, 2. zvezek, 2. podzvezek, Dunaj 1934, str. 136.

²⁸ F. Kerschner, *Irrtumsanfechtung, insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft*, 1984, str. 62.

²⁹ P. Rummel, nav. delo, str. 1088.

jamčevanja za stvarne napake.³⁰ Koziol³¹ ugotavlja, da iz zakona ne izhaja nujno zahteva po sodnem posegu in da je tudi sicer vprašljiva. Povsem nesporno je sicer, da je pogodba tudi brez sodnega uveljavljanja razvezana za nazaj, če se z izpodbijanjem strinja nasprotna stranka.³²

Izpodbojni upravičenec ima, upoštevajoč večinsko stališče, po katerem je treba izpodbijanje uveljavljati sodno, na voljo tri možnosti:³³

1. če je svojo obveznost že izpolnil, toži za vrnitev tistega, kar je izpolnil ob zatrjevanju, da je pravni posel neveljaven;
2. če toži nasprotna stranka za izpolnitev njegove obveznosti, vloži ugovor;
3. če sam ni še ničesar izpolnil in še ni tožen, lahko vloži tožbo, da se posel razveljavi (izreče za neveljavnega).

V prvem primeru očitno zadostuje že dajatvena tožba, ne da bi bilo treba pogodbo v sodnem izreku razveljaviti. Tudi sodna praksa se je izrecno izrekla za to, da lahko tožnik uveljavlja izpodbojno pravico tudi tako, da toži za vrnitev tistega, kar je izpolnil, sklicujoč se na to, da je posel neveljaven.³⁴ V tretjem primeru je nejasno, za kakšno izpodbojno tožbo naj bi pravzaprav šlo, za oblikovalno ali zgolj ugotovitveno. Fasching³⁵ zagovarja stališče o oblikovalni tožbi. Kerschner³⁶ na podlagi dejstva, da tako po mnenju teorije kot tudi sodne prakse zadošča že ugovor zmote, sklepa, da zahteva glede oblikovalne tožbe ni prav resno mišljena. Opisane možnosti uveljavljanja izpodbojnost pravnih poslov ponujajo, pravzaprav že kar vsiljujejo zaključek, da je sodno uveljavljanje potrebno le tedaj, ko je sporna veljavnost pravnih poslov.³⁷ Tako razumljena potreba po sodnem uveljavljanju pa se v ničemer ne razlikuje od siceršnje potrebe po sodnem uveljavljanju v kakršnemkoli sporu.

Določba par. 871 ODZ ureja le primere, ko je samo ena stranka v zmoti. Če sta obe pogodbeni stranki v zmoti, lahko po sodni praksi pogodbo obe izpod-

³⁰ F. Kerschner, nav. delo, str. 91.

³¹ Koziol in Welser, *Bürgerliches Recht*, I. zvezek, 12. izdaja, 2002, str. 143.

³² F. Kerschner, nav. delo, str. 60–61.

³³ F. Gschnitzer, nav. delo, str. 649–650.

³⁴ R. Dittrich, *ABGB*, 34. izdaja, 1994, str. 840; A. Riedler, v *Schwimann in Kodek, ABGB, Praxiskommentar*, 4. zvezek, Dunaj 2014, str. 295.

³⁵ *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, 2. izdaja, 1990, str. 570.

³⁶ Fasching, nav. delo, str. 89.

³⁷ V tem smislu je najbrž treba razumeti stališče iz Roth, *Holzhammer in Holly, Zivilprozessrecht*, Dunaj 2012, str. 16.

bijata.³⁸ Rummel³⁹ nasprotno meni, da je treba obojestransko zmoto obravnavati v okviru učenja o poslovni podlagi. Po drugačnem mnenju iz literature je določba par. 871 ODZ kljub vsemu uporabljiva tudi za primer obojestranske zmote, vendar v skrčenem obsegu. Zadostuje, da je zmota bistvena. Ni pa treba, da so izpolnjeni tudi preostali pogoji, saj ni treba varovati zaupanja druge stranke.⁴⁰

Uspešno izpodbijanje učinkuje *ex tunc*.⁴¹ V tem pogledu med zunajsodnim in sodnim izpodbijanjem ni nobene razlike.⁴² Pri trajnih obligacijskih razmerjih izpodbijanje pogosto nima učinka za nazaj.⁴³

2.4. Posledice nebistvene zmote

Nebistvena zmota ni brez pravnih posledic. Zmota o stranskih okoliščinah sicer ne vpliva na veljavnost pogodbe, je pa tisti, ki jo je povzročil, po določbi par. 872 ODZ dolžan (v dobesednem prevodu) »primerno povračilo« (nem. *angemessene Vergütung*), kar pomeni oziroma se razlaga kot »pogodbena prilagoditev« (nem. *Vertragsanpassung*).⁴⁴ Stranka, ki je v zmoti, lahko zahteva sorazmerno zmanjšanje svoje, zaradi zmote večje obveznosti oziroma sorazmerno zvišanje zaradi svoje zmote nižje nasprotnikove obveznosti.⁴⁵ Primerno povračilo zato ne pomeni nadomestitve škode.⁴⁶ Od škode tudi ni odvisno.⁴⁷

3. UREDITEV NAPAK VOLJE V ZOR

Idejni oče Zakona o obligacijskih razmerjih Mihailo Konstantinovič je pri ureditvi napak volje pri sklepanju pravnih poslov (in tudi sicer pri zasnovi Skice za zakonik o obligacijah in pogodba, ki je bila podlaga za ubeseditev ZOR) izhajal iz konceptov francoskih teoretikov in sodne prakse (in ne iz ubeseditve

³⁸ R. Dittrich, nav. delo, str. 840.

³⁹ P. Rummel, nav. delo, str. 1087.

⁴⁰ F. Gschnitzer, nav. delo, str. 658.

⁴¹ Prav tam, str. 651.

⁴² F. Kerschner, nav. delo, str. 66.

⁴³ P. Rummel, nav. delo, str. 1089.

⁴⁴ F. Gschnitzer, nav. delo, str. 655.

⁴⁵ Prav tam, str. 657.

⁴⁶ P. Rummel, nav. delo, str. 1092.

⁴⁷ F. Gschnitzer, nav. delo, str. 657.

Code civil). Zato je treba na kratko predstaviti francosko ureditev zmote pri sklepanju pravnih poslov, kakršna je veljala v času snovanja ZOR.

3.1. Napake volje v francoskem obligacijskem pravu

Code civil daje prednost dejanski volji pred njeno zunanjo izraženostjo.⁴⁸ Določba 1109. člena *Code civil* je v tem pogledu zgovorna. Ni veljavnega soglasja, če je dano le v zmoti ali izsiljeno s prisilo ali prevaro.⁴⁹ Takemu izhodišču so prilagojena tudi pravila o razlagi pogodb, ki dajejo podlago za subjektivno razlago z nekaterimi objektivnimi primesmi. Oporo za subjektivno razlago daje predvsem določba 1156. člena *Code civil*, ki daje prednost skupni nameri pogodbenih strank pred dobesednim pomenom uporabljenih izrazov.⁵⁰

Besedilo *Code civil* pozna (je poznalo)⁵¹ le dve vrsti zmot, zmoto o substanci pogodbenega predmeta in zmoto o osebi (1110. člen). Vendar sta sodna praksa in teorija izoblikovali še nadaljnje vrste oziroma podvrste upoštevni zmot. Teorija jih deli v (1.) zmoto-oviro, (2.) zmoto, ki povzroči (relativno) neveljavnost pogodbe in (3.) neupoštevno zmoto.

Z zmoto-oviro se označuje tako zmoto, ki pomeni oviro za »srečanje volj«. Ne gre za to, da se ne bi srečali izjavljeni volji, ampak se ne srečata dejanski volji pogodbenih strank.⁵² Če se dejanski volji ne srečata, pogodba ne nastane. Poseg sodišča ni potreben. Med zmote ovire spadajo zmota o naravi pogodbe (*error in negotio*), zmota o identiteti predmeta pogodbe (*error in corpore*) in zmota o obstoju kavze. Gre za zmote, ki jih zakon ne predvideva, vendar jih upošteva sodna praksa.⁵³

Zmota, ki povzročita relativno neveljavnost (izpodbojnost) pogodbe, sta zmota o osebi in zmota glede lastnosti predmeta pogodbe. Ti dve zmoti sta navedeni v 1110. členu *Code civil*. Pogoj za izpodbijanje pogodbe zaradi take zmote je njena opravičljivost. Zakon tega ne določa, sprejema pa jo sodna praksa. Op-

⁴⁸ B. Starck, L. Boyer in H. Roland, *Obligations 2. Contrat*, 5. izdaja, 1995, str. 65.

⁴⁹ »Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.«

⁵⁰ »On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.«

⁵¹ Prikaz temelji na določbah, ki so veljala v času pred uveljavitvijo bistvenih sprememb leta 2016.

⁵² F. Terre, P. Simler in Y. Lequette, *Droit civil Les obligations*, 6. izdaja, 1996, str. 168.

⁵³ B. Starck, L. Boyer in H. Roland, nav. delo, str. 177.

ravičljivost se ocenjuje *in concreto*. Zato se upošteva na primer starost, izkušnje in sposobnosti stranke, ki je v zmoti.⁵⁴ Pri zmoti-oviri se opravičljivost zmote ne zahteva.⁵⁵

Relativno neveljavnost pogodbe je treba uveljavljati sodno. Praviloma se uveljavlja s tožbo, lahko pa tudi z ugovorom.⁵⁶

3.2. Zmota-ovira kot nesporazum

Francoska zmota-ovira je našla svoje mesto v določbi 63. člena ZOR.⁵⁷ Če določbo razčlenimo, ugotovimo, da ureja naslednje dejansko stanje:

1. med strankama obstaja nesporazum;
2. nesporazum zadeva naravo pogodbe ali podlago ali predmet obveznosti;
3. stranki sta kljub temu prepričani, da se strinjata.

Če gre za tako dejansko stanje, je v 63. členu določena tudi pravna posledica: pogodba ne nastane.

3.3. Bistvena zmota

Zmoto izrecno obravnava določba prvega odstavka 61. člena ZOR, ki opredeljuje bistveno zmoto. To je zmota, ki se nanaša na bistvene lastnosti predmeta, na osebo, s katero se sklepa pogodba, kadar se sklepa glede na to osebo, ali na okoliščine, ki se po običajih v prometu ali po namenu strank štejejo za odločilne, ker sicer stranka, ki je v zmoti, pogodbe s tako vsebino ne bi sklenila.

Zmota o bistveni lastnosti predmeta pogodbe in zmota o osebi, s katero se sklepa pogodba, sta primeroma naštetih bistveni zmoti. Pravilo, ki pove, kateri so še drugi primeri bistvene zmote, pa je vsebovano v zadnjem delu čl. 61 (1). Po njem je bistvena zmota tudi tista zmota, ki se nanaša na okoliščine, ki se po običajih v prometu ali po namenu strank štejejo za odločilne, ker sicer stranka, ki je v zmoti, pogodbe s tako vsebino ne bi sklenila.

⁵⁴ Prav tam, str. 183.

⁵⁵ F. Terre, P. Simler in Y. Lequette, nav. delo, str. 182; J. Flour, J. L. Aubert in E. Savaux, *Les obligations* 1. L'acte juridique, 10. izdaja, 2002, str. 145.

⁵⁶ A. Benabent, *Droit civil, les obligations*, 1991, str. 39.

⁵⁷ Kadar sta stranki prepričani, da se strinjata, dejansko pa je med njima nesporazum o naravi pogodbe ali o podlagi ali predmetu obveznosti, pogodba ne nastane.

Bistvenost (odločilnost) zmote se presoja po običajih v prometu ali po namenu strank. Zakonsko besedilo ponuja ugotovitev, da zadostuje pozitiven odgovor po enem ali drugem merilu. Cigoj⁵⁸ se je zavzemal za odločilno vlogo subjektivnega merila, po katerem se za bistveno šteje zmota tedaj, če stranka posla ne bi sklenila, ko bi za resnično stanje vedela in bi to resnično stanje razumno presodila. Le če stranke ničesar ne določijo, bi bilo treba po mnenju Cigoja sprejeti objektivno stališče (kaj se šteje za bistveno po načelih, ki so se uveljavila v prometu).

Bistvenost zmote sama po sebi še ne zadostuje za izpodbojnost pogodbe. Po določbi čl. 61 (2) ZOR stranka ne more zahtevati razveljavitve pogodbe, če pri njeni sklenitvi ni ravnala s skrbnostjo, ki se zahteva v prometu. Drugače povedano, zmota mora biti opravičljiva oziroma nezakrivljena.

Skrbnost je odvisna od vrste obligacijskega razmerja (čl. 18 (1) ZOR). Če gre za poklicno dejavnost, je treba ravnati s skrbnostjo dobrega strokovnjaka, kar pomeni z večjo skrbnostjo, po pravilih stroke in po običajih (čl. 18 (2) ZOR). Odmik od zahtevane skrbnosti pomeni že lahko malomarnost (*culpa levis*). Ta zato zadostuje, da se stranka ne more sklicevati na svojo zmoto.⁵⁹

Dosedanja sodna praksa ni bila dovzetna za kakršnokoli niansiranost pri presoji opravičljivosti zmote. Strogost sodišč je opazala tudi literatura.⁶⁰ Vrhovno sodišče je na primer zavzelo povsem simplicistično stališče, da napaka pri zapisu parcelnih številok ni opravičljiva, ker se pravnice stranke niso »prepričale, če številke ustrezajo dejanskemu dogovoru«. ⁶¹ Iz revizijskih odločbe je razvidno, da je za neopravičljivost zmote zadostovalo že zgolj dejstvo, da pogodba ni bila prebrana oziroma, da parcelne številke niso bile preverjene.⁶² Prav pretirano trdo stališče do opravičljivosti zmote je najpomembnejši razlog za njeno zelo redko uspešno uveljavljanje v sodni praksi.

Literatura⁶³ je zagovarjala stališče, da je teoretično pravilneje, da se neopravičljiva zmota obravnava enako kot opravičljiva. Neopravičljivost zmote bi smela

⁵⁸ S. Cigoj, Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava, Ljubljana 1989, str. 113.

⁵⁹ M. Vedriš in P. Klarić, Građansko pravo, 1995, str. 158.

⁶⁰ Na primer Hiber, Neskrivljenost zablude, v: Arhiv za pravne i društvene nauke, št. 2, 1002, str. 275.

⁶¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 19/93 z dne 11. februarja 1993.

⁶² Takoj ko je bila ugotovljena prava volja pogodbenih strank, bi morala obveljati njuna dejanska volja, ne glede na opravičljivost zmotnega zapisa.

⁶³ Na primer S. Cigoj, Teorija obligacij, str. 114.

vplivali le na odškodninsko odgovornost. Vedriš in Klarić⁶⁴ sta se čudila, kako je zašlo v ZOR pandektistično gledanje, ki zahteva opravičljivost zmote, ko pa je bil par. 876 ODZ, ki je vseboval tako pojmovanje, vendarle že leta 1916 s tretjo novelo črtan. Šmalcelj⁶⁵ je opozarjal, da se ZOR z zahtevo po opravičljivosti zmote odmika od znanih kodifikacij in vrača na stališče rimskega prava. Menil je, da naj bi bile zato možnosti uspešnega izpodbijanja pogodb zaradi bistvene zmote zelo majhne. Tudi Hiber⁶⁶ je izražal odklonilen odnos do opravičljivosti zmote. Odgovor na vprašanje, zakaj je kljub vsemu v ZOR zašla opravičljivost zmote, je preprost. Prevzela se je ureditev iz francoskega prava, kakor sta jo v času uzakonitve ZOR razumela francoska teorija in sodna praksa.

ZOR ne ureja obojestranske zmote. Gotovo lahko v takem primeru vsaka od obeh strank zahteva razveljavitve pogodbe zaradi svoje zmote, vendar pa je prav tako gotovo, da bi bila stranka, ki bi uveljavljala zmoto, v slabšem položaju. Nasprotni stranki, ki bi bila v enaki zmoti, bi morala povrniti škodo zaradi razveljavitve pogodbe. Zadovoljivo rešitev ponuja določba čl. 63 (3) ZOR, po kateri je upravičena do odškodnine le druga poštena stranka. Določbo bi lahko razlagali tako, da je poštena le tista stranka, ki ni tudi sama v zmoti. Sodna praksa se o tem vprašanju še ni izrekla.

Vpliv nasprotne stranke na oblikovanje volje sopogodbjenika je v slovenski teoriji in sodni praksi v splošnem zanemarjen. Sodna praksa to vprašanje obravnava le v okviru instituta prevare.⁶⁷

3.4. Grožnja

Po določbi čl. 60 (1) ZOR lahko stranka zahteva razveljavitve pogodbe, če je njena pogodbeni stranka ali kdo tretji pri njej z nedopustno grožnjo povzročil utemeljen strah, tako da je zaradi tega sklenila pogodbo. Strah se po določbi drugega odstavka istega člena šteje za utemeljenega, če se iz okoliščin vidi, da je grozila resna nevarnost življenju, ali pa telesni ali drugi pomembni dobrini pogodbene stranke ali koga drugega.

⁶⁴ Prav tam, str. 158.

⁶⁵ Šmalcelj, Zabluda u obveznom pravu, NZ, 4/84, str. 408.

⁶⁶ Prav tam, str. 277.

⁶⁷ Na primer sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 922/2007 z dne 16. septembra 2010.

3.5. Prevara

Prevara je po določbi čl. 65 (1) ZOR opredeljena kot povzročitev zmote pri pogodbeni stranki ali njeno držanje v zmoti z namenom, da bi jo tako druga stranka ali druga oseba napeljala k sklenitvi pogodbe. Prevarana stranka lahko zahteva razveljavitev pogodbe tudi takrat, kadar zmota ni bistvena.

3.6. Prehod iz ODZ na ZOR v teoriji in sodni praksi

V literaturi so se razvila različna stališča o pravni naravi nesporazuma iz določbe čl. 63 ZOR. Lahko bi rekli, da je ustvarila nesporazum.

3.6.1. Stališče slovenske teorije

V slovenskem pravnem prostoru sta v začetnem obdobju po uveljavitvi ZOR prevladovali stališči Cigoja in Strohsacka. Cigoj⁶⁸ je zagovarjal stališče, da je z določbo čl. 63 ZOR urejen disenz in ne zmota. Pojasnil je tudi razliko med obema. Pri zmoti se izjavi volje strank ujemata, le katera od strank ima napačno predstavo. Pri disenzu je drugače; izjavi volje se ne krijeta. Strohsack⁶⁹ je menil, da določba ne ureja napake volje, ampak položaj, ki je podoben napakam volje. Pravilo naj bi bilo »v bistvu le ponovitev pravila iz 26. člena ZOR, da je namreč pogodba sklenjena, ko se pogodbeni stranki zedinita o njenih bistvenih sestavinah.«

V stališčih Cigoja in Strohsacka je videti očiten vpliv dotedanjšega pravnega razmišljanja, izoblikovanega na podlagi sprejemanja teorije izjave volje oziroma teorije zaupanja na podlagi ureditve iz ODZ.

3.6.2. Stališča nekaterih drugih jugoslovanskih teoretikov

Vizner je v svojem komentarju ZOR⁷⁰ pojasnjeval pravno naravo nesporazuma s pomočjo francoskega učenja o zmoti-oviri. Perović⁷¹ je v zvezi z določbo čl. 63 ZOR govoril le o posebni vrsti zmote. Zmota o naravi pogodbe, o podlagi ali o predmetu obveznosti je ovira za uresničitev soglasja strank. Tako stališče sta zastopala tudi Đorđević in Stanković.⁷² Menila sta, da obstaja v

⁶⁸ Obligacijska razmerja, ZOR s komentarjem, 1987, str. 59.

⁶⁹ Obligacijska razmerja I, 1992, str. 125.

⁷⁰ Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, 1978, str. 293–294.

⁷¹ Obligaciono pravo 1981, str. 293–294.

⁷² Obligaciono pravo, 1987, str. 299.

znanosti splošno soglasje o tem, da pri zmoti o naravi pogodbe in o predmetu pogodbe pogodba sploh ne more nastati. Taka je bila in je še vedno tudi srbska sodna praksa.⁷³

3.6.3. Razvoj sodne prakse

Slovenska sodna praksa je najprej sledila stališčema Cigoja in Strohsacka. Značilno je stališče, da že sam obstoj pisne pogodbe, čeprav je imel darovalec voljo, da podari določeno parcelo, obdarjenec pa voljo, da sprejme drugo parcelo, onemogoča ugotovitev o neobstoju pogodbe.⁷⁴ Drugačno pot je utirala sicer sodba,⁷⁵ v kateri je sodišče zavzelo stališče, da pogodba ne nastane, če ne odseva soglasja volj njegovih podpisnikov, vendar je bilo že leta 2004⁷⁶ ponovljeno decidirano stališče, da lahko pride do nesporazuma (disenza) »le v fazi sklepanja pogodbe, ko sta ponudba in sprejem ponudbe navzven razpoznavna, tako da je sploh mogoče ugotoviti, ali sta se stranki zedinili o bistvenih sestavinah pogodbe.« Za nesporazum po čl. 63 ZOR naj bi šlo zato le »pri neujemanju izjav volje pogodbenih strank.«

Drugačno stališče je prodiralo zelo počasi. V letu 2007 je bilo končno zavzeto stališče, da podpis pogodbe (skladnost izjav volje) še ne pomeni, da ne pride v poštev nesporazum iz čl. 63 ZOR.⁷⁷ Stališče je zdaj del ustaljene sodne prakse.⁷⁸

3.7. Pravne posledice in način uveljavljanja napak volje

Če gre za zmoto, ki povzroči nesporazum strank (zmota o naravi pogodbe, o podlagi ali predmetu pogodbe), se po Perovičevem mnenju⁷⁹ pravila o izpodbijanju ne uporabljajo, ker pogodba ne nastane. Mogoče pa je v takem primeru s tožbo zahtevati ugotovitev neobstoja pogodbe. Starejša slovenska sodna praksa je nasprotno zastopala stališče, da je mogoče neobstoju pogodbe uveljavljati le s tožbo.⁸⁰

⁷³ Na primer sodba Vrhovnega sodišča Srbije, rev. 649/06, objavljena v: D. Veljković, *Obligacioni odnosi, kroz pravne stavove, zaključke i sudsku praksu najviših sudova*, 2009, str. 91–93.

⁷⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 459/1992 z dne 21. januarja 1993.

⁷⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 519/1998 z dne 24. februarja 1999.

⁷⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 57/2003 z dne 20. januarja 2004.

⁷⁷ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 221/2005 z dne 28. marca 2007.

⁷⁸ Glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 214/2016 z dne 17. avgusta 2017.

⁷⁹ Perović, nav. delo, str. 300.

⁸⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 627/96 z dne 26. marca 1998.

Iz določbe čl. 113 (1) ZOR, po kateri lahko stranka, v katerem interesu je bila določena izpodbojnost, zahteva, da se pogodba razveljavi, ni neposredno razvidno, kako lahko prizadeta stranka doseže razveljavitev pogodbe. Zakonsko besedilo se tako ni opredelilo niti za sodno razveljavitev niti za izpodbijanje z enostransko izjavo.⁸¹ Določba je zato povzročila različni razlagi. Del literature⁸² se je zavzemal za zunajsodno izpodbijanje, večinski del⁸³ pa za sodno izpodbijanje. Kot argument za sodno uveljavljanje izpodbojnosti se navaja, da je ZOR uporabil enako besedilo kot ODZ (»zahteva, da se pogodba razveljavi«). Če bi naš zakonodajalec hotel vpeljati v sistem tako pomembno novost, kot je nadomestitev sodnega posega z navadno izjavo prizadete stranke, bi to moral vendarle določneje izraziti.⁸⁴

Vendar pa opiranje na ureditev v ODZ ni dosledno. Čeprav ODZ omogoča izpodbijanje tako s tožbo kakor tudi z ugovorom in je na tako možnost opozarjala tudi literatura,⁸⁵ je naša sodna praksa zavzela stališče, da je mogoče pogodbo izpodbijati le s tožbo. Ugovor ne zadostuje.⁸⁶ Sodna praksa je tudi zavrnila možnost, ki je uveljavljena v Avstriji, da je mogoče vložiti zgolj dajatveno tožbo, s katero tožnik zahteva vrnitev tistega, kar je izpolnil, sklicujoč se na neveljavnost pogodbe.⁸⁷ Utemeljevanje stališča, da je mogoče pravne posle izpodbijati le s tožbo s tem, da je tako bilo po ODZ, ZOR pa ni bil dovolj jasen pri oblikovanju nove ureditve izpodbijanja, se pokaže kot manj prepričljivo. Nekako bi jo še bilo mogoče tako utemeljevati, če bi se čas ustavil s Klangovim komentarjem ODZ. Sedanje razumevanje (nespremenjenih) določb ODZ je povsem drugačno od prvotnega. Po prevladujočem razumevanju je sicer res še vedno potrebno sodno uveljavljanje, vendar zadostuje že dajatvena tožba, če se terja vrnitev tistega, kar je bilo z izpodbojnim pravnim poslom izpolnjenega. Nobenih ovir tudi ni, da se tožena stranka brani z ugovorom. Če se vztraja pri kontinuiteti pravne ureditve, ki teče od ODZ do ZOR in še naprej k OZ,

⁸¹ Tako A. Polajnar-Pavčnik, *Neveljavnost pogodb*, 1982, str. 44 o določbi prvega odstavka 112. člena ZOR.

⁸² Na primer Cigoj v *Obligacijska razmerja*, ZOR s komentarjem, str. 105.

⁸³ Na primer Perović, nav. delo, str. 470; M. Juhart, *Teoretičnoppravna utemeljitev odgovornosti za pravne napake*, v: *Zbornik znanstvenih razprav PF*, Ljubljana 1991, str. 86; J. Salma, nav. delo, str. 223; Šmalcelj, *Zabluda u obveznom pravu*, NZ, 4/84, str. 410; Vedriš in Klarić, nav. delo, str. 160.

⁸⁴ A. Polajnar-Pavčnik, nav. delo, str. 45.

⁸⁵ Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, str. 481.

⁸⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 113/97 z dne 14. maja 1998.

⁸⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 765/93 z dne 9. februarja 1995.

potem bi to moralo voditi k takemu razumevanju določb o izpodbijanju pravnih poslov, kot se je uveljavilo v sosednji Avstriji, in ne do toge zahteve, da je možno izpodbijanje pogodb le z oblikovalno tožbo.

Glede časovnega učinkovanja uspešnega izpodbijanja pogodbe, ki je obremenjena z napakami volje, večina avtorjev zastopa stališče o retroaktivnem učinku.⁸⁸ Salma⁸⁹ nasprotno meni, da se pogodba razveljavi *ex nunc*. Strohsack ni bil povsem jasen. Nekje⁹⁰ je govoril o sodbi v zvezi s tožbenim zahtevkom za ugotovitev izpodbijnosti pogodbe, ki ima konstitutivni značaj in pogodbo razveljavi z retroaktivnim učinkom, drugje⁹¹ pa je v zvezi s posledicami uspešnega izpodbijanja pravnega posla navedel, da se »pogodba razveljavi, in to od časa, ko je takemu zahtevku ugodeno, ne pa že od takrat, ko je bila pogodba sklenjena«.

Radišić⁹² je sicer zagovarjal stališče o (načeloma) retroaktivnem učinku razveljavitve, menil pa je, da nekaterim pogodbam zaradi njihove narave ni mogoče priznati neveljavnosti že od sklenitve dalje. Take naj bi bile pogodbe, katerih predmet je opravljanje storitev ali uporaba stvari. Če je storitev vsaj delno opravljena, ali če je zakupojemalec že uporabljal zakupljeno stvar, bi se po njegovem mnenju razveljavitev nanašala le na prihodnost.

Pogodbeni stranki se po mnenju literature lahko sporazumeta, da izpodbijanje učinkuje le v prihodnje, *ex nunc*.⁹³

3.8. Obligacijski zakonik

S 1. januarjem 2002 je v Republiki Sloveniji začel veljati Obligacijski zakonik (OZ). Z njim je na območju Republike Slovenije prvič zaživel obligacijsko pravo po volji slovenskega zakonodajalca. Z njim pa ni bilo prelomljeno z dotedanjo pravno tradicijo. OZ je glede napak volje pri sklepanju pravnih poslov le posvojitev Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR), ki je veljal od 1. oktobra 1978.

⁸⁸ Na primer Perović, nav. delo, str. 473; Vizner, Komentar ZOR-a, str. 475; Vedriš in Klarić, nav. delo, str. 145.

⁸⁹ Salma, Obligaciono pravo, 1988, str. 366.

⁹⁰ Strohsack, Obligacijska razmerja I, 1992, str. 194.

⁹¹ Prav tam, str. 127.

⁹² Radišić, Obligaciono pravo, Opšti deo, 1988, str. 173.

⁹³ Perović, nav. delo, str. 473; Radišić, nav. delo, str. 173; in Vizner, nav. delo, str. 483.

4. ZAKLJUČEK

Obči državljanski zakonik in Zakon o obligacijskih razmerjih sta zgrajena na različnih temeljih pri sklepanju pravnih poslov. ODZ je prevzel teorijo volje oziroma teorijo zaupanja in ju je logično izpeljal v določbah o zmoti. Na veljavnost pogodbe vpliva samo bistvena zмота, vendar tudi nebistvena zмота ni brez pravnih posledic. Poleg bistvenosti zмотe mora biti izpolnjen vsaj še eden od nadaljnjih treh pogojev: da je zмотo povzročila druga stranka ali da je druga stranka očitno morala opaziti zмотo ali da ji je bila zмотa še pravočasno pojasnjena. Vsem pogojem je skupno, da nasprotna stranka ni dobroverna in zato ne zasluži varstva. Ali je izjavitelj v zakrivljeni ali nezakrivljeni zмотi, ni pomembno. Taka ureditev na dovolj uravnotežen način ureja občutljivo razmerje med upoštevanjem prave volje izjavitelja in varstvom pravnega prometa.

ZOR je v slovenski (jugoslovanski) pravni red vnesel ureditev iz francoskega obligacijskega prava. Ta temelji na teoriji volje. Za nastanek pogodbe se zahteva soglasje prave volje pogodbenih strank in ne le izjav volje. Temu je v bistvenem prilagojena tudi ureditev zмотe. Prevzeta ureditev je naletela na različne razlage in tudi na nerazumevanje. Le počasi se je v sodni praksi uveljavilo pravilno razumevanje nesporazuma iz 63. člena ZOR. Uveljavljanje bistvene zмотe je obremenjeno z njeno opravičljivostjo, ki jo sodna praksa ocenjuje s pretirano strogostjo. Primeri uspešnega izpodbijanja pravnega posla zaradi napak volje, zlasti zмотe, so zato precej redki.

Sodna praksa se trdno oklepa stališča, da je mogoče napake volje uveljavljati le z oblikovalno tožbo. Razloge za tako stališče kaže iskati bolj v inerciji kot v racionalni sferi.

Kavza

Nekateri vidiki razvoja v jugoslovanskem in aktualnosti v slovenskem pravu

dr. Peter Grilc

profesor, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Razprava o kavzi – dopustni podlagi po nekdanjih čl. 51 in 52 Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR) (danes čl. 39 Obligacijskega zakonika – OZ) – je enaka kot obravnava konkurenčnega prava EU in nacionalnega konkurenčnega prava v Sloveniji: če poznaš enega, poznaš oba. Kavza povzroča precejšnje konceptualne težave, ki po eni strani lahko pomenijo frustracijo za pravnika, po drugi plati pa ima velik praktični pomen v različnih kontekstih. Poleg praktičnega pomena je seveda izrazito teoretično nabita in temu se ni mogel izogniti noben teoretik obligacijskega prava. Zato je literatura o njej nepregledna, domala nepregledna je že zgolj izbrana referenčna literatura. Sistemi obligacijskega prava jo obravnavajo zelo natančno, kar velja tudi za teoretike, ki so obravnavali kavzo v enotnem pravnem prostoru pred ZOR in po njegovi uveljavitvi; vsi komentatorji ZOR,¹ zlasti prvo pero kavze, profesor Cigoj, ki je pomen kavze potegnil vse od predsklenitvene, motivne faze, prek pogajanj v sklenitev pogodbe, njeno izvrševanje in celo interpretacijo po njenem preneha-

¹ Omenimo le največje komentarje ZOR: Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana 1984-1986; Blagojević in Krulj, Komentar ZOO I, Savremena administracija, Beograd 1983; Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb 1978.

nju, so se problematike lotili z velikim zamahom in poudarjeno natančno. Od izdaj komentarjev ZOR kavza v teoriji in praksi ni doživela posebne omembe vrednih premikov, zato tudi poznejši komentarji zakonov, ki so nasledili ZOR, v tem delu ne morejo postreči s posebnimi novostmi, v nekaterih kodeksih obligacijskega prava z območja nekdanje države (na primer Hrvaška) pa kavze sploh ni več. Zato so tudi za današnjo obravnavo kavze po ZOR še vedno najrelevantnejši komentarji ZOR.

Če pri obravnavi kavze izhajamo iz čiste abstrakcije, jo je kljub gornjim rezervacijam, ki pa sploh niso vse, mogoče razumeti in ima podobno uporaben domet kot načelo sorazmernosti, prepoved diskriminacije ali v pogodbenem pravu prodajna pogodba in mandatna oziroma delovršna pogodba, iz katerih elementov je s kombiniranjem mogoče sestaviti domala vse pogodbe obligacijskega prava. Če bi o kavzi pisali naravoslovci, bi jo najbrž razumeli kot DNK pogodbe.

1.1. Zlato obdobje

Kavza je doživela zlato obdobje v nekdanji državi, temelji za njen dvig na normativno raven v ZOR pa so bili postavljeni že v delih avtorjev pred njim.² Z uveljavitvijo ZOR je postala pozitivnopravni institut, povzdignjen v enega od pogojev za veljavnost in učinke pogodbe. V tem kontekstu se velja spomniti velikih sistemov, globokih znanstvenih razprav, ne le ene, pri posameznih avtorjih domala serijskih obravnav kavze v doktrinarnih delih.³

1.2. Kavza v predpisih naslednic izročila ZOR

Uveljavitev srbskega Zakona o obligacionim odnosima (ZOO-SR; 2003), slovenskega Obligacijskega zakonika (OZ; 2002), hrvaškega Zakona o obveznim odnosima (ZOO-HR; 2006), Zakona o obligacionim odnosima (ZOO-F-BIH; 1989, 1992, 1994, 2003, 2011) pomeni konec te zlate dobe. Iz hrvaškega zakona je kavza izginila, v slovenski in srbski zakonodaji je sicer ostala, vendar ji doktrina ni več namenjala toliko pozornosti in tako globoko kot prej; poslej je bistveno manj razprav v klasičnem, dogmatičnem, *hard-core* delu, tudi ko-

² Spomnimo se Arandelovića, Perića, Markovića, Gamsa, Jakšića, Kaporja in Konstantinovića; po Dudaš, Shvatanja o kauzi ugovora u domačoj civilistici po usvajanju Zakona o obligacionim odnosima, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2012, vol. 46, br. 1, str. 475–490.

³ Dela Cigoja, Miloševića, Đorđevića, Viznerja, Vedriša, Goldštajna, Šmalcelja, Radišića, Petrovića, Salme, Antića; Ibid.

mentarji post-ZOR zakonov ne postrežejo s posebnimi novostmi. Če tvegamo kratek oris navedenega, ki pa je seveda nujno nepopoln, ugotovimo, da srbsko post-ZOR obdobje opredeljuje tendenca izginjanja nujnosti pojma kavze pogodbe, čeprav pretežni del doktrine zavzema kavzalistično stališče.⁴ Dalje, lahko ugotovimo, da hrvaški ZOO sprejema le pojem motiva, torej subjektivno teorijo, da v njem ni novih sistemskih del, izluščiti pa je treba odlično primerjalnopravno razpravo Nikšića.⁵ V slovenskem pravu po uveljavitvi OZ zaznamo podobne trende kot v srbskem pravu. Kavza iz obligacij ne izginja, širi se v druge dele prava (*infra*), ni opaziti novih sistemskih premikov, komentiranje OZ je obsežno, izhaja pa iz tradicije komentiranja ZOR, razprave, čeprav ne številne,⁶ vendarle prinašajo zanimiva spoznanja.⁷

Stanje po uveljavitvi nacionalnih obligacijskih predpisov po ZOR je naslednje,⁸ morebiti pa najbolj primerjalnopravno koncentrirano o kavzi v obdobju po nacionalnih razveljavitvah ZOR spregovori Salma.⁹

⁴ Po Dudašu, nav. delo, je po uveljavitvi ZOR povzročil tendenco izginjanja pogledov, ki v celoti zanikajo nujnost obstoj kavze in je pretežni del doktrine zavzel kavzalistično stališče. Izjemi sta bili Vizner, po katerem se določbe zakona ne nanašajo na kavzo pogodbe, temveč na titulus, in Vedriš, ki v zakonskih določbah vidi pojem temelja pravnega posla (*Geschäftsgrundlage* germanske doktrine). Prim. Salma, Kauza obligacionih ugovora, v: Zbornik radova Pravnog fakulteta v Novem Sadu 2006, str. 177–200.

⁵ Nikšić, Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu, v: Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, let. 56, št. 4, 2006., str. 1057–1102.

⁶ L. Varanelli, Kavza pogodbe - sodobni pogledi, v: Pravna praksa, 13. oktober 2017; L. Varanelli, Problem odpada in pomanjkanja pravne podlage pri neodplačnih pogodbah, v: Pravna praksa, 21. spetember 2017; P. Grilc, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2003, komentar določbe o kavzi.

⁷ Tako Salma, nav. delo, analizira srbsko sodno prakso po letu 2000 in ugotavlja, da čeprav ZOO-SR pozna *dopušten osnov* (enako kot čl. 51 ZOR ali čl. 39 OZ) »*povodom kauze, uz konstataciju da ovaj sud poništava ugovore, u skladu sa zakonom, ukoliko je pravni ili motivacioni cilj suprotan javnom poretku, zakonskim zabranama ili dobrim običajima. Autor ukazuje da antikavzalistička doktrina i zakonodavstvo nalaze da se pojam kauze uspešno zamenjuje drugim, od kauze jasnije definisanim pojmovima (pravnim institutima), kao što su zabrana ili nemogućnost predmeta ugovora nedozvoljeni uslov, prigovor neizvršenja, pravno neosnovano obogaćenje.*« Glej povzetek raprave na <<http://scindeks.ceon.rs/article.aspx?query=ISSID%26and%264979&page=9&sort=8&stype=0&backurl=%2Fissue.aspx%3Fissue%3D4979>>.

⁸ Hrvaškega ZOO razumljivo ni v tabeli, ker kavze v njem ni več.

⁹ V razpravi Kauza obligacionih ugovora, v: Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2006, vol. 40, br. 2, str. 177–200 ugotovi, da je ZOO(SR) zadržal pojem kavze, v Sloveniji pa OZ sprejema objektivno teorijo za odplačne (onerozne), subjektivno pa za neodplačne pogodbe, medtem ko ZOO(HR) sprejema le pojem motiva, torej subjektivno teorijo.

<i>Zakon o obligacijskih razmerjih ZOR (ex YU)</i>	<i>Obligacijski zakonik OZ (SLO)</i>	<i>Zakon o obligacionim odnosima ZOO (SR)</i>	<i>Zakon o obligacionim odnosima ZOO (BIH)</i>	<i>Zakon o obligacionim odnosima ZOO (CG)</i>	<i>Zakon na obligacionite odnosi ZOO (MK)</i>
<p>51. člen Dopustna podlaga 1. Vsaka pogodben obveznost mora imeti dopustno podlago (razlog).</p>	<p>39. člen Dopustna podlaga 1. Vsaka pogodben obveznost mora imeti dopustno podlago (razlog).</p>	<p>Član 51 Dopušten osnov 1. Svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov.</p>	<p>Član 51 Dopušten osnov 1. Svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov.</p>	<p>Član 46 Dopušten osnov 1. Svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov.</p>	<p>Člen 43 Dozvolena osnova 1. Sekoja dogovorna obvrsta mora da ima dozvolena osnova.</p>
<p>2. Podlaga je nedopustna, če je v nasprotju z ustavnimi načeli družbene ureditve, s prisilnimi predpisi ali z moralno socialistične samoupravne družbe.</p>	<p>2. Podlaga je nedopustna, če je v nasprotju z ustavo, s prisilnimi predpisi ali z moralnimi načeli.</p>	<p>2. Osnov je nedopušten ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.</p>	<p>2. Osnov je nedopušten, ako je protivan Ustavu Republike BiH, prinudnim propisima te moralu društva.</p>	<p>2. Osnov je nedopušten ako je suprotan prinudnim propisima ili moralu društva.</p>	<p>2. Osnovot e dozvolen ako e vo soglasnost so Ustavot, zakonite i dobrite običai.</p>
<p>3. Domneva se, da ima obveznost podlago, čeprav ta ni izražena.</p>	<p>3. Domneva se, da ima obveznost podlago, čeprav ta ni izražena.</p>	<p>3. Pretpostavlja se da obaveza ima osnov iako nije izražen.</p>	<p>3. Pretpostavlja se da obaveza ima osnov iako nije izražen.</p>	<p>3. Pretpostavlja se da obaveza ima osnov iako nije izražen.</p>	<p>3. Se pretpostaruva deka obvrskata ima osnova iako ne e izrazena.</p>
<p>52. člen Ničnost pogodbe zaradi podlage 1. Če ni podlage ali je ta nedopustna, je pogodba nična.</p>	<p>4. Če ni podlage ali je ta nedopustna, je pogodba nična.</p>	<p>Član 52 Ništavost ugovora zbog osnova Ako osnov ne postoji ili je nedopušten, ugovor je ništav.</p>	<p>Član 52 Ništavost ugovora zbog osnova Ako osnov ne postoji ili je nedopušten, ugovor je ništav.</p>	<p>Član 47 Ništavost ugovora zbog osnova Ako osnov ne postoji ili je nedopušten, ugovor je ništav.</p>	<p>Člen 44 Ništovnost na dogovorot poradi osnovot Ako osnovot ne postoji ili ne e dozvolen, dogovorot e ništoven.</p>

2. MODERNI TRENDI KAVZE V TEORIJI IN SODNI PRAKSI

Objektivna (zakonska) kavza v primerjalnem post-ZOR pravu, dogmatiki in praksi je postala razmeroma neproblematična, se je pa z uveljavljanjem modernih pogodb avtonomnega gospodarskega prava (več v nadaljevanju), problematiziranjem nekaterih vidikov že uveljavljenih pogodb (na primer distribucijske pogodbe) in njihovega trka z drugimi deli prava (konkurenčno pravo) razširil manevrski prostor za subjektivno, individualno kavzo, kar bo tudi v središču te razprave. Zato ta razprava ne obravnava različnih dogmatičnih pristopov komentatorjev zakonov, ki so nasledili ZOR, izvora kavze in njene- ga splošnega pomena, navezave kavze v literature nekdanje države na katero- koli drugo pravo ali razpravljanja o sorodstvenih razmerjih kavze s sorodnimi instituti primerjalnega prava.¹⁰

V nadaljevanju najprej obravnavamo nekatere trende v zvezi s kavzo v domicilnem obligacijskem pravu ter pri tem izhajamo iz podmene, da klasika zlate dobe ostaja. Kavza je v obligacijskem pravu izrazito pomembna in zanimiva za (1.) analizo kompleksnih pogodb (povezane, mešane), v zadnjem obdobju pa je postala zanimiva tudi v kontekstu (2.) spremenjenih okoliščin (*rebus sic stantibus*), zlasti s sklicevanjem na njen odpad v kontekstu finančne krize.

Kavza je, kot smo napovedali zgoraj, zanimiva tudi zaradi prodora iz ozke sfere obligacijskega prava. Tu velja omeniti (1.) potrošniško pravo (EU), (2.) korporacijsko pravo, (3.) povzdignjenost kavze v javnopravni princip, (4.) konkurenčno pravo, (5.) pravo mednarodne trgovine, z malce drznosti bi lahko trdili, da je zanimiva domala povsod.

¹⁰ Na primer *Geschäftsgrundlage*, *Rechtsgrundlage*, doktrina o *imprevision* ali *consideration*, če se zgolj zaradi občutka (globlja elaboracija bi to razpravo preusmerila v čisto primerjalno pravo, kar ni njen namen), o čem je govora, zgolj dotaknemo nekaterih sistemov, ki so precej vplivali na ZOR ali si z njimi delimo podobno pravno tradicijo. Ko je govora o predpostavkah za veljavnost pravnega posla, se v švicarskem (OR), avstrijskem (ODZ 1811) in nemškem pravu (BGB 1896) izhaja iz ugotovitve, da te ureditve ne vsebujejo pravnega instituta, ki bi odgovarjal kavzi obveznosti; nastanka veljavnost pogodbe ne pogojujejo z nekim dopustnim (Salma: *pravnim, ekonomskim ili motivacionim*) razlogom ali ciljem zave-zovanja (opustitev tudi z uveljavitvijo novega nizozemskega civilnega zakonika). Po drugi plati pa *Code civil* (1804) in *Codice Civile* nastanek in veljavnost dvostranskega posla pogo-jujeta z obstojem pravno dopustnega cilja ali motivom. Prim. Nikšič, nav. delo, ki seznam ureditev, ki nastanek in veljavnost posla vežejo na kavzo, dopolni še s španskim, belgijskim, luksemburškim pravom ter sistemi, na katere so ti vplivali (Quebec – vpliv francoskega prava; Mehika – vpliv španskega prava).

2.1. Kavza v kompleksnih pogodbah

Osrednji problem kompleksnih pogodb, ki nastanejo z zlaganjem, mešanjem, povezovanjem, spajanjem elementov dveh ali več nominatnih ali nominatnih in inominatnih pogodb (za potrebe te razprave kot po Cigoju nominatne razumemo tiste pogodbe, ki jim je dal ime (obligacijski) zakon, kot inominatne pa tiste, ki so sicer nominirane – imajo svoje ime, vendar v zakonu (še) niso urejene) ali kako drugače (problematike njihovega nastanka tu ne elaboriramo), je določitev njihove pravne narave. Rezultat pri ugotavljanju pravne narave take pogodbe je seveda odvisen od izbire metode, ta pa je močno obarvana s kavzo. Teorija praviloma odklanja (1.) metodo absorpcije, kjer kompleksna pogodba prevzame naravo prevladujočega tipa, ki absorbira ostale; (2.) kombinacije, po kateri se kombinira določbe in tipe pogodb, ki so vsebovane v pogodbi; ter (3.) kreacije, pri kateri je očitni problem zdrsa v *iudex in modo legislatoris* in zaradi vsakokratne kreacije *ex post facto*, tedaj, ko se pogodba šele presoja, pomanjkljive predvidljivosti posledic pogodbenega razmerja v času nastanka, kar pomeni, da ne nudijo primerne pravne varnosti. Uporablja pa se metodo analogne uporabe pravil splošnega in posebnega dela obligacij. Po njej se pogodbo obravnava kot celoto, torej njeno dejansko stanje, ozadja, namene in podlago (*sic* – kavza). Njeno izhodišče je ugotavljanje prave volje strank, pomena in učinka posameznih sestavin kompleksne pogodbe ter skupni namen strank (*sic* – subjektivna kavza).

To ponazorimo z distribucijsko pogodbo na primeru odpravnine. Vstopajoči tipi in kavze v distribucijsko pogodbo so prodajna pogodba (pridobitev lastninske pravice in kupnina), agencijska pogodba (spravljanje v stik), societeta (prizadevanje za skupni namen), celo licenčna pogodba, vendar podelitev licence ni kavza distribucije. Kavza distribucije je nakup in (pre)prodaja nadaljnjim kupcem (angl. *for resale*) v svojem imenu in za svoj račun.¹¹ Če takega namena ni, ne gre za distribucijo. Ob prenehanju distribucijskega razmerja v zvezi z odpravnino¹² nastopi dilema, ali ima distribucijska pogodba naravo

¹¹ Tako tudi Uredba o skupinskih izjemah: nadaljnja prodaja je kavza pogodbe, ki sta jo določili stranki in sodba Sodišča EU v zadevi C-9/12 *Vorman-Collins SA v. La Maison du Whisky*.

¹² Čl. 833 (1) OZ: »Po prenehanju pogodbe ima zastopnik pravico do ustrezne odpravnine, če in kolikor je pridobil naročitelju nove stranke ali je občutno povečal posle z dosedanjimi strankami in ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami, ali če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti zaradi izgubljene provizije pri poslih s temi strankami.«

pogodbe o dvojni prodaji (angl. *for resale*) ali agencijske pogodbe. Sodna prasa in teorija sta se zavzeli, da sta za rešitev te dileme in seveda za odločitev, ali se odpravnina nekdanjemu distributerju prisodi ali ne, zelo pomembni, pogosto odločilni kavza in razporeditev pogodbenih bremen strank.

Druga ponazoritev je presoja pogodbe o razvoju (*R&D*). Za njeno kvalifikacijo sta v nekaterih izvedenkah dve možnosti kvalifikacije. Po določbah delovrsne pogodbe naj bi se jo presojalo, če se izhaja iz stališča, da morajo biti ob prenehanju pogodbe rezultati razvoja izročeni drugi stranki, vendar ostaja odprto vprašanje, ali mora prva stranka po končanem razvoju prenehati uporabljati razviti *know-how* ali pa ga lahko uporablja za lastno proizvodnjo? Zdrs v mešano delovršno z elementi kvazikorporacijske societete in pogodbe o transferu *know-howa* pa omaja stališče, da morajo biti ob likvidaciji pogodbe rezultati raziskav in razvoja v celoti izročeni drugi stranki in jih prva stranka ne sme uporabljati. Sodna praksa in teorija sta zopet našli pomoč v uporabi subjektivne kavze, pogodbene volje in pogodbenega namena strank.

Enaki analitični pristopi, ko se za definiranje pravne narave uporabi vstopajoče elemente in ugotavlja subjektivna kavza novega posla, se uporablja za doma la vse novodobne pogodbe avtonomnega gospodarskega prava, na primer za pogodbo o:

- franchisingu (vstopajoči elementi iz drugih pogodb so elementi komisije, agencije, distribucije, trgovinske koncesije, kooperacijskih pogodb, societete, mandata, delovrsne pogodbe, leasinga, kredita, delovnopравnih pogodb, garancijskih pogodb itd);
- leasingu (vstopajoči elementi so rabokupa (zakup/najem), mešane zakupno-prodajne pogodbe, prodajne pogodbe z vrsto modalitet (obročna / s pogojem / s pridržkom lastninske pravice / kreditna), pogodbe o izvršitvi posla, posojila, kredita);
- factoring (vstopajoči so elementi mandata, komisije, delovrsne, kredita, prodaje z modalitetami (financirani kup, prodaja terjatve);
- pogodbe o prenosu *know-how* (vstopajoči so elementi licenčne, delovrsne pogodbe, pogodbe o zaposlitvi, najema, prodaje, inženiringa, societeti podobnih pogodb);
- pogodbe o consultingu (vstopajoči elementi delovrsne, mandatne, pogodbe o opravi posla, pogodbe o prenosu *know-how*) in
- več drugih.

2.2. Razvojni potencial kavze ali kavza kot korektiv v konfliktu *pacta sunt servanda* / *rebus sic stantibus* priznanje krize (tudi danes) prek odpada (*Wegfall* oziroma *imprevision*)

Kavza je tukaj ena od možnosti (verjetno najbolj sistemska) za uveljavitev argumenta finančne krize, zlasti če ugotovimo, da se kot podlage za uveljavitev argumenta finančne krize uporablja obligacijskopravno precej nesistemske navedbe, ob tem pa se sklicuje na enega najtrših institutov obligacijskega prava (*rebus sic stantibus*). Tako se ob argumentih, kot so (1.) izpolnitev pogodbe bi ogrozila varnost ljudi in lastnine, (2.) poveča se riziko za finančno uničenje dolžnika; (3.) finančna kriza kot spremenjene okoliščine je povzročila izgubo priložnosti, (4.) nepričakovani dobiček (angl. *windfall gains* – pogodbeno ravnotežje se je spremenilo tako, da se za eno stranko situacija ni spremenila, druga pa prejme nepričakovani dobiček – obogatitev?), (5.) spremenjene okoliščine naj omogočijo iskanje solidarnosti, sklicevanje na *Wegfall* ali *imprevision* se zdita izrazito doktrinarna in sistemska argumenta.

Kavza je bila poleg tega v primerjalnem pravu zaradi trdno pojmovanega načela *pacta sunt servanda* v preteklosti domala edina možnost za sklicevanje na spremenjene okoliščine. Primer je nemška zakonodaja, ki zaradi načela *pacta sunt servanda* ni omogočala sklicevanja na spremenjene okoliščine. Do sklicevanja nanje je prišlo prek sodne prakse in teorije, ki sta uporabili *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Ko je prišlo do sklicevanja na spremenjene okoliščine zaradi posledic prve svetovne vojne, BGB ni imel izrecne določbe o spremenjenih okoliščinah, v § 313 pa je opredelil motnje (odpad) pogodbene podlage (nem. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*), kar je bilo mogoče uporabiti v povezavi s § 242 o načelu vestnosti in poštenja in s tem prebiti dotlej povsem neprebojno načelo *pacta sunt servanda*. Zakonodaja torej neposrednega preboja ni omogočila, promovirala pa sta ga teorija in praksa: po doktrini odpada kavze lahko sodišče spremeni oziroma razveljavi pogodbo ... če so bile okoliščine nepredvidljive in so se po sklenitvi zgodile radikalne spremembe.

Podobna je bila situacija v Franciji, kjer *Code civil* ni omogočil sklicevanja na spremenjene okoliščine, se je pa to lahko doseglo s promocijo prek dobre vere in skupnega namena iz instituta *imprevision*. *Code civil* 1807 je bil namreč utemeljen na meščanskih vrednotah, kar ni omogočalo sklicevanja na spremenjene okoliščine, uveljavljene v čisti obliki v praksi cerkvenih sodišč (oderušstvo). Po prvi svetovni vojni je prišlo do razvrednotenja franka, zato so se stranke želele razbremeniti obveznosti, ki so postale težje, kot so stran-

ke predpostavile v času sklenitve, zavračanje sklicevanja na *rebus sic stantibus* zaradi močnega načela *pacta sunt servanda* pa tega ni omogočalo. Možnost je namesto gole gramatikalne razlage odprlo kombinirano sklicevanje na čl. 1134 (izvrševanje v skladu z načelom dobre vere) in na čl. 1156 *Code civil* (iskanje skupnega namena strank) namesto gole gramatikalne razlage. Pozneje¹³ je ta praksa omogočila preboj čiste doktrine *rebus sic stantibus*.

Kavza se v odločbah kaže kot rešitev zaradi visokih pragov za uveljavitev spremenjenih okoliščin.¹⁴

Tudi v slovenski sodni praksi je kavza oprezno odprla vrata za sklic na finančno krizo kot spremenjene okoliščine.¹⁵

3. KAVZA (IZ)VEN OBLIGACIJSKEGA PRAVA

Navedli smo, da kavza predira meje klasičnega obligacijskega prava.

¹³ Sodba v zadevi *Compagnie Generale d'clairage de Bordeaux v. Ville de Bordeaux*.

¹⁴ Tako sodišča v Britaniji zahtevajo: »[A] hundredfold increase could possibly cause a frustration of contract; pri mednarodnih arbitražah: »[...] a cost increase by 13%, 30%, 44% or 25–50% was considered insufficient to qualify«. Girsberger in Zapolskis pa navajata, da »ni znana arbitražna odločba, ki bi omogočila hardship na 50% ali manj v primerjavi s pogodbenim dogovorom od prej«.

¹⁵ 1. I Cp 1507/2010. Z vidika kavze ter načela enake vrednosti dajatev utegne priti v času med sklenitveno in izpolnitveno fazo pogodbe do takih sprememb v dejanskem svetu, da je uresničitev načela enake vrednosti dajatev porušena oziroma onemogočena, izpolnitev pa več ne ustreza kavzi pogodbe. Kadar je podan tak položaj, so izpolnjeni pogoji za uporabo zakonsko predvidene klavzule *rebus sic stantibus*. Nagel in velik padec cen stanovanj (zlom nepremičninskega trga) je okoliščina, ki utemeljuje razvezo pogodbe zaradi spremenjenih okoliščin. V skladu z njo lahko stranka, katere obveznosti so bistveno otežene, zahteva razveljavitev pogodbe, druga stranka pa se temu lahko zoperstavi s predlogom za spremembo pogodbenih pogojev, da bo zadoščeno pogodbenemu namenu in načelu pravičnosti (primerjaj čl. 112 OZ).

2. V sodbi in sklepu Višjega sodišča v Ljubljani I CPG 606/2010 je finančna kriza omenjena, v nadaljevanju pa se sklicevanje nanjo kot na spremenjeno okoliščino zavrne zaradi slabe argumentacije, »da je bila opredelitev 'spremenjenih okoliščin' tožeče stranke povsem splošna in pavšalna, brez vsebine, ki bi jo bilo mogoče v dokaznem postopku preizkusiti. Tožeča stranka ni navedla nobenih konkretnih podatkov o zatrjevani 'dveletni rasti cen [...]', vendar pa ni podala nobenih pravno relevantnih dejstev o vplivu konkurenčnega podjetja na poslovanje tožeče stranke in posledično zmanjšanje njenega tržnega deleža na relevantnem trgu. Okoliščine, na katere se sklicuje tožeča stranka, vključno s 'globalizacijo in liberalizacijo trgov', so zgolj prazne floskule, ki jih je tožeča stranka napaberkovala na pamet od tu in tam«.

3.1. Kavza v pravu varstva potrošnikov

V tem kontekstu je treba omeniti najprej kavzo v pravu varstva potrošnikov, ki je v enem delu vendarle obligacijskemu pravu zelo blizu, saj se je to historično gledano osamosvojilo oziroma izluščilo pretežno iz obligacijskega prava. Pojavi se v zadevi Sodišča EU C-168/00 *Leitner v. TUI*.¹⁶ po generalnem pravo-branilcu v tej zadevi Tizzanu je treba čl. 5 razlagati v luči, da:

»užitek na počitnicah je pomembna vrednota pri paketnih počitnicah in preide v kavzo posla med potrošnikom in organizatorjem potovanja.«

Kavza se v zadnjem obdobju poudarja v potrošniških kreditnih pogodbah.¹⁷

3.2. Kavza v korporacijskem pravu

Kavza se poudarja tudi kot razlagalni instrument v korporacijskem pravu. Taki so primeri (1.) kavze kot razlikovalnega elementa med korporacijsko pogodbo, agencijo in mandatom,¹⁸ ter (2.) kavze kot razlikovalnega elementa mešane korporacijsko – obligacijske pogodbe: pogodbe o prodaji poslovnega deleža.¹⁹

¹⁶ Znana zadeva z več vprašanj v zvezi z nematerialno škodo (užitek na počitnicah) in razlago čl. 5 Direktive 90/314/EGS o paketnih potovanjih, paketnih počitnicah v zvezi z odškodnino za neizpolnitev s strani organizatorja potovanja.

¹⁷ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1977/2017, v kateri se kot eno torišč presoje kreditne pogodbe v švicarskih frankih pripiše kavzi: »[P]redmetne pogodbe tudi niso nične zaradi zatrjevané odsotnosti kavze, ki je očitno podana, gre za kreditno kavzo (*causa credendi*), kot to pravilno pojasnjuje sodišče prve stopnje v tč. 18. svoje obrazložitve in čemur pritožba niti več ne oporeka.«

¹⁸ Problem je bil definiranje poslov razpolaganja iz čl. 8 Zakona o preoblikovanju KD ter o naložbeni politiki KD in SOD, kakšen je pomen soglasja in kakšne so pravne posledice določbe na področju korporacijskega upravljanja. Ponuja se možnost, da razmerja med AUKN in KAD ni mogoče podrediti pravni naravi in definiciji agencijske pogodbe po čl. 807 OZ, po kateri se agent zaveže, da bo ves čas skrbel za to, da bodo tretje osebe sklepale pogodbe z njegovim naročiteljem, kot tudi da bo po dobljenem pooblastilu v imenu in na račun naročitelja sklepal z njimi pogodbe, ta pa se zavezuje, da mu bo za vsako pogodbo dal določeno plačilo (provizijo). V razmerju med KAD in AUKN ne gre za pooblastitev zaradi pridobivanja posla, kar je ob širši definiciji razmerja (delovanje v imenu in za račun zastopanca) kavza agencijske pogodbe, ampak, kot je navedeno, za izvrševanje glasovalnih pravic.

¹⁹ Čeprav se tehnično gledano pri prodaji poslovnega deleža ta prenaša in ne družba, pa je v ospredju interesov kupca vendarle družba, v kateri bo pridobil poslovni delež. Pri tem se tudi prodajalec zaveda, da kupec ne kupuje poslovnega deleža zgolj zaradi poslovnega deleža kot takega, temveč zaradi točno določene družbe, ki je v ozadju tega deleža. V nasprotnem primeru, torej če bi kupec želel pridobiti le nek poslovni delež, bi lahko tudi preprosto ustanovil novo družbo. Prodajalec torej ve, da je namen kupca pridobitev položaja

3.3. Kavza kot javnopravni princip

Še bolj pa se kavza od obligacij odmakne, ko se povzdigne v svojevrstni javnopravni princip v (1.) konkurenčnem pravu²⁰ in (2.) pri razlagi koncesijskih

družbenika v točno določeni družbi, ki ima neke specifične lastnosti, ki so v interesu kupca, in s tem vseh pravic, ki jih v razmerju do družbe tak položaj prinaša. Zato je kavza pogodbe o prodaji poslovnega deleža prodaja in nakup poslovnega deleža v točno določeni družbi s specifičnimi lastnostmi in ni mogoče reči, da je kavza zgolj prodaja in nakup nekega poslovnega deleža.

- ²⁰ 1. Notifikacija koncentracije – kavza pogodbe o ureditvi družbeniških razmerij: subjekt. kavza in korporacijsko-obligacijska pogodba. Iz argumentacije: »Konkretna pogodba je inominatni kontrakt v korporacijskem in obligacijskem pravu. Zato pri presoji njenih obligacijskopравnih elementov izhajamo iz tega, da ima subjektivno, s strani strank določeno kavzo. Kavza konkretnega posla je urejanje kapitalskih razmerij in soglasje o bodoči kapitalski strukturi. Če izhajamo s stališča, da pravno naravo pogodbe lahko delno izpeljemo iz societetne pogodbe po naslovu (pogodba o urejanju medsebojnih družbeniških razmerij in o enotnem nastopanju) in po vsebini, ugotovimo, da je v njej poudarjena obligacija prizadevanja (v skladu z 990 OZ: z družbeno pogodbo se dve ali več oseb [...] prizadevale doseči skupni namen). Poudarjena obligacija prizadevanja, ne pa rezultata pa omogoča argumentacijo, da sta pogodbeni stranki imeli namen skleniti pogodbo katere namen je lastninska konsolidacija, ne pa koncentracija. Če bi na podlagi analize pogodbenih določb lahko sklenili, da je bil namen strank koncentracija, namen, da je posel utemeljen na prizadevanju, to pomenilo, da do koncentracije v zavesti strank še ni prišlo. Če pa do koncentracije s pogodbo še ni prišlo, stranki nimata temelja, da bi menili, da morata pogodbo priglasiti.«
- (2.) Primeri kavze v konkurenčnem pravu EU:

– naročnik lahko omeji konkurencu na relevantnem trgu s serijo pogodb. Citat: Horizontalni sporazumi so tisti, s katerimi podjetja želijo vzpostaviti omejitev medsebojne konkurence ... Za horizontalne sporazume je treba poudariti skupen namen obeh ali vseh strank, ki se lahko razume kot poslovni temelj (*causa*) v smislu čl. 51 ZOR;

– serija medsebojno povezanih pogodb – vezivo je subjektivna kavza: (i) BP KEMI/DDSF (1979); *ENI/Montedison* (1987): »Sporazum je serija povezanih pogodb in povezane pogodbe, ki se jih interpretira kot enovito, celovito pogodbo«; (ii) *Polypropylene* (1986): »*A series of connected agreements will be read together as one agreement [...] an agreement can consist of a whole complex set of arrangements spread over a period of time. The case involved fifteen firms in the petrochemical industry responsible for a long lasting cartel, based on an overall framework agreement or a common and detailed plan manifested in a series of more detailed sub-agreements worked out from time to time, constituting a single continuing agreement for the purpose of Article 101(1)*«; (iii) *British plasterboard v. Commission* (2008): »*[V]arious manifestations from part of a single infringement where they form elements of an overall plan designed to distort competition and that such an arrangement can be inferred from a number of facts which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation constitute evidence of an infringement*«;

(iii) Primer: konkurenčnopravno presojo pogodbe je treba opraviti tudi z analizo njene kavze po čl. 39 OZ: Če je kavza pogodbe omejevanje, preprečevanje ali izkrivljanje konkurence, nična klavzula povzroči ničnost celotnega posla. V nasprotnem primeru ostane pogodba v veljavi ob predpostavki 88. člena OZ in je nična le ta posamična klavzula.

pogodb.²¹ Pogodba ima značilnosti klasičnih pogodb, od katerih jo odlepi subjektivna kavza in objektivna kavza v zakonu – povezava je koncesijski akt. Na opredelitev kavze vpliva v prvi, predpogodbeni fazi, koncedentov okvir, ki ga opredeli v koncesijskem aktu, v fazi sklepanja pogodbe pa ujemanje volj obeh pogodbenih strank.

3.4. Kavza v pravu mednarodne trgovine / *lex mercatoria*

Sklenimo s kavzo v pravu mednarodne trgovine, v kontekstu, ko se obravnava temelje avtonomije strank. Mansfield, Goldštajn in Schmitthoff navajajo, da se v pravu mednarodne trgovine države po temeljnih načelih ne razlikujejo. Še v petdesetih letih dvajsetega stoletja je veljalo, da se od prava ZDA ali Švice ne razlikujejo niti planski modeli in posledično specialisti za mednarodno gospodarsko pravo oziroma *lex mercatoria* govorijo svojevrsten skupni jezik. Razloge za to univerzalno podobnost so videli v proklamirani svobodi strank, v njihovi polni avtonomiji, ki je v svobodi izbire partnerja, tipološki svobodi in svobodi določitve predmeta. Edine omejitve, ki so jih pripoznali, so bile kavza oziroma *consideration*, javni red ter dopustnost, kar kaže, da so kavzo na določen način dvignili na javnopravno fundamentalno raven temeljnih načel.

²¹ Primer subjektivne kavze: zajema sečnjo, in spravilo lesa, prodajo gozdnih lesnih sortimentov, opravljanje varstvenih in gojitvenih del ter vseh drugih del, ki so potrebna za zagotavljanje socialnih in ekoloških funkcij gozdov ter gradnjo in vzdrževanje gozdne infrastrukture. Na družbo X so bile prenesene vse funkcije, ki so navedene v pogodbi, na njej je ostala le funkcija žaganja.

Razvojne tendencije u pravnom uređenju općih uvjeta ugovora

dr. Tatjana Josipović

profesorica, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

1. UVOD

Moderno tržište, a posebno razvoj globalnoga digitalnog tržišta, karakterizira sve veća standardizacija ugovora. Sastavljanjem formularnih ugovora i općih uvjeta ugovora unaprijed se radi masovnog sklapanja ugovora određuje njihov sadržaj. Sve se više standardiziraju i gotovo svi ugovorni stadiji od sklapanja do ispunjenja ugovora, raskid ugovora, ostvarivanje prava ugovornih strana u slučaju neispunjenja ugovora i zakašnjenja u ispunjenju, rješavanje sporova proizišlih iz ugovora.¹ Takvom se standardizacijom ugovora osigurava brže i jednostavnije sklapanje ugovora, i to uz maksimalnu uštedu transakcijskih troškova. Zbog toga je standardiziranje ugovora posebno izražen trend pri sklapanju ugovora elektroničkim putem. Pri sklapanju tzv. „pametnih (digitalnih) ugovora“ (*smart contracts*) utemeljenih na *blockchain* tehnologiji standardizacija ugovora nužna je i glavna pretpostavka za provedbu sklapanja i realizacije ugovora sklopljenih u digitalnom obliku. Moderne tehnologije koje

¹ V. R. Schulze, T. A. Vendrell, Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtliche Kontrolle, u: J. Kindl, M. P. P. Viscasillas, T. A. Vendrell (Hrsg), Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtliche Kontrolle, Baden-Baden, 2017., str. 12–13.

omogućuju masovno automatizirano sklapanje i ispunjenje ugovora temelje se upravo na unaprijed pripremljenim uvjetima ugovora koji su pretvoreni u programske kodove, algoritme.

Standardizacija ugovora koja se provodi sastavljanjem unaprijed formularnih (tipskih) ugovora i općih uvjeta ugovora nije, međutim, nov fenomen koji se počeo razvijati tek na digitalnom tržištu. Koncept formularnih ugovora počeo se razvijati već u drugoj polovini 19. stoljeća kad se zbog industrijske revolucije počinju razvijati masovna proizvodnja i potrošnja, a time i masovno sklapanje ugovora koje je unaprijed sastavila jedna od ugovornih strana (najčešće trgovac).² Postupno su se počela razvijati i posebna pravna pravila o formularnim ugovorima kojima je bio cilj otkloniti ili minimalizirati specifične pravne i ekonomske rizike kojima su izložene ugovorne strane zbog toga što sklapaju ugovore čiji je sadržaj unaprijed pripremila jedna od ugovornih strana (npr. nepoznavanje općih uvjeta, nepoštenost općih uvjeta, nemogućnost utjecaja na sadržaj općih uvjeta, narušavanje ravnoteže u pravima i obvezama stranaka i sl.).

Svi su ti rizici i danas prisutni pri sklapanju formularnih ugovora, pa je i danas od presudne važnosti za sigurnost pravnog prometa koji se odvija sklapanjem formularnih ugovora kako su uređeni pravni odnosi između stranaka u vezi s općim uvjetima ugovora. Čak štoviše, rizici kojima su danas na modernom tržištu izložene stranke pri sklapanju formularnih ugovora i prihvaćanja općih uvjeta ugovora još su izraženiji. S jedne strane, četvrta industrijska revolucija unijela je u klasičan koncept formularnih ugovora novu digitalnu dimenziju koja zahtijeva preispitivanje nekih od najvažnijih postulata na kojima se temelji pravna zaštita stranaka pri sklapanju formularnih ugovora kao što su npr. objavljivanje općih uvjeta ugovora, način prihvaćanja općih uvjeta ugovora, dokazivanje da su uvjeti bili poznati drugoj ugovornoj strani i sl. S druge strane, moderni ugovori koji se sklapaju u formi formularnih ugovora, posebno kad je riječ o različitim financijskim i javnim uslugama, postali su vrlo kompleksni i opsežni. Neprestano se razvijaju nove usluge i novi proizvodi (npr. digitalni sadržaj) čije raspolaganje na tržištu zahtijeva nove modele ugovora i nove opće uvjete ugovora prilagođene specifičnostima proizvoda ili usluga koje su predmet ugovora. Upoznavanje s općim uvjetima ugovora zahtijeva da ugovorna strana koja pristupa ugovoru s posebnom pozornošću analizira sadržaj općih uvjeta ugovora, za što su vrlo često potrebna i posebna stručna znanja. Pretho-

² V. J. Vilus, *Formularni ugovori*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978., Tom I., str. 372.

dno upoznavanje sa sadržajem općih uvjeta osnovni je preduvjet za donošenje informirane odluke o izboru neke od brojnih ponuda za isporuku proizvoda ili pružanje usluge koji se nude na tržištu i za donošenje odluke o sklapanju ugovora i preuzimanje ugovornih obveza. Složenost ugovornih odnosa koji se zasnivaju sklapanjem formularnih ugovora s unaprijed pripremljenim općim uvjetima ugovora zahtijeva zbog toga sve veću transparentnost općih uvjeta ugovora, posebno kad je riječ o potrošačkim ugovorima. To zahtijeva i posebno uređenje obveza ugovorne strane koja je pripremila opće uvjete ugovora da osigura da opći uvjeti budu jasni, uočljivi, razumljivi i da pri sklapanju ugovora postupa na način koji će omogućiti drugoj strani potpuno informiranje o sadržaju općih uvjeta i njihovim učincima na ugovorni odnos.

Specifični i sve složeniji zahtjevi za zaštitom ugovornih strana pri sklapanju ugovora s općim uvjetima već duže vrijeme znatno utječu na razvoj nacionalnih ugovornih prava i prava Europske unije. Poseban je izazov uspostavljanje odgovarajuće ravnoteže između osiguranja slobode ugovaranja i privatne autonomije s jedne strane i zaštite ugovorne strane koja prihvaća opće uvjete ugovora s druge strane. Nove okolnosti na tržištu zahtijevaju, naime, nova pravila o zaštiti ugovornih strana pri sklapanju ugovora s općim uvjetima, ali i brojna nova pravila koja uređuju i druge aspekte ugovaranja općih uvjeta.

Primjena općih uvjeta ugovora temelji se na glavnom pravilu da stranke preko općih uvjeta ugovora koje je unaprijed pripremila jedna ugovorna strana isključuju iz primjene dispozitivne odredbe ugovornog prava koje bi se inače primjenjivale da stranke u općim uvjetima nisu što drugo ugovorile. Zbog toga je i sadržaj općih uvjeta ugovora determiniran odredbama dispozitivnoga ugovornog prava koje se primjenjuje na ugovor u kojem su inkorporirani opći uvjeti. Granice u kojima je moguće prihvaćanjem općih uvjeta ugovora urediti sadržaj ugovora određene su granicama u kojima je u nacionalnome ugovornom pravu dispozitivnim odredbama uređen taj ugovorni odnos, odnosno granicama u kojima, s obzirom na dispozitivno ugovorno pravo, stranke mogu sporazumno urediti svoj ugovorni odnos na drukčiji način i tako ga prilagoditi svojim interesima. Opći uvjeti ugovora dopušteni su ako je riječ o uvjetima ugovora na koje bi se, da nije drukčije ugovoreno, inače primijenilo dispozitivno ugovorno pravo i čiju primjenu stranke sporazumno u okviru pregovora o sklapanju ugovora mogu isključiti ili ograničiti. Kako je, međutim, pri sklapanju ugovora s općim uvjetima ugovorne odredbe kojima se odstupa od dispozitivnih odredaba jednostrano, bez pregovaranja, pripremila jedna ugovorna strana, postoji potreba da se taj nedostatak pregovaranja sanira specifičnom

zaštitom druge ugovorne strane koja pristupa unaprijed sastavljenim općim uvjetima ugovora.

Tradicionalno se zaštita suugovaratelja temelji na četirima glavnim pravilima, tj. na 1) obvezi objave općih uvjeta; 2) pravilu da opći uvjeti obvezuju ako su drugoj ugovornoj strani bili poznati ili morali biti poznati; 3) posebnim pravilima o tumačenju općih uvjeta ugovora i 4) pravilima koja uređuju pretpostavke uz koje pojedina odredba općeg uvjeta neće biti valjana, odnosno neće obvezivati drugu ugovornu stranu. Sva se ta pravila temelje na zaštiti legitimnih očekivanja ugovorne strane koja pristupa ugovoru i prihvaća opće uvjete. Njihov je cilj osigurati da se, unatoč tome što je isključena ili ograničena primjena dispozitivnih odredaba, ipak osigura da se ugovaranjem općih uvjeta očigledno i prekomjerno ne naruši ravnoteža u pravima i obvezama stranaka koja se inače osigurava primjenom dispozitivnih odredaba ugovornog prava i koja ne bi bila narušena da su stranke pregovarale o uvjetima ugovora.

Međutim, novi odnosi na modernom tržištu, a posebno zahtjevi za zaštitom slabije ugovorne strane na tržištu (npr. potrošača) pokazuju da ti tradicionalni mehanizmi zaštite nisu uvijek dovoljni. Zbog toga se u nacionalnim pravima i pravu Europske unije ravnoteža u ugovornim odnosima koji se najčešće sklapaju pristupanjem odnosno prihvatom općih uvjeta ugovora ostvaruje i drugim pravnim instrumentima. Vrlo je često riječ o instrumentima koji se i ne odnose izravno na pravno uređenje općih uvjeta ugovora i kojima se ne intervenira u sadržaj pravnih normi koje uređuju opće uvjete ugovora.

Razvojne tendencije na području uređenja općih uvjeta ugovora pokazuju da u modernom pravu postoji sve više pravila koja neposredno ili posredno smanjuju mogućnosti strankama da preko općih uvjeta ugovora, tj. autonomno urede svoj ugovorni odnos. Sve je više javnopravnih elemenata uključeno u pravno uređenje pregovaranja i sklapanja ugovora. Oni znatno utječu na mogućnost sastavljanja općih uvjeta ugovora i njihov sadržaj, pa čak i na mogućnost stranaka da uopće ugovore opće uvjete. S druge strane, sve se više sužava područje primjene dispozitivnoga ugovornog prava na razini nacionalnog prava i na razini europskog prava. Sve je izraženija tendencija propisivanja obveznog sadržaja ugovora, uvođenja novih kogentnih odredaba ugovornog prava, propisivanja zabrana odricanja od prava ugovornih strana i sl. U konačnici sve to dovodi do toga da je suženo i područje primjene odredaba dispozitivnoga ugovornog prava, a time i područje u okviru kojeg je moguće ugovarati opće uvjete ugovora.

Takve razvojne tendencije uočavaju se i u pravnom uređenju općih uvjeta ugovora u Republici Hrvatskoj, a mogu se pratiti još od vremena kad je na području Hrvatske vrijedio bivši savezni Zakon o obveznim odnosima iz 1978. godine.³ Republika Hrvatska je nakon osamostaljenja Zakonom o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima⁴ preuzela taj Zakon kao republički zakon, pri čemu su uz neznatne izmjene preuzete i odredbe ZOO-a iz 1978. o općim uvjetima ugovora.⁵ Bitne izmjene pravnog uređenja općih uvjeta ugovora provedene su tek donošenjem novog Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine⁶ koji je stupio na snagu 1. 1. 2006. godine (dalje u tekstu: ZOO iz 2005.). Usporedno su tijekom usklađivanja s pravom Europske unije u hrvatski pravni poredak Zakonom o zaštiti potrošača uvedena i posebna pravila o zaštiti potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba u standardnim ugovorima iz Direktive 93/13/EEZ o nepoštenim uvjetima u potrošačkim ugovorima.⁷

Kasniji razvoj pravnog uređenja općih uvjeta ugovora u hrvatskom pravu karakteriziraju upravo već opisani trendovi usmjereni na pojačanje zaštite ugovorne strane koja pristupa ugovoru s općim uvjetima. Hrvatsko pravo neprestano se usklađuje s pravom Europske unije. Na području ugovornog prava u pravu Unije sve je izraženiji trend pojačavanja zaštite ugovornih strana, posebno potrošača, direktivama maksimalnog usklađivanja kojima se uređuju nove kogentne odredbe ugovornog prava i zabranjuje odricanje od prava te se sužava prostor za primjenu odredaba o općim uvjetima ugovora. Pritom i praksa Suda Europske unije znatno utječe na definiranje standarda efikasne zaštite subjektivnih prava ugovornih strana kojih se moraju pridržavati nacionalni sudovi. Sve je izraženiji i utjecaj nacionalnoga javnog prava na ugovorne odnose, sadržaj ugovora, kontrolu općih uvjeta ugovora od neovisnih regulatora. Naposljetku, vrlo važna determinanta razvoja uređenja općih uvjeta ugovora bila je financijska kriza koja je aktualizirala potrebu za novim modelima sudske zaštite slabije ugovorne strane koja pristupa ugovoru i prihvaća opće uvjete ugovora (npr. kolektivna zaštita), a utjecala je i na potrebu za detaljnijim i jasnijim definiranjem i tumačenjem obveza ugovorne strane koja unaprijed sastavlja opće uvjete, posebno u fazi pregovaranja.

³ Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85 i 57/89 (ZOO iz 1978.).

⁴ Narodne novine, br. 53/91 (ZOO iz 1991.).

⁵ Usp. čl. 16. Zakona o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima.

⁶ NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 19/18 (ZOO iz 2005.).

⁷ Sl. l. 95, 21. 4. 1993., str. 29–34 (Direktiva 93/13/EEZ).

U radu se prikazuju tendencije uređenja općih uvjeta ugovora u hrvatskom pravu od vremena kad je na snazi bio Zakon o obveznim odnosima iz 1978. pa do danas. Prikazuje se utjecaj prava Europske unije na hrvatsko pravno uređenje općih uvjeta ugovora kao i novija sudska praksa na području općih uvjeta ugovora. Upućuje se i na niz posebnih zakona kojima se na području javnih i financijskih usluga posebno uređuju obvezni sadržaj ugovora i opći uvjeti ugovora. Cilj je rada utvrditi kako novi trendovi u pravnom uređenju općih uvjeta ugovora utječu na slobodu ugovaranja i privatnu autonomiju ugovornih strana te postoji li potreba za novim uređenjem općih uvjeta ugovora radi prilagodbe novim trendovima razvoja ugovornih odnosa.

2. EUROPEIZACIJA PRAVNOG UREĐENJA OPĆIH UVJETA UGOVORA

2.1. Opći uvjeti ugovora u ZOO-u iz 1978. i ZOO-u iz 1991.

Opći uvjeti ugovora u hrvatskom su pravu gotovo trideset godina bili uređeni bivšim Zakonom o obveznim odnosima iz 1978. godine koji je Republika Hrvatska preuzela kao republički zakon nakon osamostaljenja 1991. godine. Opći uvjeti ugovora u Zakonu o obveznim odnosima iz 1978. bili su uređeni u skladu s tada suvremenim tendencijama u uređenju zaštite ugovornih strana pri sklapanju formularnih ugovora. Odredbe o općim uvjetima ugovora imale su pritom vrlo široko personalno i supstancijalno područje primjene. Zakonske odredbe o općim uvjetima ugovora primjenjivale su se na sve ugovorne odnose neovisno o tome u kojem su svojstvu stranke sklopile ugovor kao i neovisno o tome o kojoj je vrsti ugovora bila riječ. Zaštita koja se pružala ugovornoj strani koja je prihvatila opće uvjete nije se razlikovala ovisno o tome je li riječ o trgovačkom, potrošačkom ili građanskopravnom ugovoru.

U ZOO-u iz 1978. bila su uređena sva pravila na kojima se tradicionalno temelji zaštita ugovorne strane koja je prihvatila opće uvjete ugovora. Zakon o obveznim odnosima iz 1978. propisivao je da opći uvjeti koje odredi jedan ugovaratelj, neovisno o tome jesu li sadržani u formalnom ugovoru ili se ugovor na njih poziva, dopunjuju posebne odredbe ugovora i, u pravilu, obvezuju kao i posebne ugovorne odredbe (čl. 142., st. 1. ZOO-a iz 1978.). Opći uvjeti morali su biti objavljeni na uobičajen način, a obvezivali su drugu ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati (čl. 142., st. 2. i 3. ZOO-a

iz 1978.). U vezi s tumačenjem nejasnih ugovornih odredaba čl. 100. ZOO-a iz 1978. propisivao je da se nejasne odredbe u unaprijed pripremljenu formularnom ugovoru ili u ugovoru koji je na drugi način pripremila i predložila druga ugovorna strana tumače u korist druge ugovorne strane. Naposljetku, u ZOO-u iz 1978. izričito je bila uređena i zaštita druge ugovorne strane koja je sklopila ugovor s općim uvjetima koje je pripremila druga ugovorna strana u slučajevima kad je odredbom općih uvjeta bila narušena ravnoteža u pravima i obvezama stranaka zbog sadržaja odredaba općih uvjeta (čl. 143. ZOO-a iz 1978.). I područje primjene odredaba o zaštiti suugovaratelja strane koja je pripremila opće uvjete bilo je vrlo široko određeno. Zaštita je obuhvaćala sve odredbe općih uvjeta, uključujući i odredbe o predmetu i cijeni ugovora, tj. odredbe o bitnim sastojcima ugovora.

Zaštita druge ugovorne strane u vezi sa sadržajem odredaba općih uvjeta ugovora bila je u ZOO-u iz 1978. uređena na trima razinama. Prva razina zaštite odnosila se na zaštitu od odredaba općih uvjeta koje su bile suprotne svrsi sklopljenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima. Prema čl. 143., st. 1. ZOO-a iz 1978. takve su odredbe općih uvjeta bile ništave. Druga razina zaštite temeljila se na odredbi po kojoj je sud mogao odbiti primjenu odredaba općih uvjeta koje su nepravične ili pretjerano stroge prema drugoj ugovornoj strani (čl. 143., st. 2. ZOO-a).⁸ Riječ je bila o slučajevima u kojima je sud u svakome konkretnom slučaju s obzirom na sadržaj ugovornih odredaba, prava i obveze ugovornih strana, pravnu narav ugovora i drugo procjenjivao je li određena odredba općih uvjeta ništava jer je protivna načelu savjesnosti i poštenja ili, alternativno, zbog toga što je dovela do pretjerane neravnoteže u pravima i obvezama stranaka na štetu druge ugovorne strane. Treća razina zaštite bila je utemeljena na pravilu koje je određivalo odredbe općih uvjeta koje nikad ne obvezuju drugu ugovornu stranu, odnosno koje su uvijek ništave i čiju primje-

⁸ Pri ocjeni nepravičnosti i pretjerane strogosti odredbe uzimali su se u obzir pravna priroda ugovora, okolnosti sklapanja ugovora, objekt činidbe te objektivna mogućnost da se odredbama općih uvjeta prouzroči očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama stranaka. Slijedom toga smatralo se da, kad je riječ o aleatornim ugovorima, čl. 143., st. 2. ZOO-a iz 1991. treba restriktivno primjenjivati. V. odl. Vrhovnog suda RH Rev 1632/2012 od 11. 3. 2014. Nepravičnom i previše strogom smatrala se npr. odredba općih uvjeta prema kojoj zakupnik ima pravo na povrat uloženi sredstava samo ako je ugovorena zakupnina veća od desetorostruke početne zakupnine. V. odl. Vrhovnog suda RH Rev-636/2006 od 11. 7. 2007. Ništavom se smatrala i odredba općih uvjeta po kojoj prodavatelj uopće ne mora dokazivati ispunjenje svoje ugovorne obveze predaje stvari kupcu. V. odl. Visokoga trgovačkog suda RH Pž-6116/07 od 18. 5. 2010.

Sve su odluke objavljene na www.iusinfo.hr (stranica posjećena 1. 11. 2018.).

nu sud može odbiti (čl. 143., st. 2. ZOO-a iz 1978.). Izričito su i taksativno bile navedene odredbe općih uvjeta koje će se uvijek smatrati ništavim i za koje sud nije morao posebno utvrđivati jesu li nepravične ili pretjerano stroge. Prema ZOO-u iz 1978. na tzv. crnoj listi nalazile su se odredbe koje lišavaju drugu stranu prava na prigovor, odredbe na temelju kojih se gube prava i odredbe kojima se gube rokovi.⁹

Nomotehnički pristup kojim su u čl. 143. ZOO-a iz 1978. s različitim razinama općenitosti i uz alternativno propisivanje pretpostavaka ništavosti bila uređena pravila o ništavosti pojedinih odredbi općih uvjeta osiguravao je vrlo ekstenzivnu zaštitu druge ugovorne strane.¹⁰ U praksi su sudovi mogli pružiti zaštitu drugoj ugovornoj strani u različitim slučajevima narušavanja ravnoteže u pravima i obvezama iz ugovora koja je proizišla iz okolnosti da je jedna ugovorna strana unaprijed pripremila opće uvjete ugovora. Sudovi su se, ovisno o okolnostima svakoga konkretnog slučaja, mogli pozivati na crnu listu ništavih odredaba, a kad je bila riječ o drugim odredbama općih uvjeta, na suprotnost odredbe općih uvjeta dobrim poslovnim običajima, na nepravičnost ugovorne odredbe, svrhu ugovora, dobre poslovne običaje. Sudovima je na raspolaganju stajao niz razloga zbog kojih su po službenoj dužnosti mogli odredbu općih uvjeta proglasiti ništavom.

Takav je koncept uređenja općih uvjeta ugovora iz ZOO-a iz 1978. potpuno zadržan i nakon što je Zakon o obveznim odnosima preuzet u hrvatski pravni poredak. Odredbe ZOO-a iz 1991. o općim uvjetima ugovora primjenjivale su se i dalje na sve imenovane i neimenovane ugovore neovisno o tome u kojem su svojstvu postupale ugovorne strane pri sklapanju ugovora, uključujući i potrošačke ugovore.

Promjene u pravnom uređenju općih uvjeta ugovora počele su pri usklađivanju hrvatskog zakonodavstva s europskom pravnom stečevinom u procesu pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji. Prva faza europeizacije provedena je transponiranjem Direktive 93/13/EEZ u Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. godine.¹¹ Za potrošače je uspostavljen poseban pravni režim za zaštitu

⁹ Pozivom na navedenu odredbu sudovi su odbijali primjenu odredbe općeg uvjeta koja, za razliku od strane koja je načinila opće uvjete, lišava drugu ugovornu stranu isticanja prigovora prijeloja. V. odl. Visokoga trgovačkog suda RH Pž-5191/04 od 4. 10. 2007.; www.iusinfo.hr (stranica posjećena 1. 11. 2018.).

¹⁰ V. B. T. Blagojević, V. Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1980., str. 380; J. Vilus, *op. cit.*, str. 381.

¹¹ NN, br. 96/03 (ZZP iz 2003.).

od nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima, uključujući i formularne ugovore i opće uvjete ugovora. Drugi korak u europeizaciji pravnog uređenja općih uvjeta ugovora bila je proširena implementacija Direktive 93/13/EEZ u Zakon o obveznim odnosima iz 2005. godine kojom su u velikoj mjeri međusobno usklađeni opći režim zaštite druge ugovorne strane u smislu općih uvjeta ugovora i poseban režim zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba u posebnu Zakonu o zaštiti potrošača.

2.2. Uvođenje europskog sustava zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba

Poseban pravni režim za zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba prvi je put bio u hrvatskome pravnom poretku uspostavljen transponiranjem Direktive 93/13/EEZ u Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. godine.¹² Svi kasniji zakoni o zaštiti potrošača, uključujući i Zakon o zaštiti potrošača koji je sada na snazi¹³, zadržali su istu minimalnu razinu zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba koja je bila uređena pri transponiranju Direktive 93/13/EEZ u Zakon o zaštiti potrošača iz 2003. godine.¹⁴

U hrvatsko pravo preuzeta su iz Direktive 93/13/EEZ sva pravila o zaštiti potrošača kojima se osigurava minimalna zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba. Glavno je pravilo na kojem se temelji zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima¹⁵ da je nepoštena ugovorna odredba ništetna (čl. 55. ZZP-a iz 2014.). Riječ je o kogentnoj zakonskoj odredbi kojom je u hrvatsko pravo preuzet čl. 6., st. 1. Direktive 93/13/EEZ o obvezi država članica da u svom zakonodavstvu osiguraju neobvezujuće učinke nepoštenih ugovornih odredaba.¹⁶ Propisivanjem ništetnosti

¹² Usp. čl. 81. – 88. ZZP-a iz 2003.

¹³ NN, br. 41/14, 110/15 (ZZP iz 2014.).

¹⁴ U Zakonu o zaštiti potrošača iz 2007. godine (NN, br. 79/07, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12 i 56/13) odredbe o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima bile su uređene u čl. 96. – 106. Od 2014. godine odredbe o zaštiti potrošača uređene su u čl. 49. – 56.

¹⁵ Potrošačkim se ugovorom u smislu Zakona o zaštiti potrošača smatra svaki ugovor sklopljen između trgovca i potrošača (čl. 39., st. 1. ZZP-a). Odredbe o zaštiti od nepoštenih ugovornih odredbi primjenjuju se na sve potrošačke ugovore. M. Baretić, H. Markovinović, Nepoštene ugovorne odredbe – opće i posebna uređenja, Zbornik Susreta pravnik, Opatija 2012., Zagreb, 2012., str. 78.

¹⁶ V. M. Baretić, Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača, Zagreb, 2003., str. 85; E. Mišćenić, Nepoštene ugovorne odredbe u ugo-

nepoštenih ugovornih odredaba osigurane su pretpostavke da sudovi pozivom na opće odredbe obveznog prava po službenoj dužnosti paze na ništetnost ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima, da primjenjuju opće pravilo obveznog prava po kojem se pravo na isticanje ništavosti ne gasi kao i sva druga pravila obveznog prava o posljedicama ništetnosti.

Zakonodavac se pri transponiranju Direktive 93/13/EEZ nije, međutim, odlučio ni na koji način urediti jaču zaštitu od one minimalne propisane u Direktivi. Zanimljivo je da, unatoč brojnim promjenama i problemima sa zaštitom potrošača na tržištu, ni poslije pri donošenju novih zakona o zaštiti potrošača nisu bile razmatrane nikakve opcije za pojačanjem ili detaljnijim uređenjem zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba ni mogućnosti da se praktična provedba zaštite uskladi sa standardima zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba koje je tumačio Sud Europske unije pozivom na načelo efikasnosti i načelo ekvivalentnosti.¹⁷

Zakon o zaštiti potrošača, kao i Direktiva 93/13/EEZ, pruža zaštitu potrošaču samo u odnosu na nepoštene ugovorne odredbe o kojima se nije pojedinačno pregovaralo, pri čemu nije odlučno je li riječ o ugovornoj odredbi iz standardnog ugovora, općih uvjeta ugovora ili individualnog ugovora (čl. 49., st. 1. ZZP-a). Zaštita od nepoštenih ugovornih odredaba nije proširena na ugovorne odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo, a kontrola nepoštenosti, u skladu s Direktivom 93/13/EEZ (čl. 4., st. 2.), ne provodi se ni u odnosu na odredbe o predmetu ugovora i o primjerenosti cijene ako su jasne, lako razumljive i uočljive (čl. 52. ZZP-a).¹⁸ Nadalje, u skladu s Direktivom 93/13/EEZ (čl. 1., st. 2.) kontrola nepoštenosti ne provodi se ni u odnosu na ugovorne odredbe kojima su u ugovor unesene zakonske odredbe prisilne naravi odnosno odredbe kojima su u ugovor unesene odredbe i načela konvencija koje obvezuju Republiku Hrvatsku (čl. 49., st. 5. ZZP-a). To se isključenje ujedno odnosi i na ugovorne odredbe preuzete iz zakonskih odredaba dispo-

vornom pravu Republike Hrvatske, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Europu, Izbor radova i analiza, Druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012., str. 197.

¹⁷ V. više naprijed poglavlje 8. Standardi zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba u praksi Suda Europske unije.

¹⁸ U literaturi se tumači da se odredba čl. 52. ZZP-a iz 2014. o isključenju iz kontrole nepoštenosti odredbe o predmetu ugovora odnosi na bitne sastojke ugovora te da bi tu odredbu trebalo tumačiti u skladu s odredbom iz čl. 4., st. 2. Direktive 93/13/EEZ. V. M. Baretić, H. Markovinović, *op. cit.*, str. 87; S. Petrić, Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, u: V. Tomljenović, S. Petrić, E. Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba*, Rijeka, 2013., str. 57.

zitivne naravi.¹⁹ U Zakonu o zaštiti potrošača ne postoje ni odredbe koje bi za određene ugovorne odredbe propisivale da se uvijek smatraju nepoštenim (crna lista nepoštenih ugovornih odredaba). Kao i u Direktivi 93/13/EEZ, prihvaćen je koncept općeg definiranja nepoštene ugovorne odredbe (čl. 49. ZZP-a) uz propisivanje sive liste potencijalno nepoštenih ugovornih odredaba (čl. 50. ZZP-a) u skladu s Prilogom Direktive 93/13/EEZ. I u smislu zahtjeva transparentnosti hrvatski je zakonodavac potpuno slijedio odredbe iz Direktive 93/13/EEZ. Zakonodavac se nije odlučio izričito urediti posljedice povrede zahtjeva transparentnosti ni pojačati zaštitu potrošača uređivanjem posebne sankcije već zbog same povrede zahtjeva transparentnosti. Povreda zahtjeva transparentnosti utvrđuje se stoga u okviru procjene kriterija nepoštenosti ugovorne odredbe u skladu s čl. 49. ZZP-a.²⁰

Takvo minimalno usklađivanje hrvatskog zakonodavstva s Direktivom 93/13/EEZ u Zakonu o zaštiti potrošača iz 2003. godine dovelo je do segmentiranja pojedinih aspekata pravnog uređenja općih uvjeta ugovora. Kad je provedeno usklađivanje, na snazi je još bio ZOO iz 1991. Tako je uz postojeći opći pravni režim za opće uvjete ugovora u čl. 142. – 144. ZOO-a iz 1991. uveden poseban pravni režim za zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba koji je uključivao i zaštitu od nepoštenih odredaba u općim uvjetima potrošačkih ugovora. Uspostavljeni su različiti standardi i razine zaštite u slučaju nevaljanosti odredaba općih uvjeta ugovora ovisno o tome je li druga ugovorna strana sklopila ugovor u svojstvu potrošača ili ne. Odredbe ZOO-a iz 1991. iz čl. 143. o ništavosti odredaba općih uvjeta o zaštiti znatno su se, naime, razlikovale u smislu pretpostavaka nevaljanosti odredaba općih uvjeta ugovora od odredaba koje su se primjenjivale na potrošačke ugovore. Stoga je provedena daljnja europeizacija pravnog uređenja općih uvjeta ugovora.

2.3. Proširenje europskih standarda zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba na sve ugovorne odnose

Zakon o obveznim odnosima koji je stupio na snagu 1. 1. 2006. godine samo je dijelom preuzeo koncept pravnog uređenja općih uvjeta ugovora iz ZOO-

¹⁹ Takav zaključak proizlazi iz tumačenja odredbe iz čl. 49., st. 5. ZZP-a u skladu s Direktivom 93/13/EEZ, a posebno s obzirom na t. 13. preambule Direktive 93/13/EEZ u kojoj je izričito navedeno da čl. 1., st. 2. Direktive obuhvaća i propise koji se primjenjuju ako ugovorne strane nisu drukčije ugovorile. V. M. Baretić, H. Markovinović, *op. cit.*, str. 86; S. Petrić, *op. cit.*, str. 54.

²⁰ V. M. Baretić, H. Markovinović, *op. cit.*, str. 101.

-a iz 1978. godine. Po uzoru na pravila iz ZOO-a iz 1978. uređen je pojam općih uvjeta ugovora. Opći uvjeti ugovora definirani su kao ugovorne odredbe sastavljene za veći broj ugovora koje jedna strana (sastavljač) prije ili u trenutku sklapanja ugovora predlaže drugoj ugovornoj strani, bilo da su sadržani u formularnom (tipskom) ugovoru ili da se na njih poziva u ugovoru (čl. 295. ZOO-a iz 2005.). Zadržana su sva glavna pravila o općim uvjetima ugovora: obveza objave općih uvjeta na uobičajen način (čl. 295., st. 4. ZOO-a iz 2005.)²¹, pravilo da opći uvjeti obvezuju ugovornu stranu ako su joj bili poznati ili morali biti poznati u vrijeme sklapanja ugovora (čl. 295., st. 5. ZOO-a iz 2005.)^{22, 23}, pravilo da se nejasne odredbe u formularnom ugovoru ili u ugovoru koji je pripremila i predložila jedna ugovorna strana tumače u korist druge ugovorne strane (čl. 320., st. 1. ZOO-a iz 2005.) te pravilo da su u slučajevima određenim Zakonom radi zaštite suugovaratelja sastavljača općih uvjeta pojedine odredbe ništetne i da ne obvezuju drugu ugovornu stranu (čl. 296. ZOO-a iz 2005.).

Međutim, pretpostavke ništetnosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora u ZOO-u iz 2005. nisu više uređene kao u bivšem ZOO-u iz 1991. Uređenje pretpostavaka ništetnosti temelji se u ZOO-u iz 2005. na istom konceptu na kojem se temelji uređenje pretpostavaka nepoštenosti ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima u Direktivi 93/13/EEZ. U vezi s pretpostavkama ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta provedena je proširena implementacija Direktive 93/13/EEZ. Smatralo se da je u odnosu na opće uvjete ugovora za sve ugovore i za sve sudionike u ugovornim odnosima potrebno uspostaviti iste standarde zaštite i da se zaštita koja se u ugovaranju preko općih uvjeta ugovora pruža potrošačima treba pružiti i ostalim sudionicima obveznopravnih odnosa, posebno malim i srednjim poduzetnicima. Zbog toga je zaštita

²¹ Uobičajenim načinom objave općih uvjeta sudovi smatraju npr. objavu Odluke o organizaciji i načinu naplate parkiranja u Službenom vjesniku Županije nakon čega se smatra da su uvjeti bili svima poznati ili bi morali biti poznati. V. odl. Županijskog suda u Varaždinu Gž-887/16 od 2. 5. 2017.

²² U skladu s tim neki autori tumače da je objava općih uvjeta na uobičajen način jedna od pretpostavaka za valjanost primjene općih uvjeta. V. V. Gorenc, L. Belanić, H. Momčinović, A. Perkušić, A. Pešutić, Z. Slakoper, M. Vukelić, B. Vukmir, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2014., str. 460.

²³ Odredba o neobvezujućim učincima općih uvjeta koji nisu bili poznati niti su morali biti poznati drugoj ugovornoj strani primjenjivala bi se i na potrošačke ugovore. Zakon o zaštiti potrošača iz 2014. ne sadržava, naime, posebne odredbe koje bi štitile potrošača u takvim slučajevima. Kad se potrošač poziva na to da mu nisu bili poznati opći uvjeti niti da su mu morali biti poznati, njegova će se zaštita također ostvarivati na temelju čl. 295., st. 5. ZOO-a. V. S. Petrić, *op. cit.*, str. 32, 38.

druge strane, što se tiče pojedinih odredaba općih uvjeta, usklađena s Direktivom 93/13/EEZ. Po uzoru na Direktivu 93/13/EEZ uređene su pretpostavke ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora, kriteriji za procjenu njihove ništetnosti te izuzeća iz kontrole ništetnosti.²⁴

U čl. 296., st. 1. ZOO-a iz 2005. izričito je određeno da je odredba općih uvjeta ugovora ništetna ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja prouzroči očiglednu neravnopravnost u pravima i obvezama na štetu suugovaratelja osobe koja je sastavila opće uvjete ili koja ugrožava postizanje svrhe sklopljena ugovora, čak i ako je nadležno tijelo odobrilo opće uvjete. Pritom se, kao i u Direktivi 93/13/EEZ, zaštita odnosi samo na odredbe općih uvjeta o kojima se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 296., st. 3. ZOO-a iz 2005.), a iz kontrole nepoštenosti isključene su ugovorne odredbe preuzete iz propisa koji su na snazi, odredbe o predmetu i cijeni ako su jasne, razumljive i lako uočljive te ugovorne odredbe o kojima se pojedinačno pregovaralo, pa je druga strana mogla utjecati na sadržaj odredbe (čl. 296., st. 3. ZOO-a). Okolnosti mjerodavne za procjenu nepoštenosti također su uređene u skladu s Direktivom 93/13/EEZ (čl. 296., st. 2. ZOO-a).

Europeizacija pravnog uređenja općih uvjeta ugovora proširenom implementacijom Direktive 93/13/EEZ u Zakonu o obveznim odnosima imala je nekoliko važnih učinaka na opće pravno uređenje općih uvjeta ugovora. Koncept zaštite potrošača kao slabije ugovorne strane iz Direktive 93/13/EEZ, utemeljen na otklanjanju neravnoteže u potrošačkim ugovornim odnosima na štetu potrošača prouzročene „neravnopravnošću ugovornih strana“, zbog razlika u pregovaračkim pozicijama i razini informiranosti proširen je na sve ugovore neovisno o tome u kojem su svojstvu stranke sklopile ugovor.²⁵ Taj se koncept sada primjenjuje na sve ugovore, uključujući i trgovačke ugovore.²⁶ Ciljevi te zaštite uvijek su isti, neovisno o tome tko je sklopio ugovor – štiti se druga ugovorna strana koja nije mogla utjecati na sadržaj unaprijed sastavljenih

²⁴ V. Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o obveznim odnosima, str. 8, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=7094> (stranica posjećena 4. 11. 2018.).

V. V. Gorenc, L. Belanić, H. Momčinović, A. Perkušić, A. Pešutić, Z. Slakoper, M. Vukelić, B. Vukmir, *op. cit.*, str. 458, 460; M. Baretić, H. Markovinović, *op. cit.*, str. 65.

²⁵ V. V. Gorenc, L. Belanić, H. Momčinović, A. Perkušić, A. Pešutić, Z. Slakoper, M. Vukelić, B. Vukmir, *op. cit.*, str. 463.

²⁶ O opravdanju pristupa da se i u trgovačkim ugovorima štiti slabija ugovorna strana v. S. Petrović, N. Tepoš, Kontrola nepoštenih ugovornih odredaba s posebnim osvrtom na trgovačke ugovore u: V. Tomljenović, S. Petrić, E. Mišćenić, Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, Rijeka, 2013., str. 71–73.

općih uvjeta kad je ta okolnost dovela do neravnoteže u pravima i obvezama stranaka na štetu suugovaratelja. Zbog toga su načelno na isti način uređene i pretpostavke za pružanje zaštite.

Preuzimanje europskog koncepta zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba i na opće uređenje zaštite od nevaljanih odredaba općih uvjeta ugovora nije, međutim, dovelo i do toga da su potpuno ujednačene pretpostavke ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora. Pretpostavke nevaljanosti općih uvjeta ugovora u potrošačkim odnosno u drugim ugovorima ipak se razlikuju. Zakon o zaštiti potrošača iz 2014. u skladu s čl. 3., st. 1. Direktive 93/13/EEZ propisuje da je ugovorna odredba nepoštena ako suprotno načelu savjesnosti i poštenja prouzročuje „znatnu neravnotežu“ u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu potrošača. S druge strane, u ZOO-u iz 2005. za ništavost odredbe općih uvjeta ugovora zahtijeva se da je suprotno načelu savjesnosti i poštenja riječ o „očiglednoj ravnopravnosti“ u pravima i obvezama na štetu suugovaratelja sastavljača općih uvjeta ili „ugrožavanju postizanja svrhe ugovora“. Stoga će se, unatoč načelno istom konceptu zaštite suugovaratelja, pretpostavke za nevaljanost odredaba općih uvjeta različito procjenjivati ovisno o tome je li riječ o potrošačkom, trgovačkom ili nekome drugom građanskopravnom ugovoru. U konačnici će se standardi zaštite ipak razlikovati ovisno o tome tko je sklopio ugovor i u kojem se ugovoru kontrolira valjanost općih uvjeta ugovora.²⁷

Isto tako postoje razlike i u području primjene odredaba o ništetnosti ugovornih odredaba. Zakon o zaštiti potrošača u skladu s Direktivom 93/13/EEZ uređuje da se pravila o nepoštenim ugovornim odredbama odnose na svaku ugovornu odredbu o potrošačkom ugovoru o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo neovisno o tome je li riječ o individualnom ugovoru, standardnom ugovoru ili odredbi općih uvjeta ugovora (čl. 49. ZZP-a). Bitno je samo da je riječ o ugovornoj odredbi koju je unaprijed sastavio trgovac i o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo (čl. 49., st. 2. ZZP-a). Prema Zakonu o obveznim odnosima iz 2014. zaštita je pak usredotočena isključivo na odredbe općih uvjeta ugovora (čl. 296., st. 3. ZOO-a iz 2005.). Sporna odredba mora kumulativno ispunjavati dvije pretpostavke: ona uvijek mora biti sastavni dio općih uvjeta ugovora i mora biti riječ o odredbi o kojoj se nije pojedinačno pregovaralo.

²⁷ U skladu s tim i ZZP iz 2014. i ZOO iz 2005. izričito propisuju da se nepoštenost procjenjuje s obzirom na vrstu robe i usluge koja je bila objekt činidbe, ostale odredbe ugovora i drugih povezanih ugovora (čl. 51. ZZP-a; čl. 296., st. 2. ZOO-a), a ZOO čak posebno određuje i s obzirom na pravnu narav ugovora.

Pritom nije odlučno za koju su vrstu ugovora pripremljeni opći uvjeti kao ni je li riječ o imenovanim i neimenovanim ugovorima.²⁸ I u tom je smislu zaštita koja se pruža na temelju ZOO-a iz 2005. uža od one koju uživaju potrošači u slučaju nepoštenosti ugovornih odredaba.

No, najvažnije je pitanje koje se postavlja u vezi s proširenjem koncepta zaštite od nepoštenih odredaba iz Direktive 93/13/EEZ na sve ugovorne odnose kako je to utjecalo na razinu i opseg zaštite suugovaratelja ugovorne strane koja je unaprijed sastavila opće uvjete ugovora. Čini se da je ta zaštita sada manja od one koju su uređivali bivši Zakoni o obveznim odnosima. Prije svega, za razliku od pravnog uređenja razloga ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora u bivšem ZOO-u iz 1991. odnosno bivšem ZOO-u iz 1978. u čl. 296. ZOO-a iz 2005. ne postoje više pravila koja na tri različita načina uređuju pretpostavke ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora. Ne postoji više tzv. crna lista uvijek ništavih odredaba općih uvjeta kao ona iz čl. 143., st. 2. bivšeg ZOO-a iz 1991. koja je u vezi s odredbama s te liste osiguravala jednostavniju i brzu zaštitu, a imala je i preventivnu funkciju. S druge strane, u čl. 296., st. 1. ZOO-a iz 2005. pretpostavke ništavosti pojedine odredbe općih uvjeta uređene su na način koji pokriva dvije različite situacije. Prva je očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama na štetu suugovaratelja, a druga ugrožavanje postizanja svrhe ugovora, pri čemu se uvijek kumulativno mora ispuniti i pretpostavka suprotnosti načelu savjesnosti i poštenja. Pretpostavke ništavosti odredbe općih uvjeta iz čl. 143. ZOO-a iz 1991. nisu, međutim, izričito i uvijek uvjetovale ništavost odredbe općih uvjeta suprotnošću načelu savjesnosti i poštenja. Nepravičnost odredbe općih uvjeta bio je samo jedan od više slučajeva ništavosti općih uvjeta. Prema čl. 143. ZOO-a iz 1991. odredba općih uvjeta bila je ništava i kad je bila protivna svrsi ugovora ili dobrim poslovnim običajima te kad je bila pretjerano stroga prema suugovaratelju. Bivši propisi uređivali su zapravo više različitih situacija u kojima se smatralo da je pojedina odredba općih uvjeta ništavna, pri čemu su neke od pretpostavaka ništavosti bile konkretnije uređene. Na temelju bivšeg propisa o ništavosti općih uvjeta sudovi su imali više osnova za odbijanja primjene ništave odredbe općih uvjeta. Uređenje pretpostavaka ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta u ZOO-u iz 2005. općenitije je i apstraktnije. Zato je, doduše, moguće da se pod njih podvedu i razlozi ništavosti koji su u bivšim propisima bili konkretnije uređeni. Međutim, mjera u kojoj će se primjenjivati pravila o ništavosti po-

²⁸ V. M. Baretić, H. Markovinović, *op. cit.*, str. 65, 66, 75–77.

jedinih odredaba općih uvjeta iz čl. 296. ZOO-a iz 2005. ponajprije će ovisiti o tome kako će sudovi tumačiti pravne standarde koji tako općenito uređuju pretpostavke ništivosti, načelo savjesnosti i poštenja, načelo transparentnosti i dr.²⁹ Nadalje, biv. čl. 143. ZOO-a iz 1991. iz kontrole ništivosti nije isključivao odredbe o predmetu i cijeni, tj. odredbe o bitnim sastojcima ugovora niti je njihova kontrola bila uvjetovana njihovom netransparentnošću. Područje kontrole ništivosti općih uvjeta ugovora u tom je smislu znatno suženo, što može nepovoljno utjecati na razinu zaštite. Drukčiji pristup u uređenju pretpostavaka ništivosti odredaba općih uvjeta ugovora u čl. 296. ZOO-a iz 2005. može u praksi dovesti do toga da se zaštita pruža u manjem broju slučajeva nego što je to bilo moguće na temelju čl. 143. biv. ZOO-a iz 1991. Europeizacija pravnog uređenja općih uvjeta ugovora u ZOO-u iz 2005. do koje je došlo usklađivanjem s minimalnom razinom zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba iz Direktive 93/13/EEZ u konačnici je tako dovela do sužavanja područja primjene odredaba o zaštiti od ništivih odredaba općih uvjeta i u drugim vrstama ugovora. Opredjeljenje zakonodavca da u području zaštite potrošača ni na koji način ne proširi zaštitu od nepoštenih ugovornih odredaba preko minimalnog standarda zaštite iz Direktive 93/13/EEZ dovelo je do toga da se i u drugim ugovornim odnosima pruža samo minimalna zaštita. Takav pristup moguće je opravdati zahtjevima za osiguranjem veće stranačke autonomije i slobode ugovaranja na tržištu, posebno kad je riječ o sklapanju trgovačkih ugovora kod kojih se od ugovornih strana zahtijeva postupanje s većom profesionalnom pažnjom. Pitanje je, međutim, hoće li se primjenom odredaba o ništivosti pojedinih odredaba općih uvjeta iz čl. 296. ZOO-a iz 2005. u okolnostima sve složenijih odnosa na tržištu svakomu

²⁹ Sudovi npr. smatraju da je nepravilna odredba općih uvjeta osiguranja kojom osiguratelj otklanja obvezu isplate osigurane svote već samom činjenicom da je vozač u trenutku nezgode upravljao vozilom bez propisane vozačke dozvole neovisno o tome postoji li uzročna veza između te činjenice i štetnog događaja. V. odl. Vrhovnog suda RH Rev-1209/2010 od 28. 11. 2011.

Nepravilnom se smatra i odredba općih uvjeta osiguranja kojom se nameće obveza vozaču da nakon nesreće sam osigura kontrolu svoje alkoholiziranosti. V. odl. Visokoga trgovačkog suda RH Pž-433/2014 od 2. 2. 2017.

S druge strane, sud je smatrao da nije nepravilna i protivna svrsi odredba općih uvjeta kasko osiguranja na temelju koje osiguranik gubi pravo iz osiguranja ako nakon prijavljene krađe vozila ne može predložiti osiguravatelju originalne ključeve, vlasnički list i prometnu dozvolu ukradena vozila jer iz nje proizlazi obveza vlasnika da ne drži ključeve i dr. u vozilu, a ta se obveza ne može smatrati protivnom svrsi ugovora ni nepravilnom. V. odl. Županijskog suda u Dubrovniku Gž-407/11 od 14. 5. 2014.

Sve odluke objavljene su na www.iusinfo.hr (stranica posjećena 9. 10. 2018.).

pojedinom slučaju, osobito kad je riječ o suugovaratelju koji je mali ili srednji trgovac, moći osigurati optimalna zaštita ugovorne strane koja je prihvatila opće uvjete ugovora.

Naposljetku, treba napomenuti da pri donošenju Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine nije provedena integracija europskih pravila o nepoštenim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima u opći propis o obveznim odnosima koji inače uređuje opće uvjete ugovora.³⁰ Zato, unatoč tome što postoji vrlo visoka usklađenost pravnog uređenja pretpostavaka ništavosti pojedinih odredaba općih uvjeta ugovora s pretpostavkama ništavosti nepoštenih odredaba u potrošačkim ugovorima, i dalje postoji izražena segmentiranost pravnog uređenja općih uvjeta ugovora. S druge strane, i dalje se na pravne odnose koji nastaju nakon proglašenja nepoštenim pojedinih odredaba u potrošačkim ugovorima najvećim dijelom primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima jer Zakon o zaštiti potrošača ne sadržava o tome posebne odredbe. Pri donošenju Zakona o obveznim odnosima iz 2005. godine propuštena je prigoda da se cjelovitim uređenjem općih uvjeta ugovora, uz uređenje posebnih odredaba koje bi vrijedile za potrošačke ugovore, otklone problemi koji u praksi nastaju zbog segmentirana uređenja zaštite druge ugovorne strane u vezi s općim uvjetima ugovora u zakonima različita ranga i različita personalnog područja primjene.³¹

4. NEOVISNI REGULATORI – OVLAŠTI ZA DONOŠENJE I KONTROLU OPĆIH UVJETA

Na modernom tržištu sve je više djelatnosti od općega ekonomskog interesa, javnih usluga, financijskih usluga koje se odvijaju uz kontrolu neovisnih regulatora, tj. tijela s javnopravnim ovlastima koja uređuju tržište i promiču tržišno natjecanje u određenim tržišnim sektorima. U takvim je tržišnim sektorima sve izraženija tendencija da u sastavljanju i objavi općih uvjeta ugovora važnu

³⁰ Obrazloženje za takav pristup bilo je da s obzirom na to da je „*obveza Republike Hrvatske u pogledu implementacije Direktive 93/13/EEZ ispunjena donošenjem Zakona o zaštiti potrošača, nije bilo potrebno tekst te Direktive potpuno preuzeti u ZOO.*“ Preuzeto iz v. Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o obveznim odnosima, str. 8.

³¹ V. i argumente za cjelovito uređenje nepoštenih ugovornih odredaba u Zakonu o obveznim odnosima, u: S. Petrić, o. c., str. 33; E. Miščenić, Nepoštene odredbe u ugovorima o kreditu, u: V. Tomljenović, S. Petrić, E. Miščenić, Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba, Rijeka, 2013., str. 118.

ulogu imaju neovisni regulatori. Uključivanje neovisnih regulatora u sastavljanje i objavu općih uvjeta ugovora znatno utječe na tradicionalan koncept na kojem se temelji pravno uređenje općih uvjeta ugovora u općim odredbama obveznog prava.

U određenim tržišnim sektorima neovisni regulatori imaju posebne javno-pravne ovlasti u smislu kontrole, odobravanja, korigiranja, pa čak i donošenja općih uvjeta ugovora koji se sklapaju na tržištu. Cilj je takva postupanja neovisnih regulatora osigurati funkcioniranje tržišta u određenu sektoru i ostvarivanje specifičnih ciljeva tržišnih djelatnosti u tom sektoru te osigurati specifičnu zaštitu korisnika usluga od nezakonitih općih uvjeta. Uključivanjem neovisnih regulatora u proces donošenja općih uvjeta ugovora ograničava se, međutim, sloboda sastavljanja općih uvjeta ugovora te se sužava prostor da se općim uvjetima ugovora odstupi od dispozitivnih odredaba ugovornog prava. U djelatnostima u kojima opći uvjeti ugovora podliježu kontroli neovisnih regulatora vrlo je ograničena, a katkad čak i potpuno isključena, autonomija pružatelja usluge u određivanju sadržaja općih uvjeta. Sastavljač općih uvjeta u definiranju njihova sadržaja mora, naime, voditi računa i o tome da se općim uvjetima ne smije na tržištu ugroziti ili onemogućiti ostvarivanje specifičnih javnopravnih ciljeva djelatnosti/usluge za koju se donose opći uvjeti. Primarni je cilj kontrole sadržaja općih uvjeta ugovora od neovisnih regulatora upravo utvrditi jesu li opći uvjeti usklađeni sa specifičnim zahtjevima pružanja određenih usluga na tržištu. S druge strane, takvim se preventivnim i kontrolnim djelovanjem neovisnih regulatora pojačava i zaštita suugovaratelja ugovorne strane koja je sastavila opće uvjete.

Mjera u kojoj postupanje neovisnih regulatora utječe na sastavljanje i sadržaj općih uvjeta ugovora razlikuje se ovisno o djelatnostima i uslugama na koje se opći uvjeti odnose. Utjecaj neovisnih regulatora na opće uvjete ugovora najjači je na području javnih usluga, posebno na području univerzalnih javnih usluga. Riječ je o uslugama kojima se mora osigurati nediskriminatoran pristup svim korisnicima, odgovarajuća kvaliteta usluga, redovita isporuka, ostvarivanje temeljenih socijalnih i gospodarskih prava i životnih potreba korisnika. U takvim djelatnostima neovisni regulatori imaju ovlasti donositi opće uvjete ugovora. Osobe koje će pružati usluge i sklapati ugovore s općim uvjetima koje je odredio neovisni regulator, eventualno, imaju u procesu njihova donošenja samo savjetodavnu funkciju. Tako npr. Zakon o regulaciji energetske djelatnosti³² izričito propisuje da Hrvatska energetska regulatorna agencija

³² NN, br. 120/12, 68/18.

(HERA) donosi opće uvjete opskrbe energijom (čl. 11., st. 1., t. 20.) te da provodi nadzor nad primjenom općih uvjeta.³³ Opći uvjeti donose se nakon pribavljena mišljenja operatera distribucijskih sustava, odnosno opskrbljivača, odnosno uz sudjelovanje zainteresiranih strana.³⁴ U skladu s tim i posebni zakoni za pojedina tržišta energijom uređuju da HERA donosi opće uvjete opskrbe. Pritom je Zakonom određeno koji se aspekti ugovornog odnosa moraju urediti općim uvjetima koje donosi HERA i koji se zahtjevi moraju osigurati na tržištu njihovim ugovaranjem.³⁵ Ujedno je izričito određeno i da se ugovorima o opskrbi samo detaljnije razrađuju opći uvjeti te da je opskrbljivač dužan obavljati svoju energetska djelatnost u skladu s općim uvjetima koje je uredila HERA.³⁶ Zbog toga opći uvjeti koje je donio neovisni regulator imaju zapravo karakter javnopravnog akta, a ne unaprijed sastavljenih ugovornih odredaba. U takvim okolnostima zapravo i nije moguće opće uvjete koje je donio neovisni regulator proglašavati ništetnim odnosno nepoštenim zbog narušavanja ravnoteže u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu korisnika usluge.

U nekim sektorima tržišta neovisni regulatori pak imaju samo korektivne i kontrolne ovlasti u vezi s općim uvjetima koje je unaprijed sastavio pružatelj usluge (npr. telekomunikacijske usluge, usluge obaveznog osiguranja, poštanske usluge i sl.). I tada sastavljač općih uvjeta pri njihovu sastavljanju mora voditi računa o posebnim pravilima i ciljevima djelatnosti/usluge za koju sastavlja opće uvjete. Ipak u okvirima u kojima je to određeno posebnim propisima sastavljač ima autonomiju u sastavljanju općih uvjeta ugovora. Npr. na području telekomunikacijskih usluga i poštanskih usluga propisana je obveza operatera da prije početka primjene opće uvjete poslovanja dostavi neovisnom regulatoru (Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti – HAKOM) koji ima ovlasti kontrolirati opće uvjete poslovanja, i to tako da svojom odlukom može izmijeniti, dopuniti i ukinuti opće uvjete koji su suprotni zakonima koji

³³ Izričito je propisano i da opći uvjeti opskrbe energijom moraju biti jedinstveni za sve energetske subjekte na području Republike Hrvatske (čl. 35. Zakona o energiji, NN, br. 120/12, 14/14, 95/15, 102/15, 68/18) te da se objavljuju u službenom listu (Narodnim novinama) i na mrežnim stranicama HERA-e.

³⁴ Usp. čl. 32., st. 1. Zakona o tržištu toplinske energije (ZTTE), NN, br. 80/13, 14/14, 102/14, 95/15, 76/18; čl. 95., st. 6. Zakona o tržištu plina (ZTP), NN, br. 18/18.

³⁵ Usp. čl. 59. Zakona o tržištu električne energije (ZTEE), NN, br. 22/13, 95/15, 102/15, 68/18; čl. 95. ZTP-a; čl. 32. ZTTE-a.

³⁶ Usp. i čl. 35. Zakona o energiji, čl. 11., st. 12., čl. 32., čl. 37., st. 9., čl. 38., st. 7., čl. 59. ZTTE-a; čl. 59., čl. 62., st. 2., čl. 72., st. 1., t. 4. ZTEE-a; čl. 67., 95. ZTP-a.

uređuju te djelatnosti.^{37, 38} Isto tako, na području financijskih usluga neovisni regulator (Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga – HANFA) ima ovlasti preventivno kontrolirati jesu li opći uvjeti ugovora o obaveznom osiguranju u prometu u skladu s propisima, osigurateljnim načelima i pravilima struke.³⁹ Međutim, takva prethodna kontrola ili odobravanje općih uvjeta od neovisnih regulatora ne isključuju naknadnu kontrolu ništavosti/nepoštenosti pojedinih odredaba općih uvjeta. To je pravilo izričito uređeno u čl. 296., st. 1. ZOO-a iz 2005. Prethodno odobrenja ili kontrola općih uvjeta od neovisnog regulatora ne dovodi do konvalidacije ništavih odredaba općih uvjeta kojima je suprotno načelu savjesnosti i poštenja prouzročena očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama stranaka na štetu suugovaratelja sastavljača općih uvjeta. Unatoč prethodnom postupanju neovisnih regulatora moguća je naknadna kontrola nepoštenosti odnosno ništavosti općih uvjeta ugovora. Pritom posebni zakoni koji uređuju ovlasti neovisnih regulatora na kontrolu općih uvjeta i njihov sadržaj mogu imati važnu ulogu za procjenu jesu li ispunjene sve pretpostavke za zaštitu od nepoštenih ugovornih odredaba prema Zakonu o zaštiti potrošača odnosno prema Zakonu o obveznim odnosima (npr. kod procjene transparentnosti odredbe općih uvjeta, neravnoteže u pravima i obvezama, procjene postupanja sastavljača općih uvjeta u skladu s načelom savjesnosti i poštenja s obzirom na posebne obveze koje su za njegovo postupanje uređene posebnim zakonom, utvrđenja svrhe ugovora i sl.).

³⁷ Usp. čl. 42., st. 2. Zakona o elektroničkim komunikacijama (ZEK), NN, br. 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14, 72/17; čl. 44., st. 4. Zakona o poštanskim uslugama (ZUP), NN, br. 144/12, 153/13, 78/15.

³⁸ HAKOM je ovlašten i pravilnicima uređivati i način i uvjete obavljanja djelatnosti telekomunikacijskih usluga i u okviru toga detaljno uređivati sadržaj općih uvjeta, sadržaj pretplatničkih ugovora, pa čak i koje se odredbe pretplatničkih ugovora smatraju nepoštenima. Usp. čl. 7., 8., 10. Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, <https://www.hakom.hr/UserDocsImages/2016/propisi/Pročišćeni%20tekst%20Pravilnika%20iz%20čl.%2034.%202016-neslužbeni%20procisceni%20tekst.pdf> (stranica posjećena 4. 11. 2018.).

U čl. 10. citiranog Pravilnika određeno je, primjerice, koje se odredbe pretplatničkog ugovora smatraju nepoštenima pa bi pozivom na čl. 10. Pravilnika HAKOM bio ovlašten i ukinuti ili izmijeniti odredbu općih uvjeta ugovora koja se u smislu Pravilnika smatra nepoštenom.

³⁹ Usp. čl. 10. Zakona o obaveznim osiguranjima u prometu, NN, br. 151/05, 36/09, 75/09, 76/13, 152/14.

5. ZAKONSKA OBVEZA SASTAVLJANJA OPĆIH UVJETA I OBVEZATAN SADRŽAJ OPĆIH UVJETA

Tradicionalno pravno uređenje općih uvjeta ugovora polazi od načela da ugovorna strana koja nudi sklapanje većeg broja ugovora slobodno odlučuje hoće li, i ako da, u kojoj će mjeri i kako općim uvjetima ugovora unaprijed urediti sadržaj ugovora koji predlaže drugoj ugovornoj strani. Ta će odluka ovisiti o procjeni hoće li sastavljanje unaprijed općih uvjeta ugovora omogućiti sigurnije, jednostavnije, jeftinije sklapanje i realizaciju ugovora. Na tržištu se, međutim, uočavaju tendencije kojima se mijenja takav tradicionalan pristup slobodi odlučivanja o sastavljanju općih uvjeta ugovora i o njihovu sadržaju, a time se mijenja i glavna svrha sastavljanja i objave općih uvjeta. Sastavljanje općih uvjeta nema više za glavni cilj autonomno uređenje ugovornih odnosa u granicama koje to dopuštaju dispozitivne zakonske odredbe ugovornog prava, nego se općim uvjetima regulira tržište.

U pojedinim tržišnim djelatnostima, posebno u javnim uslugama, posebni zakoni obvezuju operatere, pružatelje usluga, isporučitelje i sl. da donesu opće uvjete ugovora, i to sa zakonom propisanim minimalnim sadržajem. Tako npr. Zakon o elektroničkim komunikacijama izričito propisuje da su operatori javnih komunikacijskih usluga obvezni izraditi jasne, čitljive i sveobuhvatne opće uvjete poslovanja kojima su osobito utvrđene odredbe propisane tim Zakonom (čl. 42.). Zakon o vodama također propisuje da je isporučitelj vodnih usluga dužan donijeti opće i tehničke uvjete isporuke vodnih usluga (čl. 215.). Isto tako, Zakon o poštanskim uslugama izričito propisuje da je davatelj poštanskih usluga obavezan donijeti opće uvjete za obavljanje poštanskih usluga u unutarnjem i/ili međunarodnom prometu (čl. 44.). Ispunjenje zakonske obveze sastavljanja i objave općih uvjeta ugovora u takvim je slučajevima zapravo jedna od pretpostavaka za obavljanje djelatnosti odnosno pružanje određenih usluga na tržištu, a obavljanje je djelatnosti bez prethodno donesenih i objavljenih općih uvjeta prekršaj.⁴⁰ Zakonska obveza sastavljanja općih uvjeta zakonom određena sadržaja u prvi plan tako opet stavlja osiguranje određenih javnopravnih interesa na tržištu (transparentnost odredaba ugovora, mogućnost usporedbe općih uvjeta različitih isporučitelja usluga, kontrola uvjeta pružanja usluga, zaštita potrošača i sl.). U kojoj će se mjeri ispunjenjem

⁴⁰ Npr. Zakon o elektroničkim komunikacijama izričito propisuje da se nepostupanje u skladu s tom obvezom smatra teškom povredom tog Zakona za koju je predviđena novčana prekršajna kazna (čl. 119., st. 1., 23.).

zakonske obveze sastavljanja općih uvjeta s minimalnim sadržajem određenim zakonom ostvariti i učinci radi kojih opće odredbe obveznog prava uređuju opće uvjete ugovora, u svakom će konkretnom slučaju ovisiti o tome koliko je detaljno zakonom uređen minimalan sadržaj općih uvjeta, odnosno koliko diskrecijskog prostora sastavljač uvjeta ima na raspolaganju da prilagodi opće uvjete i svojim interesima.

6. OBVEZATAN SADRŽAJ UGOVORA I PREDUGOVORNIH INFORMACIJA

Posebna su ograničenja za sastavljanje općih uvjeta ugovora na tržištu i kognitivne zakonske odredbe koje za pojedine ugovore uređuju obvezatan minimalan sadržaj ugovora te obvezatan sadržaj informacija koje trgovac mora dati drugoj ugovornoj strani prije sklapanja ugovora. Najčešće posebni zakoni izričito propisuju obvezatan sadržaj ugovora financijskih usluga (npr. ugovor o leasingu, ugovor o faktoringu)⁴¹ i javnih usluga (npr. ugovori o isporuci toplinske energije, plina, električne energije, ugovori o telekomunikacijskim uslugama).⁴² Isto je tako u pravu Europske unije sve izraženiji trend da se u potrošačkim direktivama maksimalnog usklađivanja propisuje obvezatan sadržaj pojedinih potrošačkih ugovora ili koje se sve informacije moraju inkorporirati u ugovor. Dodatno se pritom izričito propisuje i da se predugovorne informacije koje je trgovac dužan dati potrošaču prije sklapanja ugovora i čiji je obvezatan sadržaj također određen direktivama također smatraju dijelom ugovora. Takve predugovorne informacije neće se smatrati dijelom potrošačkog ugovora jedino ako su ih stranke izričito sporazumno isključile.⁴³ Isključivanje iz ugovora tih

⁴¹ Usp. čl. 52. Zakona o leasingu, NN, br. 141/13; čl. 14. Zakona o faktoringu, NN, br. 94/14, 85/15, 41/16.

⁴² Usp. čl. 62., st. 2. ZTEE-a; čl. 67., st. 8. ZTP-a; čl. 37., st. 5. ZTTE-a; čl. 8. Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga.

⁴³ Usp. čl. 30., 32. Zakona o pružanju usluga u turizmu (NN, br. 130/17) kojim su u hrvatsko pravo transponirani čl. 6., 7. Direktiva 2015/2302/EU o putovanjima u paket aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima koji uređuju obavezni sadržaj ugovora o putovanju u paket aranžmanu.

Usp. čl. 57., st. 3. ZZP-a iz 2014. o potrošačkim ugovorima na daljinu i ugovorima sklopljenim izvan poslovnih prostorija kojim je transponiran čl. 6., st. 5. Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača.

Usp. čl. 99., st. 1. ZZP-a o ugovoru o vremenski ograničenoj uporabi nekretnine kojim je transponiran čl. 5., st. 2. Direktive 2008/122/EZ o zaštiti potrošača u odnosu na određene

predugovornih informacija zahtijeva stoga da se o njima pojedinačno pregovara pa takve odredbe ionako ne mogu biti predmet kontrole prema pravilima o nevaljanosti općih uvjeta.

Sve je izraženiji i trend proširivanja sadržaja predugovornih informacija, posebno na digitalnom tržištu, i to uredbama koje imaju izravno važenje i primjenu.⁴⁴ Ujedno je izražen i trend zabrane korištenja različitim sadržajem općih uvjeta koji diskriminiraju kupce na digitalnom tržištu s obzirom na državljanstvo, mjesto boravišta ili poslovnog nastana⁴⁵, a izričito se propisuje uredbama i da su neke odredbe općih uvjeta u smislu usluga koje se pružaju u vezi s digitalnim sadržajem neobvezujuće odnosno nevaljane.⁴⁶ Trend propisivanja obvezna sadržaja općih uvjeta ugovora postoji u novim zakonodavnim inicijativama Unije na području digitalnog tržišta.⁴⁷

Zakonskim propisivanjem sadržaja ugovora i obvezatna sadržaja predugovornih informacija koje se smatraju i integralnim dijelom ugovora osigurava se

aspekte ugovora o pravu na vremenski ograničenu uporabu nekretnine, o dugoročnim proizvodima za odmor, preprodaji i razmjeni.

Usp. čl. 11. – 12. Zakona o potrošačkom kreditiranju (NN, br. 75/09, 112/12, 143/13, 147/13, 9/15, 78/15, 102/15, 52/16) kojima su transponirani čl. 10. – 12. Direktive 2008/48/EZ o ugovorima o potrošačkim kreditima, Direktiva o potrošačkim kreditima.

⁴⁴ Npr. Uredba 2018/644 o uslugama prekogranične dostave paketa u čl. 7. proširuje u odnosu na ugovore koji su obuhvaćeni područjem primjene Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača sadržaj predugovornih informacija kod kupoprodajnih ugovora koji uključuju prekogranično slanje paketa.

⁴⁵ Npr. Uredba 2018/302 o rješavanju pitanja neopravdana geografskog blokiranja i drugih oblika diskriminacije na unutarnjem tržištu na temelju državljanstva, mjesta boravišta ili mjesta poslovnog nastana klijenata u čl. 4. propisuje da „*trgovac ne smije primjenjivati različite opće uvjete pristupa svojoj robu ili uslugama zbog razloga povezanih s državljanstvom, mjestom boravišta ili mjestom poslovnog nastana klijenta*“.

⁴⁶ Npr. u čl. 7. Uredbe 2017/1128 o prekograničnoj prenosivosti usluga internetskog sadržaja na unutarnjem tržištu izričito je propisano „*neizvršive su sve ugovorne odredbe, uključujući one između pružatelja usluga internetskog sadržaja i nositelja autorskog prava ili srodnih prava ili nositelja bilo kojeg drugog prava na sadržaj usluge internetskog sadržaja, kao i one između tih pružatelja i njihovih pretplatnika, koje su u suprotnosti s ovom Uredbom, uključujući i odredbe kojima se zabranjuje prekogranična prenosivost usluga internetskog sadržaja ili se takva prenosivost ograničava na određeni rok*“.

⁴⁷ Npr. prijedlog Uredbe o promicanju pravednosti i transparentnosti za poslovne korisnike usluga internetskog posredovanja (Bruxelles, 26. 4. 2018. COM(2018) 238 final 2018/0112(COD)) sadržava niz odredaba (npr. čl. 3., 5., 6.) koje uređuju obveze pružatelja usluga internetskog posredovanja u smislu sadržaja uvjeta poslovanja. Pritom je tendencija da se već samo zbog toga što nije zadovoljen zahtjev transparentnosti uvjeta propiše da netransparentni uvjeti nisu obvezujući za korisnika.

na tržištu zaštita suugovaratelja, najčešće potrošača kao korisnika usluga. Iako zakonske odredbe koje uređuju obvezatan sadržaj ugovora i predugovornih informacija načelno ne isključuju mogućnost sastavljanja unaprijed općih uvjeta ugovora, ta pravila bitno determiniraju sadržaj i opseg općih uvjeta, a u konačnici ograničavaju i mogućnosti da se općim uvjetima odstupi od dispozitivnih zakonskih odredaba ugovornog prava.

7. ZABRANE ODRICANJA OD PRAVA IZ UGOVORNOG ODNOSA

U ugovornom pravu na razini Unije, posebno kad je riječ o potrošačkome ugovornom pravu, sve je izraženiji trend izričita zabranjivanja ograničavanja i odricanja od prava u ugovornim odnosima. Novije direktive kojima se usklađuju nacionalna zakonodavstva ugovornog prava izričito propisuju tzv. obvezujuću narav direktiva. Države članice moraju osigurati da se potrošači ne mogu odreći prava koja su im dodijeljena nacionalnim mjerama kojima se prenose te direktive.⁴⁸ Izričito se propisuje i da za potrošača nisu obvezujuće ugovorne odredbe kojima se potrošač izravno ili neizravno odriče prava koja mu se dodjeljuju na temelju direktive odnosno kojima se nastoji zaobići primjena direktive.⁴⁹ Slijedom toga je i u hrvatskom Zakonu o zaštiti potrošača izričito uređena kogentna narav odredaba zakona kojima se štite potrošači, i to tako da je određeno da se potrošač ne može odreći prava niti mu se mogu ograničiti prava koja ima na temelju tog Zakona ili drugih zakona kojima se štite potrošači (čl. 41., st. 1. ZZP-a iz 2014.). Ta bi odredba vrijedila i u odnosu na prava koja za potrošača proizlaze iz zakonskih odredaba o ništetnosti nepoštenih ugovornih odredaba.⁵⁰

⁴⁸ Usp. npr. čl. 41. Direktive 2014/17/EU o ugovorima o potrošačkim kreditima koji se odnose na stambene nekretnine; čl. 23., st. 2. Direktive 2015/2302/EU o putovanjima u paket aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima, čl. 25., st. 1. Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača.

⁴⁹ Usp. npr. čl. 23., st. 3. Direktive 2015/2302/EU o putovanjima u paket aranžmanima i povezanim putnim aranžmanima, čl. 25., st. 2. Direktive 2011/83/EU o pravima potrošača, čl. 7., st. 1. Direktive 1999/44/EZ o određenim aspektima prodaje robe široke potrošnje i o jamstvima za takvu robu.

⁵⁰ U sudskoj praksi, s obzirom na zabranu odricanja od prava, može biti sporno kako će sudovi tumačiti odredbu građanskoga procesnog prava da sud neće uvažiti raspolaganja strana koje su u suprotnosti s prisilnim propisima i pravilima javnog morala (npr. čl. 3., st. 3. hrvatskog Zakona o parničnom postupku). Sud EU-a u predmetu *Pannon GSM*, C-243/08,

Isti se trend uočava i u europskim uredbama koje imaju izravnu primjenu i važenje, a kojima se uređuju ugovorni odnosi u određenim sektorima tržišta. Tako npr. sve europske uredbе koje uređuju prava putnika u različitim granama prijevoza izričito uređuju zabranu oslobođenja od odgovornosti prijevoznika iz ugovora o prijevozu. Izričito se u uredbama propisuje da se obveze prijevoznika prema putnicima koje uređuju uredbе ne mogu ograničiti niti ih se prijevoznik osloboditi odnosno da ih se putnik ne može odreći, i to pogotovo ne odstupanjem ili restriktivnom klauzulom u ugovoru o prijevozu. Moguće je nuditi samo povoljnije uvjete u ugovoru o prijevozu od onih uređenih u uredbama.⁵¹

Unošenjem u nacionalno ugovorno pravo takvih izričitih zakonskih zabrana odricanja i ograničenja prava u ugovornim odnosima za pojedine je kategorije ugovornih strana (potrošače, putnike) znatno suženo područje primjene zakonskih dispozitivnih odredaba ugovornog prava, a time i mogućnosti da se općim uvjetima ugovora odstupi od tih odredaba. U ugovornim odnosima u kojima je zakonom propisana zabrana ograničenja ili odricanje od prava odnosno oslobođenja od obveza sadržaj općih uvjeta može se odnositi samo na one aspekte ugovora na koje se ne odnose takve zakonske zabrane kao što su modaliteti ispunjenja obveza, rokovi ispunjenja obveza i sl. No, i tada će se morati voditi računa o tome da se takvim odredbama općih uvjeta u konačnici ne zaobilazi primjena kogentnih odredaba ugovornog prava. S obzirom na to da je trend uređivanja ugovornih odnosa kogentnim odredbama sve izraženiji, moguće je stoga da će u budućnosti primarni cilj sastavljanja i objave općih uvjeta biti pojednostavnjenje i ubrzanje postupka sklapanja ugovora i ušteda transakcijskih troškova, a ne više autonomno ugovaranje sadržaja prava i obveza u ugovoru.

ECLI:EU:C:2009:350 tumačio je da nacionalni sud ne može odbiti primjenu nepoštene ugovorne odredbe ako se potrošač tomu protivi. Pitanje je kako bi u hrvatskom pravu, s obzirom na zabranu od općeg odricanja od prava trebao postupati sud odnosno bi li unatoč protivljenju potrošača trebao odbiti primijeniti nepoštenu ugovornu odredbu.

⁵¹ Usp. čl. 6. Uredbe 181/2011 o pravima putnika u autobusnom prijevozu; čl. 15. Uredbe 261/2004 o utvrđivanju općih pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužeg kašnjenja leta u polasku; čl. 6. Uredbe 1177/2010 o pravima putnika kada putuju morem ili unutaršnjim plovnim putovima; čl. 6. Uredbe 1371/2007 o pravima i obvezama putnika u željezničkom prometu; čl. 6. Uredbe 181/2011 o pravima putnika u autobusnom prijevozu.

8. STANDARDI ZAŠTITE OD NEPOŠTENIH UGOVORNIH ODREDABA U PRAKSI SUDA EUROPSKE UNIJE

Na koncept pravnog uređenja općih uvjeta, a posebno na zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba u općim uvjetima znatno utječe i praksa Suda Europske unije (Sud EU-a). Sud EU-a od 2000. godine pa do danas u gotovo je 70 predmeta, tumačeći Direktivu 93/13/EEZ, definirao niz pravila i standarda za efikasnu zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba. Sud je u brojnim odlukama tumačio kriterije za procjenu pretpostavaka nepoštenosti, supstancijalno područje primjene Direktive 93/13/EEZ, kriterije za procjenu je li riječ o ugovornoj odredbi o glavnom predmetu ugovora, kriterije za procjenu transparentnosti ugovorne odredbe, *ex tunc* učinke nepoštenosti ugovorne odredbe⁵², odnos kolektivne i pojedinačne zaštite, zahtjev za efikasnom zaštitom od nepoštenih ugovornih odredaba, zaštitu temeljnih prava iz Povelje Europske unije o temeljnim pravima u okviru postupka zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba.⁵³

Tumačenje kriterija za procjenu pretpostavaka nepoštenosti ugovorne odredbe (suprotnost načelu savjesnosti i poštenja, znatnija neravnoteža u pravima i obvezama na štetu potrošača) Sud EU-a temeljio je na dvama pravilima koja pokazuju da Sud EU-a, s jedne strane, uvažava različitosti nacionalnih ugovornih prava, a, s druge strane, da opće uvjete ugovora povezuje s nacionalnim dispozitivnim ugovornim pravom. Tako je za procjenu suprotnosti uvjetu dobre vjere potrebno da nacionalni sud procijeni je li trgovac koji je postupao savjesno i pošteno mogao očekivati da bi potrošač pristao na spornu ugovornu odredbu da se o njoj pojedinačno pregovaralo, odnosno je li trgovac vodio računa o legitimnim očekivanjima potrošača. Što se tiče procjene neravnoteže u pravima i obvezama, potrebno je pak utvrditi koliko je položaj potrošača nepovoljniji od položaja u kojem bi potrošač bio da nije bila ugovorna sporna odredba i da se primijenila mjerodavna odredba nacionalnoga dispozitivnog ugovornog prava za koje se smatra da je uređeno na način koji uravnoteženo uređuje prava i obveze ugovornih strana.⁵⁴

⁵² V. presudu Naranjo, C-154/15, C-307/15 i C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

⁵³ V. izreku presude Kušionová, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189; Morcillo, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099.

⁵⁴ V. presudu Aziz, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

Zahtjev transparentnosti ugovorne odredbe posebno je važan u kontekstu kontrole nepoštenosti ugovornih odredaba o glavnom predmetu ugovora i cijeni čija je kontrola prema čl. 4., st. 2. Direktive 93/13/EEZ uvjetovana netransparentnošću tih odredaba. Prema sudskoj praksi Suda EU-a zahtjev transparentnosti obvezuje trgovca da pruži dovoljno informacija da prosječan potrošač može donijeti razboritu i informiranu odluku, odnosno da ugovornu odredbu potrošač može razumjeti i na formalnoj i gramatičkoj razini te da može procijeniti njezin konkretan doseg i potencijalne gospodarske posljedice koje ta odredba može imati za njegove ugovorne obveze. Pritom je kao standard prosječna potrošača određen potrošač koji je uredno obaviješten i postupava s dužnom pažnjom i razboritošću, a procjena se provodi s obzirom na okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja ugovora, uključujući i oglašavanje i obavijesti koje je trgovac učinio dostupnim potrošaču tijekom pregovora oko sklapanja ugovora.⁵⁵

Posebno važan utjecaj na koncept zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba imale su odluke u kojima je Sud EU-a tumačio standarde zaštite s obzirom na načelo efikasnosti i načelo ekvivalentnosti. Prema tumačenju Suda EU-a zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba u pravu Unije izjednačena je sa zaštitom javnog poretka država članica. Stoga, uvijek kad nacionalni sud po službenoj dužnosti primjenjuje odredbe nacionalnog prava radi zaštite javnog poretka, mora po službenoj dužnosti primijeniti i odredbe nacionalnog prava kojima je transponirana Direktiva 93/13/EEZ.⁵⁶ Isto tako i efikasna zaštita od nepoštenih ugovornih odredaba zahtijeva da sud po službenoj dužnosti provjerava nepoštenost ugovorne odredbe ako za to raspolaže pravnim i činjeničnim elementima. Takva obveza postoji u svim građanskim postupcima (parničnom, ovršnom, postupku izdavanja platnog naloga, stečajnom postupku) i u svim stadijima postupka od ispitivanja mjesne nadležnosti do odlučivanja u žalbenom postupku.⁵⁷

⁵⁵ V. presude Kásler, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282; Matei, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127; Van Hove, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262; Andriuc i drugi, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703; OTP Bank Nyrt., C51/17, ECLI:EU:C:2018:750.

⁵⁶ V. presude Mostaza Claro, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675; Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615; Karel de Grote, C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320; EOS KSI Slovensko s. r. o., C448/17, ECLI:EU:C:2018:745.

⁵⁷ V. presude Océano, C-240/98 do C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346; Banco Español, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349; Finanmadrid EFC, C-49/14, ECLI:EU:C:2015:746; Aziz, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164; Banco Popular Español, C-7/16, ECLI:EU:C:2016:523; BBVA, C-8/14, ECLI:EU:C:2015:731; ERSTE Bank Hungary, C-32/14, ECLI

Europski standardi zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba znatno su utjecali na sudsku praksu nacionalnih sudova u smislu zaštite od nepoštenih/ništavih općih uvjeta ugovora⁵⁸, pa čak i na reformu procesnih odredbi u nekim državama članicama.⁵⁹ Pružanje zaštite u skladu sa standardima koje je definirao Sud EU-a u praksi je promijenilo i postupanje trgovaca pri sastavljanju općih uvjeta, a posebno ozbiljnije uvažavanje zahtjeva transparentnosti.

Međutim, praksa Suda EU-a otvorila je i niz novih pitanja u vezi s općim uvjetima ugovora. Prije svega, procesni zakoni država članica često ne uređuju odgovarajuće procesne instrumente koji omogućuju sudovima da u svakoj fazi postupka i u svakoj vrsti postupka po službenoj dužnosti kontroliraju nepoštenne ugovorne odredbe. Raspravno načelo znatno, naime, ograničava postupanje

:EU:C:2015:637; EOS KSI Slovensko s. r. o., C448/17, ECLI:EU:C:2018:745; Profi Credit Polska S. A., C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711; Karel de Grote, C- C147/16, ECLI:EU:C:2018:320; Radlinger i Radlingerová, C- 377/14, ECLI:EU:C:2016:283.

⁵⁸ Npr. hrvatski sudovi u tzv. predmetu *Franak* u postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača u vezi s nepoštenim ugovornim odredbama u ugovorima o potrošačkom kreditu s promjenjivom kamatom i valutnom klauzulom u CHF transparentnost, a potom i nepoštenost tih odredbi procjenjivali su pozivom na praksu Suda. Upravo su kriteriji transparentnosti i nepoštenosti koje je tumačio Sud bili odlučni za odluku sudova da su te ugovorne odredbe nepoštenne. V. presudu Trgovačkog suda u Zagrebu P-1401/12 od 4. 7. 2013.; presudu i rješenje Visokoga trgovačkog suda u Zagrebu Pž-7129/13-4 od 13. 6. 2014.; presudu i rješenje VSRH Revt 249/14 od 9. 4. 2015.; odl. Ustavnog suda RH U-III-2521/2015 od 13. 12. 2016.; rješenje VSRH Revt 575/16-5 od 3. 10. 2017.; presudu Visokoga trgovačkog suda RH Pž-6632/2017 od 14. 6. 2018.

Hrvatski sudovi u pojedinačnim se sporovima često pozivaju i na presudu Suda EU-a u predmetu *Océano*, C-240/98 do C-244/98 te po službenoj dužnosti proglašavaju nepoštenom i ništetnom ugovornu odredbu o mjesnoj prorogaciji u mjestu sjedišta trgovca. V. rješenja Županijskog suda (ŽS) u Splitu Gž- Ovr-1957/2016 od 8. 12. 2016.; ŽS u Splitu Gž-741/17 od 27. 3. 2017.; ŽS u Šibeniku Gž-723/2016 od 19. 10. 2016.; rješenja ŽS u Splitu Gž Ovr 393/2018 od 4. 5. 2018.; Gž 420/2017 od 23. 3. 2018.; Gž 425/2018 od 14. 2. 2018.; www.iusinfo.hr (stranica posjećena 10. 10. 2018.).

⁵⁹ O reformi španjolskoga procesnog građanskog i ovršnog prava pod utjecajem tumačenja Suda EU-a u vezi s Direktivom 93/13/EEZ v. više J. D. Romero, J. I. Ruiz, *Foreclosure System in Spain*, GPR, 6/2013; F. Gómez Pomar, K. Lyczkowska, *Spanish courts, the European Court and consumer law: some thoughts on their interaction*, u: F. Cafaggi, *Law, St* (eds), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017.

građanskih sudova po službenoj dužnosti.^{60,61} Postupanje u skladu sa zahtjevima Suda EU-a o efikasnoj zaštiti zahtijevalo bi znatne reforme procesnih propisa, a možda i uvođenje posebnih procesnih pravila za potrošačke sporove. Osim toga, postupanje u praksi po tumačenjima Suda EU-a o zahtjevu transparentnosti ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima dovodi katkad do upravo suprotnih učinaka od onih koji bi se trebali postići zahtjevom transparentnosti. Opći uvjeti, kako bi obuhvatili sve relevantne informacije za donošenje informirane odluke, postaju sve opširniji i složeniji, što demotivira potrošače da se zaista upoznaju s njihovim sadržajem.⁶² Naposljetku, u pravnim

⁶⁰ Na probleme u provedbi zahtjeva za *ex officio* kontrolu nepoštenosti ugovornih odredbi zbog nacionalnih postupovnih uređenja upozorava i Europska komisija u izvještaju Report of the Fitness Check of consumer and market law, Brussels, 23. 5. 2017., str. 17, 95; objavljeno na http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332 (stranica posjećena 4. 11. 2018.).

⁶¹ U skladu s raspravnim načelom hrvatski sudovi u smislu kontrole općih uvjeta postupaju na sljedeći način: „U slučajevima kada iz činjeničnih navoda stranaka to ne proizlazi, odnosno i kada nema izričite izjave stranaka glede ništetnosti neke odredbe Općih uvjeta, sud isto mora po službenoj dužnosti (u slučaju kada su priloženi Opći uvjeti) ocijeniti jesu li odredbe Općih uvjeta ništetne, odnosno u slučaju kada to ne proizlazi iz činjeničnih navoda, a u spisu nema priloženih Općih uvjeta, sud nije dužan po službenoj dužnosti ispitivati ništetnost (nedopuštenost) pojedine odredbe Općih uvjeta te će o osnovanosti tužbenog zahtjeva u tom slučaju odlučiti po pravilima o teretu dokazivanja“. Zaključak 2. sa sastanka predsjednika Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske s predsjednicima građanskih odjela županijskih sudova održana 11. i 12. travnja 2016. u Šibeniku, http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/Zakljucci/VSRH_GO_Su_155-2016_2016-04-12.pdf (stranica posjećena 4. 11. 2018.).

⁶² Istraživanja koja je provela Europska komisija u okviru istraživanja i analize aktualnoga potrošačkog i tržišnog zakonodavstva u Europskoj uniji pokazuju da je veća vjerojatnost da će potrošači čitati opće uvjete kad su kraći, odnosno da će u većoj mjeri čitati sažetke općih uvjeta, a ne njihov kompletni sadržaj. Tek svaki peti potrošač pokazuje interes da pročita u cijelosti standardne opće uvjete, a gotovo svaki treći ih pregleda. S druge strane, 48 % potrošača pokazuje spremnost da u cijelosti pročita sažetak općih uvjeta. V. Consumer Market Study to support the Fitness Check of EU consumer and marketing law Final Report (May 2017), str. 55; http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332 (stranica posjećena 4. 11. 2018.).

Empirijsko istraživanje provedeno u Republici Hrvatskoj u okviru znanstvenog projekta Građanskopravna zaštita građana u financijskoj krizi na nacionalnome reprezentavnom uzorku od 1000 ispitanika u listopadu 2016. godine također pokazuje da u praksi postoje ozbiljni problemi s interesom za upoznavanjem općih uvjeta i s njihovim razumijevanjem. Od ispitanika koji su pročitali opće uvjete isporuke plina, vode, električne energije (27,60 % svih ispitanika), njih 24 % nije razumjelo opće uvjete. Od ispitanika koji su pročitali opće uvjete telekomunikacijskih usluga (53,1 % svih ispitanika), njih 16 % nije razumjelo opće uvjete. V. više T. Josipović, H. Ernst, K. Grubišić, S. Nikšić, Studija o primjeni i učinkovitosti građanskopravne zaštite potrošača kod financijskih, javnih i telekomunikacijskih usluga,

sustavima u kojima je provedena proširena implementacija Direktive 93/13/EEZ iste pretpostavke uređuju nevaljanost općih uvjeta ugovora i u ostalim ugovorima te se opravdano postavlja pitanje bi li se standardi zaštite od nepoštenih ugovornih odredaba u potrošačkim ugovorima trebali protegnuti i na ostale ugovore. Unatoč načelno istoj koncepciji zaštite suugovaratelja u odnosu na opće uvjete ugovora, čini se ipak da bi za trgovačke ugovore trebali vrijediti stroži standardi za procjenu neravnoteže, transparentnosti i efikasnosti sudske zaštite. Pri sklapanju trgovačkih ugovora od obiju se ugovornih strana zahtijeva viša razina pažnje i profesionalna postupanja i nema opravdanja da se suugovaratelj sastavljača općih uvjeta uvijek tretira kao slabija ugovorna strana. Sud je EU-a, naime, u svim svojim presudama za posebne standarde zaštite potrošača od nepoštenih ugovornih odredaba naglašavao da se sustav zaštite iz Direktive 93/13/EEZ temelji na ideji da je potrošač u slabijem položaju u odnosu na trgovca u smislu pregovaračke snage te razine znanja i informiranosti.

9. NOVI PROCESNI INSTRUMENTI ZAŠTITE – KOLEKTIVNA ZAŠTITA

Zbog efikasnije zaštite interesa potrošača povrijeđenih sklapanjem ugovora s nepoštenim ugovornim odredbama u pravu Europske unije razvili su se i posebni instrumenti za zaštitu kolektivnih interesa potrošača.⁶³ Aktiviranje instrumenata kolektivne zaštite interesa potrošača u vezi s nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima zahtijeva, međutim, posebno i izričito uređenje brojnih pravnih pitanja specifičnih upravo za kolektivnu zaštitu interesa potrošača. U pravnim porecima u kojima prije usklađivanja s europskim pravom nisu postojali instrumenti kolektivne zaštite osiguranja u pravilu nije dovoljno u nacionalno pravo samo transponirati direktive koje uređuju kolektivnu zaštitu. U nacionalnom poretku potrebno je otkloniti niz praznina koje onemogućuju efikasnu i potpunu kolektivnu zaštitu. Ozbiljna intervencija potrebna je u različitim pravnim područjima nacionalnog prava, a potrebno je razviti i drukčiji pristup u praksi u tumačenju pretpostavaka nepoštenosti ugovornih odredaba.

To potvrđuju i iskustva koja je Republika Hrvatska imala s dosad jedinom tužbom za zaštitu kolektivnih interesa potrošača u vezi s nepoštenim ugovor-

Zagreb, 2018., str. 77–80.

⁶³ Usp. čl. 7., st. 2. Direktive 93/13/EEZ, Direktivu 2009/22/EZ o sudskim nalogima za zaštitu interesa potrošača.

nim odredbama u ugovorima o potrošačkim kreditima (tzv. predmet *Franak*). Pokazalo se, naime, da bi bilo korisno izričito zakonom urediti odnos kolektivne i individualne zaštite u smislu računanja zastare za pojedinačne zahtjeve na povrat neosnovano isplaćenih naknada na temelju nepoštenih ugovornih odredaba. Zakon o obveznim odnosima iz 2005. ne sadržava izričite odredbe o tome kako pokretanje postupka zaštite kolektivnih interesa utječe na zastaru pojedinačnih zahtjeva koji proizlaze iz utvrđenja ništavosti nepoštene ugovorne odredbe, pa je pravnu prazninu trebalo otkloniti tumačenjem suda.⁶⁴ S druge strane, pokazalo se da problemi postoje i s ostvarivanjem pojedinačnih restitucijskih zahtjeva koji se ostvaruju u redovnome parničnom postupku. Iako Zakon o zaštiti potrošača iz 2014. propisuje da odluka donesena u postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača u smislu utvrđenja povrede obvezuje sudove koje potrošač osobno pokreće radi naknade štete (čl. 118.), sudski su postupci vrlo složeni i dugotrajni. Bilo bi stoga korisno razmotriti mogućnosti uređenja posebna postupka za ostvarivanje individualnih restitucijskih zahtjeva utemeljenih na presudi donesenoj u postupku kolektivne zaštite kojima bi se osigurala efikasnija i potpuna restitucija. Naposljetku, pokazalo se da u praksi postoje i određene dvojbe kako u postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača tumačiti pojedine pretpostavke nepoštenosti ugovornih odredaba s obzirom na to da je riječ o apstraktnoj kontroli nepoštenosti ugovornih odredaba kao i to koji je trenutak odnosno razdoblje mjerodavno za njihovu procjenu.⁶⁵

10. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Tradicionalno pravno uređenje općih uvjeta ugovora u općemu obveznom pravu utemeljeno na liberalnu pristupu slobodi ugovaranja i privatnoj auto-

⁶⁴ U nedostatku posebnih zakonskih odredaba, a pozivajući se na praksu Suda EU-a o načelu efikasnosti, Vrhovni sud RH zauzeo je stajalište da „*pokretanjem parničnog postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača dolazi do prekida zastare na temelju čl. 241. ZOO-a iz 2005. te da zastara individualnih restitucijskih zahtjeva počinje teći ispočetka tek od trenutka pravomoćnosti sudske odluke donesene u povodu te tužbe*“. Preuzeto iz presude i rješenja Vrhovnog suda RH Rev-2245/17 od 20. 3. 2018.

⁶⁵ Sudovi su razlikovali predugovornu fazu u kojoj trgovac komunicira općenito sa svim potrošačima i koja je pravno relevantna za apstraktnu kontrolu nepoštenosti od faze pojedinačnih pregovora između trgovca i potrošača koji mogu biti pravno relevantni za pojedinačni ugovorni odnos trgovca i potrošača. Tako je npr. drugostupanjski sud u predmetu *Franak* smatrao da je za procjenu transparentnosti ugovorne odredbe o valutnoj kaluzuli „*mjerodavan samo onaj dio predugovorne faze u kojem je pojedina banka komunicirala općenito sa svim potrošačima, banci nepoznatim i apstraktnim fizičkim osobama*“. Preuzeto iz presude Visokoga trgovačkog suda RH Pž-6632/2017 od 14. 6. 2018.

nomiji stranaka neprestano doživljava bitne transformacije na modernom tržištu, a posebno na digitalnom tržištu. Specifični zahtjevi transparentnosti, obvezujuća pravila o sadržaju općih uvjeta, kontrola općih uvjeta od neovisnih regulatora, kogentne odredbe ugovornog prava, novi standardi sudske zaštite suugovaratelja ugovorne strane koja je sastavila opće uvjete postupno mijenjaju, tj. sužavaju područje primjene općih uvjeta, kao i ulogu koju je općim uvjetima ugovora namijenilo klasično obvezno ugovorno pravo.

Sve je očiglednija potreba za preispitivanjem tradicionalnoga pravnog uređenja općih uvjeta ugovora kako bi se ono prilagodilo zahtjevima modernog tržišta. Jedan je od najvećih problema koji se pritom javlja kako u pravnom uređenju općih uvjeta pomiriti sve izraženije zahtjeve za jasnoćom i razumljivošću općih uvjeta ugovora sa sve ekstenzivnijim zahtjevima da se u općim uvjetima navedu podatci relevantni za razumijevanje kako funkcioniraju mehanizmi na kojima se temelji odredba općih uvjeta te koji je njezin odnos prema ostalim ugovornim odredbama. S druge strane, sve veća ograničenja u smislu sadržaja općih uvjeta i ovlasti neovisnih regulatora što se tiče njihova donošenja i kontrole aktualiziraju pitanje opravdanosti reguliranja tržišta preko općih uvjeta ugovora, a ne na neki drugi, prikladniji način.

Dosadašnji trendovi koji su utjecali na primjenu općih uvjeta pokazuju da uređenje pojedinih sektora tržišta, specifičnosti digitalnog tržišta, sve izraženiji zahtjevi za uspostavljanjem socijalnoga tržišnog gospodarstva zahtijevaju da se tom problemu mora prići na drukčiji način ovisno o sektoru tržišta, vrsti usluga, vrsti ugovora, složenosti i broju sudionika u ugovornom odnosu, svojstvima ugovornih stranaka. Stoga se može očekivati da će u perspektivi doći do još većeg segmentiranja pravnog uređenja općih uvjeta ugovora i da će se primjena odredaba općega obveznog prava o općim uvjetima ugovora svesti na iznimku koja će se primjenjivati samo u onim ugovornim odnosima koji nisu uređeni posebnim odredbama nacionalnog ili europskog prava.

LITERATURA

- E. Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe u ugovornom pravu Republike Hrvatske*, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Europu, Izbor radova i analiza, Druga regionalna konferencija, Skoplje, 2012.
- M. Baretić, H. Markovinović, *Nepoštene ugovorne odredbe – opće i posebna uređenja*, Zbornik Susreta pravnika, Opatija 2012., Zagreb, 2012.
- M. Baretić, *Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima, Obveze trgovaca u sustavu zaštite potrošača*, Zagreb, 2003.
- V. Gorenc, L. Belanić, H. Momčinović, A. Perkušić, A. Pešutić, Z. Slakoper, M. Vukelić, B. Vukmir, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2014.
- V. Tomljenović, S. Petrić, E. Mišćenić, *Nepoštene ugovorne odredbe – Europski standardi i hrvatska provedba*, Rijeka, 2013.
- T. Josipović, *Zaštita potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi*, Zagreb, 2018.; I. Crnić, *Zakon o obveznim odnosima*, Zagreb, 2018.

Kršitev pogodbe in pravne posledice: Skica, Zakon o obligacijskih razmerjih in Obligacijski zakonik

dr. Damjan Možina

profesor, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Za Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR, 1978)¹ pogosto pravimo, da je kljub svojemu nastanku v času jugoslovanskega samoupravnega socializma razmeroma moderen »klasičen«² obligacijski zakon, ki je primerljiv z zakonodajami tedanjih zahodnih držav.² Navsezadnje o njegovi kakovosti govori okoliščina, da je za mnogo let preživel razpad države, v kateri je bil sprejet, in živi naprej v zakonodajah novonastalih držav naslednic. Tudi tiste med njimi, ki so svoje obligacijsko pravo reformirale, ga niso napisale na novo, ampak vanj večinoma prenesle vsebino ZOR.

¹ Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89 in 57/89.

² Glej na primer C. Jessel-Holst, *The Yugoslav Law of Obligations and its effects in Germany*, v: S. Perović (ur.), *Liber Amicorum – Thomas Meyer*, zbornik radova povodom uspešne saradnje, Kopaonik School of Natural Law, Beograd 2009, str. 118.

Osnutek zakona, tako imenovano Skico, je napisal Mihajlo Konstantinović,³ ugleden profesor beograjske pravne fakultete, ki je glede pogodbenega prava sledil nekaterim, za tiste čase izrazito modernim rešitvam v primerjalnem pravu. Omeniti velja zlasti Haaško konvenciji o enotnem pravu prodajne pogodbe iz leta 1964 (ULIS), predhodnico današnje Konvencije ZN o mednarodni prodaji blaga (CISG, 1980).⁴ To v prvi vrsti velja za pogodbeno odškodninsko pravo ZOR, ki – drugače kot številni kontinentalni pravni redi – ne temelji na krivdnem načelu, ampak na konceptu odgovornosti za lastno sfero rizika, merila odgovornosti pa so enaka tako v splošnem pogodbenem pravu kot tudi glede odgovornosti za napake pri prodajni in drugih pogodbah (tako imenovano jamčevanje). Vendar pa ZOR na področju kršitve pogodbe vsebuje tudi nekaj manj sodobnih in celo slabih rešitev. Precejšen del teh je mogoče pripisati predelavam Skice, ki jih izvedla zakonodajna komisija.

Namen prispevka je predstaviti osnovne značilnosti pravne ureditve kršitve pogodbenih obveznosti in posledic v ZOR ter jo tudi kritično ovrednotiti. Poleg tega je na kratko predstavljeno tudi slovensko pravo. V Sloveniji od leta 2002 velja Obligacijski zakonik (OZ), v katerega pa je bila skorajda brez sprememb prenesena vsebina ZOR. V istem času je bila ureditev OZ/ZOR v nekaterih delih spremenjena zaradi prava EU, zlasti Direktive 99/44/ES o potrošniški prodaji, ki je bilo prenesena v Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot).⁵

Obravnava je osredotočena na predstavitev poglavitnih pravnih sredstev upnika v primeru dolžnikove kršitve pogodbe: izpolnitvenega zahtevka, razdora pogodbe ter odškodninskega zahtevka. Za boljše razumevanje razlik med predpostavkami zahtevkov v primeru zamude (neizpolnitve) ter izpolnitve s stvarno napako so – po uvodni predstavitvi osnovnih značilnosti ureditve kršitve pogodbe v ZOR – obravnavane posebnosti ureditve odgovornosti za stvarno napako. Prispevek analizira ključne določbe ZOR na tem področju in vire za njihov nastanek. Instituti so predstavljeni tudi prek njihove uporabe v sodni praksi slovenskih sodišč. V osnovnih obrisih je predstavljen razvoj obligacijskega prava v Sloveniji. Prispevek ne obravnava posebnih dogovorov strank, na primer glede modifikacije zakonske ureditve pogodbene odgovornosti ter pogodbene kazni.

³ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, Pravni fakultet, 1969.

⁴ Glej na primer: S. Cigoj, *Das Jugoslawische Schuldrecht unter dem Einfluß der Vereinheitlichkeitsbestrebungen auf dem Gebiet des Warenkaufs*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1987, str. 97–106.

⁵ Uradni list RS, št. 98/04, zadnja sprememba 31/18.

2. OSNOVNE ZNAČILNOSTI UREDITVE PODROČJA KRŠITVE POGODBE V ZOR

2.1. Več tipov kršitve pogodbe

Prva značilnost ureditve področja kršitve pogodbe v ZOR v primerjavi s sodbnimi ureditvami pogodbenega prava, kakršne so na primer CISG in Načela evropskega pogodbenega prava (PECL), je, da ZOR ne pozna enotnega pojma kršitve pogodbe, ampak razlikuje več oblik kršitev pogodb glede na način, kako je do njih prišlo: neizpolnitev (v smislu popolne odsotnosti izpolnitve), izpolnitev s stvarno ali pravno napako ter nemogućnost izpolnitve obveznosti.⁶ Posebna oblika je tudi kršitev stranskih pogodbenih obveznosti.⁷ Sodelovalna dolžnost upnika ni enaka »pravi« dolžniški obveznosti, saj gre za obveznost nižje kategorije (»breme«), ki ni iztožljiva, njena kršitev pa vendarle povzroči pravne posledice.⁸

Institut nemogućnosti izpolnitve obveznosti v praksi ne igra vidnejše vloge in v tem sestavku ne bo predmet podrobnejše analize.⁹ Pomembne razlike pa

⁶ Več: D. Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana, 2006, str. 325 in nasl.

⁷ ZOR ne opredeljuje kršitve stranskih obveznosti, vendar priznava pravne posledice, zlasti priznava povrnitev škode (glej na primer čl. 268 ZOR). Teorija razlikuje samostojne in nesamostojne stranske obveznosti glede na to, ali se lahko uveljavljajo le skupaj z glavno obveznostjo ali pa samostojno. Glej na primer M. Ilešič: Vloga embalaže v obligacijskem pravu, magistrska naloga, Ljubljana, 1977, str. 41 in nasl.

⁸ Posledice upnikove kršitve sodelovalne dolžnosti so zbrane v institutu upnikove zamude (*mora creditoris*), katerega osrednji namen je olajšati dolžnikov položaj zaradi kršitve pogodbe, ki izhaja iz ravnanja upnika. Upnikova zamuda konča dolžnikovo zamudo. Upnik je odgovoren za škodo (čl. 326(3) ZOR). Dolžnik ima še naprej dolžnost hrambe predmeta izpolnitve na stroške upnika. Dolžnik se lahko razbremeni obveznosti tako, da jo položi pri sodišču ali tretji osebi, kjer jo lahko upnik prevzame (čl. 327–335 ZOR).

⁹ V ZOR so tri skupine določb o nemogućnosti izpolnitve: določbe o začetni nemogućnosti, ki povzroči ničnost pogodbe (čl. 46–47 ZOR), naknadni nemogućnosti, ki omogoča razbremenitev dolžnika, če ta zanjo ne odgovarja (čl. 354–356 ZOR) ter o posledicah naknadne nemogućnosti v vzajemnih pogodbah (čl. 137–138 ZOR). Razmejitev objektivne in subjektivne nemogućnosti ni vedno prepričljiva. Možnost izpolnitve v naravi ne spada v bistvo obveznosti, dolžnik lahko odgovarja odškodninsko. Pojem (naknadne) nemogućnosti nima vloge pri razbremenitvi dolžnika; saj je merodajna določba čl. 263 ZOR. Posledice nemogućnosti v vzajemnih pogodbah so praktično skoraj enake kot posledice »neizpolnitve«. Več: D. Možina, *Impossibilium nulla obligatio est?* Začetna nemogućnost izpolnitve obveznosti v slovenskem in primerjalnem pogodbenem pravu, Zbornik znanstvenih razprav PF, 2006, str. 175 in nasl.; D. Možina, Naknadna nemogućnost izpolnitve obveznosti in njen pomen za obligacijsko pravo, Zbornik znanstvenih razprav PF LJ 2008, str. 185 in nasl.

obstajajo med sistemom predpostavk in pravnih posledice neizpolnitve (zamudne sankcije) in izpolnitve s stvarno napako (jamčevalne sankcije), predvsem glede tega, da so pri slednji zahtevki upnika pogojeni z notifikacijo napake ter vezani na zelo kratke roke.

Na splošno ima v primeru kršitve pogodbe upnik tri poglavitne pravice (zahtevke): izpolnitev pogodbe, razdor pogodbe in povrnitev škode. Poleg tega lahko tudi zadrži izpolnjevanje lastne obveznosti (ugovor neizpolnitve) in zniža pogodbeno ceno.

2.2. Slabo pregledna ureditev

Druga takoj razvidna značilnost ureditve področja kršitve pogodbe v ZOR je precejšnja nepreglednost. Zakon denimo ne vsebuje poglavja oziroma odseka o kršitvi pogodbenih obveznosti. Pravice upnika, denimo za primer najpogostejše kršitve pogodbe, dolžnikove zamude, je treba v zakonu iskati na različnih mestih.¹⁰ Nekateri ključni pojmi, kot so denimo »kršitev pogodbe«, »neizpolnitev« ali »nemožnost« izpolnitve obveznosti, niso definirani.

2.3. Garancija za brežhibno delovanje

Čeprav se nanaša le na prodajno pogodbo, velja omeniti tudi naslednjo posebnost jugoslovanskega prava: garancijo za brežhibno delovanje prodane stvari. Gre za institut, ki ga je ZOR uredil kot sistem, vzporeden in (z nekaterimi razlikami)¹¹ soroden institutu jamčevanja za stvarne napake, drugi predpisi pa so opredeljevali, za katere vrste »tehničnega blaga« je bil obvezen.¹² Obvezna garancija je eden od institutov ZOR, usmerjenih v varstvo šibkejše stranke. Vendar pa ZOR varstva ne gradi na danes splošno sprejetem pojmu potro-

¹⁰ To velja za posledice zamude (*mora debitoris*), ki niso opredeljene v poglavju z naslovom Dolžnikova zamuda (čl. 324 ZOR). Nekatero od njih, denimo ugovor neizpolnitve in pravico razdora pogodbe najdemo v poglavju o nastanku obveznosti (podpoglavje Pogodbe, odsek o vzajemnih pogodbah, čl. 122–132 ZOR), druge, denimo pravica povrnitve škode, postroženje dolžnikove odgovornosti, pogodbeni kazni ter zamudne obresti, pa so urejene v poglavju o »učinkih obveznosti«, prvi del, odsek o povrnitvi škode (čl. 262–279 ZOR). Nasprotno pa so pravne posledice upnikove zamude (*mora creditoris*), ki se v praksi pojavlja le izjemoma, zbrane v poglavju o upniški zamudi (čl. 325–337 ZOR).

¹¹ Najpomembnejša razlika je neposreden zahtevek kupca ne le proti prodajalcu, temveč tudi proti proizvajalcu blaga, glej čl. 501 (1) ZOR.

¹² Glej Zakon o standardizaciji (Uradni list SFRJ, št. 38/77).

šnika in ga tudi ne omejuje na razmerja med podjetji in potrošniki (B2C).¹³ Varstva so deležna tudi podjetja oziroma profesionalne osebe.

Kupec ima pri garanciji enake zahtevke kot v primeru stvarne napake, le z drugimi predpostavkami (ni obveznosti notifikacije), časovnimi okviri (enoletni garancijski rok) in hierarhijo (prednost popravila oziroma zamenjave pred razdorom pogodbe in znižanjem kupnine).¹⁴ Drugače kot (dispozitivno) jamčevanje za stvarne napake je garancija obvezna (kogentna). Institut obvezne garancije izkazuje zanimive podobnosti z institutom varstva kupca v pravu EU: Direktiva 99/44/ES o potrošniški prodaji ureja, z izjemo odškodnine, enake zahtevke, ki so v podobni hierarhiji, ureditev pa je kogentna.

To direktivo, ki prinaša dveletno jamstvo prodajalca (eno leto za rabljeno blago) potrošnikom, ki je nadgrajeno z možnostjo prostovoljne garancije, je v svoje pravo prenesla tudi Slovenija, ob tem pa je ohranila tudi prejšnji, »jugoslovanski« garancijski sistem varstva kupca, torej obvezno enoletno garancijo za brezhibno delovanje tehničnega blaga. Na področju B2C prodaje ima torej Slovenija dva zelo podobna kogentna instituta varstva istega kupčevega interesa.¹⁵

3. POSEBNOSTI UREDITVE ODGOVORNOSTI ZA STVARNO NAPAKO IZPOLNITVE

Že od rimskega prava naprej je bila odgovornost prodajalca za stvarne napake v evropskih pravnih redih urejena drugače kot v splošnem pogodbenem pravu.¹⁶ Medtem ko je odgovornost (zamudne sankcije) temeljila na krivdnem načelu, je bila odgovornost prodajalca (jamčevalne sankcije) strožja, neodvisna od krivde, a omejena z bistveno krajšimi časovnimi okviri.¹⁷ Sodobne tendence v primerjalnem pravu gredo v smeri zblíževanja teh dveh ureditev pogodbene

¹³ Podobno velja za ureditev varstva v zvezi s splošnimi pogoji poslovanja (čl. 142–144 ZOR), prodajo na obroke, pri kateri pa so se določbe uporabljale le, če je bil kupec »posameznik« (čl. 542–549 ZOR) ter (deliktno) odgovornost proizvajalca za proizvod z napako (čl. 179 ZOR).

¹⁴ Glej čl. 501–507 ZOR.

¹⁵ Kritika: D. Možina, Obvezna garancija za brezhibno delovanje in varstvo kupca v evropskem pravu, v: Podjetje in delo, št. 1/2011, str. 38.

¹⁶ Več: D. Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 44 in nasl.

¹⁷ Glej: D. Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, v: Podjetje in delo, št. 3-7/2008, str. 407 in nasl.

odgovornosti oziroma čim bolj enotne obravnave vseh pojavnih oblik kršitev pogodbe.

Jugoslovanski ZOR je, bržkone sledeč ULIS, naredil pomemben korak k zблиževanju. Odgovornost v splošnem delu pogodbenega prava ter odgovornost za napake v prodajni in drugih pogodbah je oblikoval enotno. V obeh položajih je bila podlaga za razbremenitev čl. 263 ZOR (danes čl. 240 OZ). Kljub temu pa je zakonodajalec – za katerega se pravzaprav zdi, kot da se tega koraka ne bi zavedal – v ZOR uvedel razlikovanje na ravni predpostavk in zlasti časovnih okvirov odgovornosti.

ZOR bistveno drugače obravnava položaj, v katerem dolžnik z neizpolnitvijo ob zapadlosti pride v zamudo, od položaja, v katerem dolžnik ponudi izpolnitev s stvarno napako. Če pomislimo, da je razlika med izpolnitvijo z napako (t. i. *peius*) ter delno izpolnitvijo¹⁸ ali izpolnitvijo z drugo stvarjo (t. i. *aliud*), ki se obravnava kot neizpolnitev, lahko precej subtilna, se razlikovanje ne zdi najbolj prepričljivo. Poleg tega lahko – tako velja v slovenskem pravu – upnik načeloma sam odloča, ali bo izpolnitev z napako sprejel in uveljavljal jamčevalne sankcije ali pa zavrnil – v tem primeru dolžnik pade v zamudo.¹⁹

Za to, da dolžnik odgovarja za stvarne napake (vključno z odgovornostjo za škodo), mora upnik napako notificirati in zahtevek uveljaviti v zelo kratkih rokih. Glede notifikacije napak pri prodajni pogodbi je ZOR uvedel zapleten sistem, ki razlikuje očitne in skrite napake ter gospodarske oziroma negospodarske pogodbe.²⁰ Zakon pozna kar tri različne roke za notifikacijo: takoj (za očitne napake, obe stranki navzoči pri pregledu), nemudoma (gospodarske pogodbe) ter v osmih dneh od odkritja (negospodarske pogodbe). Zahteva po notifikaciji odpade, če je prodajalec vedel za napako.²¹ Če je notifikacija napak v gospodarskih pogodbah utemeljena s potrebo po hitrem odvijanju poslov, pa v negospodarskih prodajnih pogodbah, zlasti tistih med podjetji in potrošniki, pri katerih prav tako pomeni ključno predpostavko vseh kupčevih pravic na

¹⁸ Glej na primer sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1258/2011 z dne 11. decembra 2012, v kateri je sodišče štelo, da nedokončanje gradbenega projekta ne pomeni izpolnitve z napako, ampak delno neizpolnitev.

¹⁹ Izjemo v slovenskem pravu za prodajo nepremičnine določa čl. 19 (4) ZVKSES: kupec nima pravice odkloniti prevzema nepremičnine zaradi manjših napak, ki ne ovirajo normalne uporabe nepremičnine. V takem primeru ima pravico za zavarovanje svojih zahtevkov iz notificiranih napak zadržati 5 odstotkov kupnine.

²⁰ Glej čl. 481 in 481 ZOR (čl. 461 in 462 OZ).

²¹ Čl. 485 ZOR (čl. 465 OZ).

podlagi napake, resno nagne tehtnico v korist prodajalca, ne da bi za to obstajal utemeljen razlog. Vsekakor bi bilo mogoče notifikacijo napak urediti preprosteje, na primer s sklicem na »razumen rok«, kot na primer to ureja CISG.²²

V primeru garancije za brezhibno delovanje ZOR notifikacije napak ne predvideva. Pravila o notifikaciji napak pa so precej manj stroga pri podjemni (en mesec) in gradbeni pogodbi (šest mesecev glede napak v solidnosti).²³ Za precej različno urejanje enakega problema ni videti pravega razloga. Pri potrošniški prodaji slovensko pravo (ZVPot) v skladu z opcijo, ki jo državam daje Direktiva 99/44, predvideva notifikacijo napak v dveh mesecih.²⁴

Druga posebnost so časovni okviri prodajalčeve odgovornosti. V Skici je bil – po vzoru ULIS – predviden dveletni jamčevalni rok, ki teče od izročitve.²⁵ Vendar pa je komisija, morda po vzoru Splošnih uzbek za blagovni promet,²⁶ ta rok skrajšala na šest mesecev.²⁷ V tem času se mora pokazati upoštevna stvarna napaka, razen če je prodajalec ob sklenitvi vedel oziroma bi moral vedeti zanjo.²⁸

Šestmesečni rok za odgovornost za stvarne napake je izjemno kratek. V številnih primerih, zlasti glede trajnejših stvari, se namreč napaka v tem roku sploh ne more pokazati, kupec pa kljub temu izgubi pravice iz naslova kršitve pogodbe.²⁹

To pa ni edini rok, ki omejuje kupčev položaj. ZOR je – tako kot Skica – predvidel še nadaljnji, zgolj enoletni prekluzivni rok za uveljavljanje zahtevkov, prav tako brez možnosti pretrganja in mirovanja, ki sta značilni za zastaranje. Izjema velja le za primer prodajalčeve prevare.³⁰ Načeloma v civilnem pravu zahtevke, ko ti enkrat nastanejo, omejuje zastaranje in ne izguba pravic.

²² Glej čl. 39 (1) CISG.

²³ Čl. 615 (1) in 645 (1) ZOR

²⁴ Čl. 37a ZVPot. Zahteva po tem, da kupec »povabi prodajalca, naj napako pregleda« je dodatna predpostavka odgovornosti in pomeni odstopanje od Direktive 99/44/ES.

²⁵ Glej čl. 410 (3) Skice, ter čl. 39 (1) in 49 (1) ULIS.

²⁶ Glej uz. št. 151.

²⁷ Glej čl. 482 (2) ZOR.

²⁸ Glej čl. 485 ZOR.

²⁹ Več: D. Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, v: Podjetje in delo, št. 3-7/2008, str. 407 in nasl.

³⁰ Glej čl. 500 ZOR ter čl. 429 Skice.

Za zakonodajalca je bila glede prekluzivnega roka vzor konvencija ULIS, ki je – vendar v kombinaciji z dveletnim jamčevalnim rokom – sledila poudarjeni potrebi po pravni varnosti v čezmejnih gospodarskih prodajnih pogodbah. Uporaba zastaralnih rokov bi namreč predpostavljala uporabo nacionalnega prava v zvezi s pretrganjem in mirovanjem, kar bi položaj precej zapletlo in ni bilo zaželeno.³¹ Vendar pa je bila taka ureditev predmet kritik³² in leta 1980 tudi ni bila sprejeta v CISG. Že leta 1974 je bila v New Yorku sprejeta posebna Konvencija o zastaranju terjatev na področju mednarodnega nakupa in prodaje blaga, ki jo je podpisala tudi Jugoslavija in ki določa štiriletni zastaralni rok.³³

Precej daljše jamčevalne roke ZOR določa pri podjemni (dve leti) in gradbeni pogodbi (deset let), ob tem pa še enoletni prekluzivni rok.³⁴ Zakonodajna komisija tu ni spreminjala ureditve Skice.³⁵ Garancijska odgovornost je trajala (in v slovenskem pravu še traja) eno leto.³⁶ CISG za mednarodne gospodarske prodajne pogodbe določa dveletni jamčevalni rok.³⁷

V slovenskem pravu pa ZVPot na podlagi Direktive 99/44/ES določa dveletni jamčevalni rok (eno leto za rabljeno blago) tudi za potrošniško prodajo.³⁸ Posebna ureditev velja za prodajo stanovanj in enostanovanjskih stavb, glede katere Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb (ZVKSES)³⁹ za stvarne napake določa dveletni jamčevalni rok za »navadne« stvarne napake, rok za napake, ki vplivajo na solidnost gradbe, pa je kar deset let.⁴⁰

³¹ Glej čl. 49 (1) ULIS ter J. Beß, Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferungen im Einheitlichen Kaufgesetz, Heidelberg 1971, Carl Winter Universitätsverlag, str. 137.

³² Glej na primer H. J. Mertens, E. Rehbinder, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den einheitlichen Kaufgesetzen, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt 1975, čl. 49, št. 3; V. Stötter, Internationales Einheits-Kaufrecht, Wilhelm Goldmann Verlag, München 1985, čl. 49, str. 280.

³³ Glej čl. 8 in 10 konvencije ter K. Boele-Woelki, The limitation of rights and actions in the international sale of goods, v: Uniform Law Review, št. 3/1999, str. 621.

³⁴ Glej čl. 615 (2) in 644 (1) ZOR.

³⁵ Glej čl. 644 (1) Skice.

³⁶ Predpisi so sicer za različne vrste blaga določali različne roke, prevladoval pa je enoletni rok. Glej: D. Možina, Garancija za brezhibno delovanje in odgovornost za stvarne napake, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani 2009, str. 147.

³⁷ Glej čl. 39 (2) CISG.

³⁸ Glej čl. 37c (3) ZVPot.

³⁹ Uradni list RS, št. 18/04.

⁴⁰ Glej čl. 23 ZVKSES.

Kombinacija zelo kratkega jamčevalnega roka in kratkega prekluzivnega roka v ZOR je do kupca zelo stroga in bistveno odstopa od rešitev v primerjalnem pravu.⁴¹ Ureditev je najprej problematična z vidika notranje neuskkljenosti pravnega reda glede jamčevalnih rokov. Ni videti razlogov za tako različno obravnavo upnika in dolžnika pri klasični prodajni pogodbi v primerjavi s položajem pri potrošniški prodajni pogodbi, mednarodni gospodarski prodajni pogodbi, prodajni pogodbi o nepremičninah, ter podjetni in gradbeni pogodbi. Za notranjo neuskkljenost (ki pomeni neupravičeno razlikovanje pravnih položajev) gre tudi v zvezi z nadaljnjimi prekluzivnimi roki za uveljavljanje pravic: nerazumljivo je, da so zahtevki upnika v primeru izpolnitve z napako podvrženi prekluziji, tako rekoč vsi drugi obligacijskopравни zahtevki pa so omejeni z zastaralnim rokom. Nobenega razloga ni, da kupca, ki je kupil stvar z napako, obravnavamo bistveno drugače od drugih upnikov. Prekratek jamčevalni rok lahko povzroči, da upnik izgubi pravice, še preden bi se napaka sploh mogla pokazati, kar lahko v zvezi z blagom, katerega uporabna doba je bistveno daljša od jamčevalnega roka, nesorazmerno omeji njegovo pravico do sodnega varstva oziroma dostopa do sodišča (čl. 23 Ustave RS, čl. 6 EKČP).⁴² Na položaj je mogoče gledati tudi kot na (nesorazmeren) poseg v lastninsko pravico kupca. To še toliko bolj velja za nadaljnji prekluzivni rok za uveljavljanje zahtevkov, ki prav teče brez možnosti pretrganja in mirovanja.⁴³ Kombinacija prekratkega jamčevalnega roka in nadaljnega prekluzivnega roka za uveljavljanje zahtevkov na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi spada med največje pomanjkljivosti ZOR. Žal je bila prenesena tudi v OZ.

4. IZPOLNITVENI ZAHTEVEK

Pravica zahtevati izpolnitev v naravi je bila za pripravljavce ZOR samoumevna posledica sklenitve pogodbe. Izpolnitveni zahtevek obstaja tako v primeru zamude kot tudi izpolnitve z napako, dokler upnik ne razdre pogodbe oziroma zahteva odškodnino namesto izpolnitve.

⁴¹ Glej: D. Možina, Predpostavke in časovni okviri odgovornosti prodajalca za stvarne napake, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2008. str. 407 in nasl.

⁴² Glej na primer sodbo ESČP v zadevi št. 52067/10 in 41072/11 (*Howald Moor in drugi proti Švici*) z dne 11. marca 2014.

⁴³ Več: A. Velkaverh, Prekluzivni roki za uveljavitev jamčevalnih zahtevkov pri prodajni in podjetni pogodbi – 1. del, v: Odvetnik, št. 78 (2016), str. 23; ter isti avtor in naslov – 2. del, v: Odvetnik, št. 79 (2017), str. 18.

Način izvrševanja izpolnitve je določalo jugoslovansko izvršilno pravo.⁴⁴ V primeru tako imenovanih nenadomestnih storitev (osebnih obveznosti, ki jih lahko opravi le dolžnik) je zakon predvideval – enako rešitev pozna tudi aktualni slovenski zakon – poseben sistem izvajanja pritiska na dolžnika z denarnimi kaznimi.⁴⁵ Postopek se ponavlja, dokler skupna vsota izrečenih kazni ne doseže predvidene meje. Učinkovitost takega prisiljevanja je vprašljiva, poleg tega lahko nanj gledamo tudi kot na omejitev osebne svobode; sodobne ureditve ga ne poznajo več.⁴⁶

Tudi ZOR vsebuje določbo o izvrševanju obveznosti z izvajanjem finančnega pritiska na dolžnika. Postopek v čl. 294 ZOR pa ni omejen na »osebne« (nenadomestne) obveznosti, ampak se lahko uporablja za vsako nedenarno obveznost, vključno s tistimi, ki jih je mogoče izvršiti tudi drugače. Drugače kot denarne kazni, ki se plačujejo državi, gre v tem primeru denarni znesek upniku in to ne glede na njegovo pravico od odškodnine in sploh brez omejitev. Sodišče ima pri tem zelo obsežno diskrecijsko pravico. Odveč je poudarjati, da institut omogoča zlorabe.⁴⁷ Zdi se, da je bil vzor zanj francoski *astreinte*.⁴⁸ V slovenskem pravu je institut predmet kritike.⁴⁹

ZOR ni predvidel splošne omejitve izpolnitvenega zahtevka zaradi nesorazmernih naporov ali stroškov za dolžnika.⁵⁰ Tudi kupčeve pravice zahtevati popravilo ali zamenjavo blaga zaradi stvarne napake ZOR ne omejuje na ta način. Vendar pa v povsem primerljivem položaju pri podjemni pogodbi – zahtevku za popravilo zaradi stvarne napake – dolžniku vendarle omogoča ugovor, če bi popravilo povzročilo »pretirane stroške«. Upniku tedaj ostanejo druga pravna

⁴⁴ Glej Zakon o izvršilnem postopku (Uradni list SFRJ, št. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, Uradni list RS, št. 51/98 – ZIZ in 32/00).

⁴⁵ Glej čl. 225 zakona iz prejšnje opombe.

⁴⁶ Glej Commission on European Private Law, Principles of European Contract Law, I and II, čl. 9:102, str. 480. Glej tudi: UNIDROIT PICC čl. 7.2.2.

⁴⁷ Več: D. Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 362.

⁴⁸ Glej K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. izdaja, Mohr Siebeck, Tübingen 1996, str. 476. Tudi čl. 7.2.4. UNIDROIT P.I.C.C. vsebuje podobno določbo – glej H. Shelhaas, v: Vogenauer (ur.), Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2015, str. 911.

⁴⁹ Glej A. Galič, Enforcement by means of periodic penalties (*astreinte*) in Slovenia: A transplant gone wild, v: A. Uzelac, C. H. van Rhee (ur.), Transformation of civil justice – Unity and Diversity, Springer, 2018, str. 25.

⁵⁰ Prim. čl. 9:102 (2)(b) PECL.

sredstva.⁵¹ Utemeljenega razloga za različno obravnavanje podjemne in prodajne pogodbe v tem pogledu ni. Omejitev zahtevka za izpolnitev v naravi na podlagi načela sorazmernosti je vendarle del jugoslovanskega (in slovenskega) prava.⁵² Zato ni presenetljivo, da so pisci predlagali tako omejitev tudi za zahtevke za popravilo in zamenjavo pri prodajni pogodbi.⁵³ Slovenska sodna praksa je za podoben končni učinek uporabila drugačen pristop: vztrajanje pri zahtevku za zamenjavo, čeprav bi bilo mogoče stvar popraviti z bistveno manj truda, je štela za zlorabo pravice.⁵⁴

5. PRAVNA SREDSTVA KUPCA V PRIMERU STVARNE NAPAKE: DIREKTIVA 99/44/ES O POTROŠNIŠKI PRODAJI IN SLOVENSKO PRAVO

Zakonodajalec se je odločil za prenos Direktive 99/44/ES v slovensko pravo na način, da bi se kar najmanj spremenil režim prodajalčeve odgovornosti za stvarne napake v ZOR. Pravzaprav je šel zakonodajalec v tej želji tako daleč, da hierarhije kupčevih pravnih sredstev iz čl. 3 (3) Direktive 99/44/ES, ki določa omejitev zahtevkov za popravilo in zamenjavo na podlagi nemožnosti in nesorazmernosti,⁵⁵ ter čl. 3 (5) Direktive, ki vzpostavlja razmerje med primarnimi (popravilo, zamenjava) in sekundarnimi zahtevki kupca (razdor, znižanje), sploh ni prenesel v slovensko pravo.⁵⁶ To velja tudi za zahtevo, da morata biti popravilo ali zamenjava opravljena v primernem roku ter brez znatnih neprijetnosti za potrošnika.⁵⁷ Zato je glede uporabe sodne prakse Sodišča EU,

⁵¹ Čl. 618 (3) ZOR.

⁵² Glej tudi čl. 292 (2) in (3) ZOR: načeloma je mogoče v primeru gradnje v nasprotju z obveznostjo zahtevati rušenje ter povrnitev škode. Vendar pa lahko sodišče zahtevke zavrne, če »spozna, da je to očitno koristnejše [...], upoštevajoč družbeni interes in opravičen interes upnika«. Upniku v tem primeru ostane odškodninski zahtevek.

⁵³ Glej na primer S. Cigoj, Veliki komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana 1985, čl. 488, str. 1467, glej tudi: O. Jelčič, Odgovornost za materialne nedostatke i garancija za ispravno funkcioniranje prodane stvari, v: Naša zakonitost, št. 9-10/1987, str. 1132.

⁵⁴ Sodba Višjega sodišča RS II Ips 968/93 z dne 6. aprila 1995.

⁵⁵ Glej sodbi Sodišča EU v zadevah C-65/95 *Weber* in C-87/09 *Putz* obe z dne 16. junija 2011.

⁵⁶ Glej čl. 37–37č ZVPot in D. Možina, Potrošniška prodajna pogodba, v: V. Trstenjak, R. Knez in D. Možina, Evropsko pravo varstva potrošnikov, GV Založba, Ljubljana 2005, str. 71 in nasl.

⁵⁷ Glej: D. Možina, Pravice kupca na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi, Pravni letopis 2012, str. 93 in nasl.

zlasti sodbe z dne 16. junija 2011 v zadevah *Weber* (C-65/09) in *Putz* (C-87/09) v Sloveniji kar nekaj odprtih vprašanj.

Tako kot po ZOR tudi po ZVPot velja, da lahko kupec prosto izbira med zahtevki, le za razdor pogodbe mora prej prodajalcu postaviti primeren dodaten rok. Zakon prodajalcu ne omogoča ugovora, da je popravilo zanj nesorazmerno drago v primerjavi z zamenjavo in obratno. Kolikor je le mogoče, ga moramo razlagati v smislu Direktive 99/44/ES, kot jo razlaga Sodišče EU.⁵⁸ Mogoče bi bilo razmišljati v smeri analogne uporabe določbe o ugovoru nesorazmernosti iz podjemne pogodbe po čl. 618 (3) ZOR.

Razmerje med (naknadno) izpolnitvijo v naravi ter znižanjem cene in razdorom pogodbe je v slovenskem pravu drugačno od razmerja, ki ga določa Direktiva 99/44/ES. Ker mora biti prodajalec obveščen o stvarni napaki in ker ZOR (OZ) kupcu omogoča razdor šele po postavitvi primernega dodatnega roka, kar velja tudi za potrošniško prodajo,⁵⁹ ima prodajalec praktično možnost zagotoviti skladnost s pogodbo pred razdorom. Iste predpostavke veljajo za zahtevek za odškodnino namesto izpolnitve (tj. da prodajalec sam izvede popravilo in zahteva povrnitev škode, glej *spodaj*). Vendar pa prodajalec nima izrecne pravice popraviti svojo pomanjkljivo izpolnitev (angl. *right to cure*), saj lahko kupec zniža ceno takoj, brez postavitve primernega dodatnega roka.

Ureditev podjemne pogodbe je drugačna: podjemnik ima izrecno pravico popraviti izpolnitev. Če napaka ni bistvena, mu mora namreč naročnik dovoliti popravilo in ne sme razdreti pogodbe, znižati cene ali sam popraviti napake na stroške podjemnika. Naročnik lahko postavi tudi primeren rok za odpravo napake.⁶⁰

Določbe o garanciji za brezhibno delovanje predvidevajo hierarhijo kupčevih zahtevkov, ki je bližje ureditvi po Direktivi o potrošniški prodaji: kupec lahko najprej zahteva le popravilo ali zamenjavo; če prodajalec tega ne uresniči v primernem roku, lahko kupec razdre pogodbo ali zniža ceno, v vsakem primeru pa lahko zahteva tudi povrnitev škode.⁶¹

Ni videti razloga, zakaj ZOR zahtevke kupca ureja drugače pri jamčevanju za stvarne napake ter pri garancijski odgovornosti. Oba instituta pravzaprav

⁵⁸ Prav tam, str. 89.

⁵⁹ Prav tam, str. 99.

⁶⁰ Glej čl. 620 ZOR.

⁶¹ Glej čl. 502 in 504 ZOR.

varujeta isti kupčev interes. Prav tako ni videti razloga za drugačno hierarhijo zahtevkov upnika pri prodajni ter podjemni pogodbi.

6. RAZDOR POGODBE

6.1. Predpostavke razdora

Konstantinović je v Skici glede ureditve razdora pogodbe precej natančno sledil modelu ULIS. Upnik je lahko pogodbo razdrl, če je neskladnost blaga s pogodbo in nedobava v določenem roku pomenila bistveno kršitev pogodbe, tj. če bi stranka, ki je kršila pogodbo, v času sklenitve pogodbe lahko predvidevala, da razumna oseba v enakem položaju kot druga stranka ne bi sklenila pogodbe, če bi lahko predvidela, da bo prišlo do kršitve.⁶² Kadar kršitev ni bistvena, lahko upnik dolžniku postavi primeren dodatni rok za (naknadno) izpolnitev; po neuspešnem poteku tega lahko razdre pogodbo, vztraja pri izpolnitvi ali zniža kupnino.⁶³ Koncept naknadnega roka prihaja iz germanskih pravnih redov (nem. *Nachfrist*).⁶⁴ Dodatnega roka ni treba postavljati, če je očitno, da pogodba tudi v dodatnem roku ne bo izpolnjena.⁶⁵ Upnik lahko upravičenje razdreti pogodbo uveljavi le, če poda izjavo v primernem roku po tem, ko je notificiral neskladnost oziroma po roku za izpolnitev.⁶⁶

Posebna pravila so bila predvidena za položaj, ko je že pred zapadlostjo očitno, da bo prišlo do bistvene kršitve – tedaj lahko upnik razdre pogodbo (anticipirana kršitev pogodbe)⁶⁷ – ter za pogodbe z zaporednimi obveznostmi – tedaj kršitev glede ene same delne obveznosti upravičuje le do delnega razdora. Razdor glede prihodnjih delnih obveznosti pride v poštev, če je mogoče pričakovati, da tudi te ne bodo izpolnjene, celotno pogodbo, vključno z že opravljenimi delnimi izpolnitvami, pa je dopustno razdreti le, če kršitev pomeni bistveno kršitev pogodbe.⁶⁸

⁶² Glej čl. 94, 95 in 417 Skice; ter čl. 10, 26, 27, 43, 45, 49 in druge ULIS.

⁶³ Glej čl. 96 ter 418 (1) Skice; ter čl. 27 (2) in 44 (2) ULIS.

⁶⁴ Glej § 323 (1) BGB ter Možina, Kršitev pogodbe, GV Založba, Ljubljana 2006, str. 167 in nasl.

⁶⁵ Glej čl. 97 Skice ter arg. iz čl. 48 in 76 ULIS.

⁶⁶ Glej 418 (2) Skice ter čl. 43 in 52 (4) ULIS.

⁶⁷ Glej čl. 99 Skice ter čl. 48 in 76 ULIS.

⁶⁸ Čl. 100 Skice ter čl. 45 in 75 ULIS.

Zakonodajna komisija Konstantinovičevega predloga bistvene kršitve pogodbe ni sprejela v ZOR. Ohranila je le eno obliko, tj. položaj, kadar zamuda pomeni bistveno kršitev, ki jo je preoblikovala v koncept fiksnega posla, kjer je čas izpolnitve za pogodbo bistvenega pomena, najverjetneje po vzoru § 376 nemškega *Handelsgesetzbuch* (HGB). Takojšen razdor je torej mogoč le v primeru fiksnega posla (oziroma v izrazju Skice in ULIS: kadar nedobava v določenem roku pomeni bistveno kršitev pogodbe).

V primeru stvarne napake pa je komisija v celoti zavrnila idejo, da lahko upnik pogodbo takoj razdre le, če neskladnost s pogodbo dosega določeno intenzivnost, tj. če za upnika taka izpolnitev nima pomena oziroma je ne more uporabiti in je bilo to mogoče predvideti. ZOR pri ureditvi prodajne pogodbe omogoča kupcu razdor pogodbe ne glede na intenzivnost stvarne napake. Zadošča že, da napaka ni »neznatna«. ⁶⁹ Edina predpostavka je postavitvev in potek dodatnega roka. Ta izjemoma ne velja, če je očitno, da pogodba tudi v dodatnem roku ne bo izpolnjena. ⁷⁰ Takojšen razdor zaradi stvarne napake je mogoč le, če je bila za pogodbo popolna izpolnitev v predvidenem roku bistvena (fiksni posel).

Razdor zaradi stvarne napake je v skladu s čl. 495 (1) ZOR, ki sledi ULIS in Skici, ⁷¹ vezan še na dodatno predpostavko, tj. da lahko kupec stvar vrne v stanju, v kakršnem jo je prejel. To pravilo pa ne velja, če je poslabšanje ali uničenje stvari posledica redne rabe ali če ga sicer ni mogoče pripisati kupcu. Opozoriti je treba, da sodobne ureditve pogodbenega prava ne poznajo več take omejitve, saj so spremembe na predmetu pogodbe predmet odškodninskega zahtevka.

Pravila Skice o razdoru pred zapadlostjo in razdoru pogodb z zaporednimi obveznostmi so bila sprejeta v ZOR, vendar brez pogoja bistvene kršitve. Pred zapadlostjo je tako mogoče razdreti pogodbo, če je očitno, da obveznost ne bo izpolnjena. Tak pogoj prav tako velja za razdor glede bodočih obveznosti pri pogodbi z zaporednimi obveznostmi, upnik pa lahko celotno pogodbo razdre le, če izpolnitev zanj »nima pomena«. ⁷²

⁶⁹ Čl. 478 (3) ZOR.

⁷⁰ Čl. 490 (1) in (2) ZOR.

⁷¹ Glej čl. 79 ULIS, čl. 422 Skice; glej tudi čl. 82 CISG.

⁷² Glej čl. 128 in 129 ZOR.

ZOR tudi ni sprejel časovne omejitve pravice do razdora iz Skice in ULIS (v primernem roku). Namesto tega je bila vnesena določba, da upnik odškodninsko odgovarja dolžniku, če mu nemudoma ne sporoči, da »razdira pogodbo«. ⁷³

V ZOR pa je še vedno mogoče najti ureditev, ki spominja na idejo bistvene kršitve pogodbe: tako lahko naročnik razdre pogodbo o delu (podjemno pogodbo) takoj, ne da bi izvajalcu omogočil popravo napake, če je napaka na izvedenem delu taka, da je delo neuporabno ali če je bilo delo opravljeno v nasprotju z izrecnimi navodili. ⁷⁴ Določba se uporablja tudi za gradbeno pogodbo. ⁷⁵ Tudi ideja, da lahko upnik razdre celotno pogodbo z zaporednimi obveznostmi, če izpolnitev zanj »nima pomena«, oziroma odstopi od pogodbe v primeru pravnih napak (če ne more doseči namena), je blizu konceptu bistvene kršitve. Pravega razloga za konceptualno različno ureditev predpostavk odstopa pri prodajni in podjemni oziroma gradbeni pogodbi ni.

V slovenskem pravu je načelo bistvene kršitve pravzaprav uveljavljeno tudi v ZVKSES, ki v čl. 20 (5) omogoča kupcu stanovanja oziroma enostanovanjske stavbe odstop od pogodbe, ne da bi prej zahteval (in omogočil) odpravo napake ali znižanje kupnine le v primeru napake, ki znatno ovira normalno uporabo nepremičnine ali glede bistvenih lastnosti odstopa od pogodbe.

6.2. Mehanika razdora

Razdor pogodbe je načeloma oblikovalno upravičenje, ki ga stranka enostransko in zunajsodno uveljavi z izjavo nasprotni stranki. Tako mehaniko odstopa je, z manjšimi izjemami, ⁷⁶ predlagal tudi Konstantinović, ki ni v celoti sledil konvenciji ULIS, saj je ta v nekaterih položajih predvidevala tudi avtomatski, *ipso facto* razdor pogodbe. ⁷⁷ Kot kaže, pa je konvenciji ULIS sledila zakonodajna komisija, ki je, drugače kot Skica, pri fiksni poslih ob neizpolnitvi predvidela razdor *ipso facto*, »po samem zakonu«, in brez izjave. ⁷⁸ Po vzoru

⁷³ Čl. 130 ZOR. Zamuda ne vpliva na pravico razdora, glej sodbo Višjega sodišča v Kopru II Ips 635/2009 z dne 5. februarja 2010.

⁷⁴ Glej čl. 619 ZOR.

⁷⁵ Čl. 641 ZOR.

⁷⁶ Glej na primer čl. 94 (2) Skice: če stranka v primeru nedobave v fiksni pogodbi sopogodbence ne obvesti o tem, ali bo pogodbo razdrila ali ne, se pogodba razdre po samem pravu (*ipso facto*). Enako velja v skladu s čl. 94 (3) Skice, če je dolžnik upnika pozval, da mu sporoči svojo odločitev, pa mu ta ni nemudoma odgovoril.

⁷⁷ Glej čl. 25, 26 (1), 26 (2), 30 (1), 61, (2) in 62 ULIS.

⁷⁸ Glej čl. 125 (1) ZOR.

nemškega, avstrijskega in italijanskega prava je upnikova oblikovalna pravica reducirana na možnost, da fiksno pogodbo ohrani v veljavi, če to »nemudoma« izjavi dolžniku.⁷⁹ S tem ovrže zakonsko domnevo, da upnik interesa po prejemu izpolnitve nima več.

Kot rečeno, mora upnik v primeru, ko čas izpolnitve ni bistven (nefiksni posel), če želi razdreti pogodbo, dolžniku najprej postaviti primeren dodatni rok. Pričakovali bi, da se lahko ob poteku tega roka upnik odloča med razdorom in vztrajanjem pri pogodbi; razdor pa lahko uresniči z izjavo dolžniku.⁸⁰ Taka je bila tudi predlagana ureditev v Skici.⁸¹ Vendar pa je zakonodajna komisija še enkrat več sprejela drugačno rešitev: po poteku dodatnega roka »nastanejo enake posledice« kot pri fiksnem poslu, torej *ipso facto* razdor, brez izjave.⁸² Enako velja v primeru razdora zaradi stvarne napake.⁸³

Kljub možnosti upnika, da pogodbo vendarle »nemudoma« ohrani v veljavi, velja poudariti, da je avtomatičen razdor pogodbe v negospodarskih pogodbah zelo strog in ne pripomore k jasnosti položaja strank. Opozoriti je treba, da je bila ureditev *ipso facto* razdora v ULIS deležna kritik, zlasti glede povzročanja negotovosti, zato tudi ni bila sprejeta v CISG, ki pozna le razdor z izjavo.⁸⁴ Pravzaprav lahko ureditev povzroči precejšnjo negotovost, vključno s položajem, da se stranki sploh ne zavedata, da je njuna pogodba prenehala po samem pravu. Poleg tega ureditev ni v skladu z načelom, naj pogodbe, če je le mogoče, ostanejo v veljavi (*favor contractus*). Ureditev tudi ni najbolj dosledna, saj ZOR v primeru stvarne napake pri pogodbi o delu ne določa *ipso facto* razdora pogodbe.

Slovenski zakonodajalec je opisano ureditev v OZ v celoti ohranil, pri tem pa, nekoliko nepremišljeno, spremenil izrazje. Namesto razdora je namreč uvedel »odstop« od pogodbe in s tem terminološko izenačil dve oblikovalni pravici, ki imata različne predpostavke in pravne posledice: »odstop« zaradi kršitve pogodbe ter »odstop« kot uresničitve pravice potrošnika, da si v kratkem roku premisli in »odstopi« od pogodbe oziroma v smislu posebej dogovorjene

⁷⁹ Čl. 125 (2) ZOR ter § 919 ODZ, čl. 1457 *Codice civile* in § 376 nemškega HGB (t. i. *Fixbandelskauf*).

⁸⁰ Glej čl. 124 ZOR.

⁸¹ Glej čl. 96 v povezavi s čl. 94 (1) Skice.

⁸² Glej čl. 126 (3) ZOR.

⁸³ Čl. 491 ZOR.

⁸⁴ Glej na primer G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, v: *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII. – Contracts in general*, Chapter 16, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976, št. 128, str. 140.

»odstopne pravice«. ⁸⁵ ZOR je pravici ustrezno poimenoval (razdor, odstop). V primerjalnem pravu ter v pravu EU se ti dve pravici prav tako razlikujeta tudi terminološko. ⁸⁶

6.3. Učinki razdora

ZOR v čl. 132, ki sledi ureditvi Skice in ULIS, ⁸⁷ določa nekaj osnovnih načel v zvezi s posledicami prenehanja vzajemnih pogodb. Za vsa vprašanja, ki jih zakon tukaj ne rešuje, na primer glede povrnitve stroškov, ki jih je stranka imela s predmetom pogodbe, se uporablja pravo neupravičene obogatitve.

Osnovni učinek razdora je, da ugasnejo izpolnitveni zahtevki, ne pa tudi morebitna dolžnost povrniti škodo. Poleg tega je jasno, da nekateri deli pogodbe, kot so na primer arbitražna klavzula, prorogacija sodne pristojnosti, dogovor o pogodbeni kazni ali pavšalizirani odškodnini, ostanejo v veljavi tudi po prenehanju pogodbe.

Razdor načeloma učinkuje retroaktivno, od sklenitve dalje, torej za nazaj (*ex tunc*). Ker ni več pravne podlage, da bi prejeta obdržali, zakon določa, da morata stranki druga drugi vrniti, kar sta prejeli na podlagi razdrte pogodbe. Če ni mogoča vrnitev v naravi, je treba dati denarno nadomestilo. Vendar pa to pravilo pravzaprav velja le za pogodbe, ki se izpolnijo z enim aktom, naenkrat. Za pogodbe z zaporednimi ali dlje časa trajajočimi obveznostmi velja namreč drugačno pravilo. Pri teh ima namreč razdor načeloma učinek le za naprej (*ex nunc*). Vse (delne) izpolnitve, ki so bile opravljene v skladu s pogodbo in plačane, ostanejo v veljavi. ⁸⁸

Stranki morata druga druga nadomestiti tudi koristi, ki sta jih dosegli z uporabo oziroma porabo predmeta izpolnitve. Za stranko, ki vrača denar, je ZOR – najverjetneje po vzoru konvencije ULIS⁸⁹ – predpisal plačilo zamudnih

⁸⁵ O tem kritično: D: Možina, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, v: Pravni letopis, Ljubljana 2011. str. 57.

⁸⁶ Prav tam. Direktiva 99/44/ES razdor zaradi neskladnosti s pogodbo v angleški jezikovni različici poimenuje *rescission*, v nemški pa *Vertragsauflösung*, Direktiva 2011/83/EU pa v angleški jezikovni različici odstop imenuje *withdrawal* in v nemški *Widerruf*.

⁸⁷ Glej čl. 102 Skice ter čl. 78 in 81 ULIS.

⁸⁸ Arg. čl. 129 (1) in (2) ZOR. Glej: D. Možina, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, v: Pravni letopis, Ljubljana 2011. str. 66.

⁸⁹ Glej čl. 81 (1) v povezavi s čl. 83 ULIS, ki je določal zamudne obresti v višini uradne diskontne stopnje v državi, v kateri ima prodajalec svoj sedež oziroma običajno prebivališče, povečane za 1 %.

obresti od dne prejema denarja dalje (Skica govori le o »zakonskih obrestih«). Spomniti je treba, da so zamudne obresti v ZOR zagotavljale tudi ohranjanje vrednosti denarja v okoliščinah visoke inflacije. Vendar pa zamudne obresti v tem položaju niso primerne. Obrestna mera zamudnih obresti namreč poleg elementa povrnitve škode (ker dolžnik ni mogel uporabljati svojega denarja) vsebuje tudi »pribitek«, tj. dodatek, namenjen spodbudi dolžniku, da vendarle plača. V položaju po razdoru pogodbe ne gre za zamudo. Zato niti povrnitev škode niti kazenski »dodatek« nista primerna. Slovenski zakonodajalec je zato določbo o »zamudnih« obrestih brisal, dolgujejo se le še »obresti« (čl. 111 OZ). Gre za položaj neupravičene obogatitve, obresti pa so namenjene povrnitvi koristi, ki jo je stranka dosegla z uporabo denarja (obogatitvene obresti). Ta korist bi morala biti – saj so obveznosti strank v vzajemnih pogodbah načeloma uravnotežene – vsaj približno primerljiva s koristjo, ki jo je nasprotna stranka dosegla z uporabo blaga ali storitve. Obrestna mera pa je odvisna tudi od tega, kaj je predmet pogodbe. Posojilno pogodbo je v tem smislu treba obravnavati drugače kot prodajno pogodbo. Pri slednji je prodajalec prejeti denar uporabljal kot svoj denar, posojilojemalec pa je lahko pričakoval, da bo za uporabo posojenega tujega kapitala plačal.⁹⁰

Za vzajemne obveznosti vračanja veljajo pravila o vzajemnih pogodbah. To pomeni, da ena stranka lahko ugovarja vrnitvenemu zahtevku nasprotne stranke, če ta ni pripravljena hkrati sama vrniti, kar je prejela; uveljavlja pa lahko tudi ugovor ogroženosti. Če ena stranka predmeta obveznosti ne more vrniti, ker je na primer naključno uničen, v skladu s pravili o nemožnosti izpolnitve v vzajemnih pogodbah ugasne tudi obveznost druge stranke.

7. ODŠKODNINSKI ZAHTEVEK

7.1. Narava in razbremenitev odškodninske odgovornosti

Ko že rečeno, je pogodbeni odškodninska odgovornost v ZOR urejena enotno v smislu, da so merila odškodninske odgovornosti za neizpolnitev (zamuda) enaka kot za odgovornost za napake pri prodajni in drugih pogodbah. V obeh primerih se za razbremenitev uporablja čl. 263 ZOR (čl. 240 OZ).

⁹⁰ Primerna se zdi na primer uporaba povprečne obrestne mere za primerljivo vrsto kreditov na trgu, na primer kot povprečna efektivna obrestna mera iz čl. 26 (1) ZPotK-2.

Odgovornost tudi ne temelji na krivdi. Dolžnik se ne more razbremeniti z dokazom, da ni kriv oziroma da je bil zadosti skrben, ampak mora dokazati, da ni mogel izpolniti zaradi »okoliščin, nastalih po sklenitvi pogodbe, ki jih ni mogel preprečiti, ne odpraviti in se jim tudi ne izogniti«. Zdi se, da je kot vzor za koncept razbremenitve, vključno z izrazom »okoliščine«, služil čl. 74 ULIS. Besedilo ZOR sicer ne omenja »nepredvidljivosti« okoliščin, temveč le to, da morajo biti naknadne, vendar je jasno, da bi morali stranki predvidljive okoliščine upoštevati pri sklenitvi pogodbe. Besedilo razbremenitvene določbe v Skici je bilo nekoliko drugačno in je izrecno omenjalo »višjo silo ali drug zunanji razlog«. ⁹¹ Ker je bila tako višja sila kot tudi »zunanost« okoliščin v končnem besedilu izpuščena, so nekateri avtorji to razumeli v smislu premika od objektivne k subjektivni (krivdni) odgovornosti. ⁹² Nekateri so govorili o postroženi subjektivni odgovornosti, ⁹³ omenjala se je tudi objektivna odgovornost v milejši obliki. ⁹⁴ Vendar pa zakon krivde ne omenja, tako kot jo denimo pri nepogodbeni odškodninski odgovornosti, zato je subjektivni odgovornosti težko govoriti. ⁹⁵ Zakon s sklicevanjem na (nepredvidljive in) nepreprečljive oziroma neodpravljive okoliščine, ki se jim dolžnik ni mogel izogniti oziroma jih odpraviti, vendarle predvideva razbremenitev na podlagi okoliščin zunaj dolžnikovega nadzora. Tak koncept stroge pogodbene odgovornosti je zelo blizu konceptu v pravu mednarodne prodaje ter v PECL. ⁹⁶ V tem smislu določbo razumemo tudi v sodobnem slovenskem pravu. ⁹⁷

⁹¹ Glej čl. 208 Skice.

⁹² Glej na primer S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana 1980, str. 939; Ž. Đorđević, v: S. Perović in D. Stojanović (ur.), Komentar zakona o obligacionim odnosima, str. 762, Kragujevac Pravni fakultet, 1980; D. Mitrović, v: V. Krulj in T. Blagojević (ur.), Komentar zakona o obligacionim odnosima, Savremena Administracija, Beograd 1980, čl. 263, str. 646 in nasl.

⁹³ Glej na primer S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij, Uradni list, Ljubljana 1980, str. 939.

⁹⁴ M. Ilesič, OZ z uvodnimi pojasnili, Uradni list, Ljubljana 2003, str. 40.

⁹⁵ Glej čl. 154 (1) ZOR.

⁹⁶ Glej čl. 79 CISG; čl. 8:108 (1) PECL ter H. Stoll, v: H. Dölle (ur.), Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, C. H. Beck, München 1976, § 74, r. št. 53 in nasl., str. 446 in nasl.

⁹⁷ Glej na primer N. Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, čl. 240, str. 214. Starejša sodna praksa se je sklicevala na »subjektivno« odgovornost (glej na primer sodbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 6/93 z dne 11. februarja 1992), v večini novejših odločb pa je sprejeto načelo stroge odgovornosti (glej na primer odločbe Višjega sodišča v Ljubljani Cpg 59/2011 z dne 22. marca 2011, I Cpg 100/2011 z dne 15. novembra 2011 in I Cpg 603/2011 z dne 24. februarja 2012).

7.2. Obseg povrnitve škode

Osnovna usmeritev povrnitve premoženjske škode je postavitve upnika v premoženjski položaj, v katerem bi bil, če kršitve (pogodbe) ne bi bilo.⁹⁸ Vendar pa ZOR v čl. 266 (1) po vzoru čl. 82 ULIS omejuje dolžnikovo odgovornost na tisto škodo, ki jo je oziroma bi jo dolžnik lahko predvidel ob sklenitvi pogodbe kot možno posledico kršitve pogodbe. Omejitev na predvidljivo škodo je vrednostna protiutež strogi pogodbeni odgovornosti.⁹⁹ Ni treba, da bi bil dolžnik predvidel natančen znesek škode, ampak škodo enake vrste in velikostnega razreda, kot je v resnici nastala.¹⁰⁰ Objektivno predvidljiva je tista škoda, ki glede na okoliščine pomeni običajen potek stvari. Šteje se, da jo je dolžnik moral predvideti. Predvidljivost škode, ki izhaja iz posebnih okoliščin, na primer povečanih škodnih tveganj, pa je treba konkretno izkazati.

V zvezi s predvidljivostjo škode je treba poročati tudi o nenavadnem razvoju v slovenski zakonodaji: OZ je v čl. 243 (1) namesto časa »sklenitve pogodbe« kot merodajni trenutek za presojo predvidljivosti določil trenutek »kršitve pogodbe«. Ker stranki pogodbene koristi in tveganja presojata pred sklenitvijo pogodbe oziroma ob njej in se glede na to sploh odločata za sklenitev, je zakonodajalčeva izbira poznejšega trenutka povsem zgrešena. Zakonodajalec ni ponudil nobenih razlogov za spremembo, zato bi lahko šlo tudi za redakcijsko napako. Merodajnost trenutka kršitve lahko bistveno poveča obseg odškodninske odgovornosti dolžnika, ki se v primeru, če ga upnik po sklenitvi pogodbe obvesti o morebitnih izjemnih tveganjih, nanje ne more odzvati, pa čeprav take pogodbe, ko bi bil vedel zanje, nikoli ne bi sklenil. Taka rešitev ostro nasprotuje temeljnemu načelom pogodbene pravičnosti in široko odpira vrata zlorabam.¹⁰¹

Drugače kot ULIS je ZOR – zdi se, da po vzoru francoskega prava – v čl. 266 (2) načelo predvidljivosti škode izključil v primeru prevare, namerne in hudo malomarne kršitve pogodbe: tedaj lahko upnik zahteva povrnitev »celotne« škode, ne glede na to, da ni vedel oziroma moral vedeti za posebne okoliščine,

⁹⁸ Glej čl. 190 v zvezi s čl. 269 ZOR.

⁹⁹ I. Schwenzer, v: P. Schletriem in I. Schwenzer (ur.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4. izd., 2016, čl. 74, r. št. 4.

¹⁰⁰ Tako na primer v odločbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 3992/2010 z dne 10. novembra 2010.

¹⁰¹ Glej na primer dejansko stanje v zadevi iz odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 178/2014 z dne 21. januarja 2016.

zaradi katerih je nastala. V teoriji je ta rešitev, ki jo denimo sprejemajo tudi PECL,¹⁰² tarča utemeljene kritike. Tako na primer ni povsem jasno, kaj pomeni izraz »celotna škoda«, ki ga ZOR uporablja le na tem mestu.¹⁰³ Vsekakor mora biti škoda neposredna posledica kršitve oziroma od nje ne sme biti preveč oddaljena. Nekoliko nenavadno je tudi, da mora upnik dokazovati dolžnikovo krivdo v zvezi z obsegom povrnitve škode, pri čemer temelj odgovornosti ni odvisen od krivde.¹⁰⁴ Sploh pa prevara, naklep oziroma velika malomarnost dolžnika glede kršitve pogodbe nimajo veliko skupnega s pogodbeno razporeditvijo tveganj in predvidljivostjo škode ob sklenitvi pogodbe.¹⁰⁵ Opozoriti je treba tudi na nekoliko nenavadno stališče o dokaznem bremenu v zvezi s predvidljivostjo škode pri pogodbeni odškodninski odgovornosti, ki ga je nedavno zavzelo Vrhovno sodišče RS: drugače kot večinsko mnenje v teoriji in sodni praksi na podlagi ustrezne določbe CISG (čl. 74)¹⁰⁶ v predvidljivosti škode ni videlo predpostavke odgovornosti, ki bi jo moral dokazati tožnik (upnika), ampak podlago za razbremenitev, ki jo dokazuje tožena stranka (dolžnik, ki krši pogodbo).¹⁰⁷

O vprašanju povrnitve nepremoženjske škode zaradi kršitve pogodbe je bilo v jugoslovanskem pravu nekaj razprave, saj čl. 266 (1) ZOR omenja le navadno škodo in izgubljeni dobiček (premoženjsko škodo). Pri tem ni bila sporna povrnitev nepremoženjske škode v primeru fizičnih poškodb ali smrti, temveč tedaj, ko je bil upnik zaradi kršitve doživel »le« razočaranje oziroma trpljenje.¹⁰⁸ Avtorji so se večinoma zavzemali za pozitiven odgovor.¹⁰⁹ Danes se v Sloveniji

¹⁰² Glej čl. 9: 503 PECL.

¹⁰³ D. Mitrović, v: T. Blagojević in V. Krulj (ur.), Komentar zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd 1980, čl. 266, str. 668.

¹⁰⁴ Glej R. Zimmermann, Limitation of Liability for Damages in European Contract Law, v: The Edinburgh Law Review, št. 18.2. (2014), str. 209.

¹⁰⁵ Prav tam.

¹⁰⁶ Glej na primer I. Schwenzer, v: P. Schlechtriem, I. Schwenzer in U. Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. izd., 2019, Art. 74, r. št. 64.

¹⁰⁷ Glej odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 178/2014 z dne 21. januarja 2016 ter II Ips 316/2016 z dne 16. februarja 2017. Sodišče je zavzelo celo stališče o krivdni naravi pogodbene odškodninske odgovornosti, glej tč. 13.2 sodbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 178/2014. Glej tudi (bolj prepričljivo) odločbo Višjega sodišča v Ljubljani isti zadevi I Cp 396/2016 z dne 8. junija 2016.

¹⁰⁸ Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Kopru Cp 689/99 z dne 17. novembra 1999 (tožnik je padel s konja zaradi neskrbnosti učitelja jahanja, s katerim je sklenil pogodbo).

¹⁰⁹ Glej na primer P. Klarić: Ugovorna odgovornost za nematerialnu štetu, v: Zbornik PF Zagreb, št. 5-6 (1989), str. 977–1002; Ž. Đorđević, v: S. Perović in D. Stojanović (ur.),

in na Hrvaškem na podlagi sodbe Sodišča EU v zadevi *Leitner* (C-168/99) priznava tudi nepremoženjska škoda zaradi izgube dopusta.¹¹⁰

V zvezi z obsegom povrnitev škode je treba upoštevati tudi okoliščine po sklenitvi pogodbe. Če je denimo upnik zaradi kršitve pridobil kakšno korist, jo je treba odšteti od odškodnine (*compensatio lucri cum damno*).¹¹¹

Prav tako je pri odmeri odškodnine treba upoštevati, ali je k nastanku oziroma obsegu škode s svojim ravnanjem morda prispeval tudi upnik. Čl. 266 (4) ZOR o upnikovi dolžnosti zmanjševanja škode ustreza čl. 88 ULIS. Posledica kršitve je sorazmerno zmanjšana odškodnina. Del pravila je ponovljen v čl. 267 ZOR, po katerem se odškodnina sorazmerno zmanjša, »če je za nastalo škodo ali njeno velikost ali za otežitev dolžnikovega položaja kriv tudi upnik ali kdo, za katerega je on odgovoren«. Razumni ukrepi zmanjševanja škode bodo pogosto vključevali izvedbo kritnega posla. Upnik je upravičen tudi do povrnitve razumnih stroškov, ki so mu nastali, ko je poskušal zmanjšati škodo.¹¹²

7.3. Kritni posli

ZOR vsebuje nekaj določb o poslih, ki jih v primeru kršitve pogodbe s pogodbenice s tretjimi osebami sklene pogodbi zvesta stranka, in z njimi pokrije svoje potrebe. Prvi dve določbi vsebuje poglavje o prodajni pogodbi. Čl. 524 ZOR, ki ustreza čl. 84 ULIS, za primer razdora prodajne pogodbe zaradi kršitve določa, da lahko upnik v primeru, če ima stvar »dnevno«, tj. tržno ceno, zahteva razliko med pogodbeno in tržno ceno v kraju, kjer je bil opravljen posel, oziroma tržno ceno na trgu razumnih substitutov (ob upoštevanju morebitne razlike v prevoznih stroških), ne glede na to, ali je bil kritni posel izveden ali ne. Gre za t. i. abstrakten izračun škode. Čl. 525 ZOR, ki ustreza čl. 85 ULIS, določa, da se lahko škoda računa tudi konkretno, na podlagi razlike med pogodbeno ceno in ceno konkretno izvedenega kritnega posla – nakupa

Komentar zakona o obligacionim odnosima, Pravni fakultet, Kragujevac 1980, str. 757; B. Loza, Povreda obligacije, v: Pravni život, št. 10-12/1988, str. 1603 in 1610. Glej tudi: D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi kršitve pogodbe, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri PF, Ljubljana 2006, str. 33–51.

¹¹⁰ Za Slovenijo glej odločbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 160/2013 z dne 23. aprila 2015 ter D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi izgube počitnic: *Leitner* pri nas doma, v: Podjetje in delo, št. 1/2014, str. 41–56.

¹¹¹ Čl. 266 (3) OZ.

¹¹² Glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 765/2007 z dne 30. oktobra 2008.

ali prodaje blaga. Kritni posel mora biti izveden v primernem roku in na primeren način, o nameravanem poslu pa mora upnik obvestiti dolžnika.¹¹³

ZOR vsebuje (deloma vsebinsko enaka) pravila o kritnih transakcijah tudi v splošnem delu in ne glede na razdor pogodbe. V primeru dolžnikove zamude z dobavo generične stvari sme upnik, če je o tem poprej obvestil dolžnika, stvar enake vrste »po svoji izbiri« kupiti na trgu in od dolžnika zahtevati povrnitev kupnine in škode ali pa »vrednost dolgovanih stvari« ali povrnitev škode.¹¹⁴ V prvem primeru je pogodba razdrta, v drugem primeru pa do pogodbene izmenjave kljub vsemu pride, pri čemer na mesto izvirne izpolnitve stopi odškodnina namesto izpolnitve, sestavljena iz vrednosti stvari in morebitne nadaljnje škode. ZOR omogoča izvedbo kritnega posla tudi glede storitve, z izvedbo katere je dolžnik v zamudi.¹¹⁵ V obeh primerih je pogoj obvestilo dolžniku, ki služi enakemu namenu kot postavitve dodatnega roka pred razdorom (čl. 126 (2) ZOR), tj. omogočiti dolžniku, da vendarle izpolni v naravi in se izogne zanj praviloma neugodnejšemu odstopu oziroma odškodnini namesto izpolnitve. Kadar je očitno, da dolžnik tudi po obvestilu v primernem roku ne bo izpolnil, obvestilo in potek primerne roka nista potrebna. Slovenska sodna praksa se še ni opredelila do vprašanja, ali je abstrakten način obračuna škode mogoč tudi brez razdora pogodbe.

Pravico, da sam na razumen način in z razumnimi stroški izvede oziroma organizira popravilo ter zahteva povrnitev stroškov (in morebitne druge škode zaradi stvarne napake) z odškodninskim zahtevkom, ima upnik (kupec) tudi v primeru stvarne napake.¹¹⁶ Tudi tu velja predpostavka, da je o tem obvestil dolžnika in mu najprej omogočil, da sam izvede popravilo.

7.4. Problem posledične škode zaradi stvarne napake

ZOR v čl. 488 (1) dobesedno enako kot ULIS v čl. 41 (1) našteva pravna sredstva kupca v primeru stvarne napake: popravilo ali zamenjava (»Izpolnitev pogodbe«), znižanje kupnine in razdor pogodbe. Po vzoru čl. 41 (2) ULIS jugoslovanski zakonodajalec v čl. 488 (2) ZOR pojasnjuje, da lahko v vsakem od teh primerov kupec zahteva tudi povrnitev škode. Tak je bil tudi predlog

¹¹³ Glej čl. 525 (2) in (3) ZOR (čl. 504 in 505 OZ).

¹¹⁴ Glej čl. 290 ZOR (čl. 265 OZ).

¹¹⁵ Glej čl. 291 ZOR (čl. 266 OZ).

¹¹⁶ Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 801/2014 z dne 21. maja 2014.

v Skici.¹¹⁷ Vendar pa je zakonodajna komisija v čl. 488 ZOR dodala še tretji odstavek:

»Poleg tega in neodvisno od tega odgovarja prodajalec kupcu tudi za škodo, ki jo je ta zaradi napake stvari pretrpel na drugih svojih dobrinah, in sicer po splošnih pravilih o odškodninski odgovornosti«.

Zdi se, kot da je komisija želela vzpostaviti drugačen režim odgovornosti za povrnitev t. i. interesa integritete v primeru, ko zaradi stvarne napake nastane škoda na drugih kupčevih stvareh. Določba se je razlagala tako, da za povrnitev neposredne škode (ki jo v slovenskem pravu nekateri imenujejo »škoda zaradi zaupanja«)¹¹⁸ zaradi stvarne napake v skladu s čl. 488 (2) ZOR veljajo predpostavke jamčevalnih zahtevkov, tj. notifikacija napake in strogi roki, za povrnitev »škode na drugih dobrinah« (imenovane tudi refleksna škoda¹¹⁹) po čl. 488 (3) ZOR pa te predpostavke ne veljajo.¹²⁰ Nekateri avtorji so pod »splošnimi pravili odškodninske odgovornosti« razumeli celo pravila nepogodbenega odškodninskega prava,¹²¹ prevladujoče mnenje v slovenskem pravu pa šteje, da gre vendarle za pogodbeno odškodninsko pravo.¹²² Odškodninski zahtevek kupca je torej glede škode na drugih dobrinah omejen le z zastaralnim rokom.¹²³

Ratio določbe čl. 488 (3) ZOR je nejasen. Zdi se, da je komisija – ki je morda menila, da pogodbeno odgovornost za škodo temelji na krivdi, odgovornost prodajalca za napake pa je objektivna – želela v jugoslovansko pravo uvoziti razlikovanje med neposredno in posledično škodo ter objektivno in krivdno odgovornostjo iz švicarskega prava.¹²⁴ Vendar pa je merilo odgovornosti tako

¹¹⁷ Glej čl. 415 Skice.

¹¹⁸ Glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 497/2009 z dne 11. novembra 2010.

¹¹⁹ Glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 152/2015 z dne 8. decembra 2016.

¹²⁰ Glej na primer O. Jelčić, *Odgovornost za materialne nedostatke i garancija za ispravno funkcioniranje prodane stvari*, v: *Naša zakonitost*, št. 9-10/1988, str. 1134.

¹²¹ Glej na primer V. Kapor, v: V. Krulj in T. Blagojević (ur.), *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Savremena Administracija, Beograd 1980, čl. 488, str. 987.

¹²² N. Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2004, čl. 468 OZ, str. 176 in nasl.

¹²³ Petletni zastaralni rok iz čl. 371 ZOR oziroma triletni zastaralni rok za terjatve iz gospodarskih pogodb iz čl. 374 ZOR začne teči v trenutku nastanka škode (v tem smislu odločba Vrhovnega sodišča RS II Ips 198/2007 z dne 17. decembra 2009) oziroma natančneje, ko upnik izve za škodo in lahko zahteva njeno povrnitev (Glej na primer odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 60/2010 z dne 5. septembra 2013 ter Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 1122/2016 z dne 10. aprila 2018).

¹²⁴ Po čl. 208 (2) *Obligationenrecht* namreč prodajalec objektivno odgovarja za neposredno

za stvarno napako kot tudi za zamudo v ZOR enako. Ni videti razloga, da na ravni predpostavk in časovnih okvirov odgovornosti razlikujemo dve vrsti škode zaradi iste stvarne napake. Zato ni presenetljivo, da določba ni bila nikoli prepričljivo pojasnjena.¹²⁵

V primerljivi situaciji pri podjemni in gradbeni pogodbi ZOR takega razlikovanja ne pozna. V slovenskem pravu je pogodbeni odgovornost enotna tudi pri potrošniški prodajni pogodbi.¹²⁶ Sodna praksa slovenskih sodišč obravnava izgubljeni dobiček kot neposredno škodo, torej na podlagi čl. 488 (2) ZOR.¹²⁷

7.5. Obresti za zamudo s plačilom denarja

Dolžnik, ki je v zamudi s plačilom denarja, mora plačati zamudne obresti.¹²⁸ Zamudne obresti so oblika abstraktne odškodnine, saj se dolgujejo ne glede na škodo, ki nastane upniku zaradi plačilne zamude. Če pa je škoda višja od zneska, ki ga predstavljajo zamudne obresti, lahko upnik zahteva tudi povrnitev razlike po splošnih pravilih pogodbene odgovornosti.¹²⁹

V jugoslovanskem pravu je bila obrestna mera zamudnih obresti določena s posebnim predpisom zunaj ZOR.¹³⁰ Zanimivo je, da je predpis določal obračun obresti po konformni metodi, tj. na način, da se zapadle obresti pripisujejo h glavnici, čeprav je ZOR sicer načelno prepovedoval »obrestne obresti« oziroma t. i. anatocizem.¹³¹

škodo (*unmittelbarer Schaden*, imenovano tudi *Mangelschaden*), za posledično škodo (*weiterer Schaden* ali tudi *Mangelfolgeschaden*), ki vključuje tudi izgubljeni dobiček, pa v skladu s čl. 208 (3) OZR odgovarja krivdno. Glej tudi: H. Honsell, v: H. Honsell, Vogt in Wiegand (ur.), *Obligationenrecht I*, 6. izd., 2015, čl. 208, št. 509, str. 1193–1196; ter P. Pichonnaz, *Defective goods and Consequential losses*, *RabelsZ* 76 (2012), str. 819.

¹²⁵ P. Klarić (*Odštetno pravo*, Zagreb 1996, str. 172) uporablja klasifikacijo iz časa občega prava: *damnum quoad rem* naj bi pomenila neposredno škodo zaradi napake, *damnum circa rem* naj bi se nanašala na »škodo zaradi zaupanja«, *damnum extra rem* pa naj bi se nanašala na posredno oziroma »refleksno« škodo iz čl. 488 (3) ZOR.

¹²⁶ Glej čl. 37c (2) ZVPot.

¹²⁷ Glej odločbo Vrhovnega sodišča RS III Ips 130/2014 z dne 24. februarja 2016.

¹²⁸ Čl. 277 ZOR.

¹²⁹ Čl. 278 (2) ZOR.

¹³⁰ Glej Zakon o obrestni meri zamudnih obresti (Uradni list SFRJ, št. 57/89), ki je predpisal obrestno mero kot eskontne mere, ki jo mesečno določa Narodna banka Jugoslavije, povečano za 20 %.

¹³¹ Glej čl. 279 (1) ZOR.

Tudi v slovenskem pravu je obrestna mera zamudnih obresti določena s posebnim zakonom,¹³² ki uresničuje zahteve Direktive 2011/7/EU o plačilnih zamudah, njeno formulo (referenčna obrestna mera Evropske centralne banke, povečana za 8 %) pa predpisuje širše od področja veljave direktive, za zamudo pri vseh obveznostih, vključno z denarnim dolgom potrošnika. Odkar zakon ne vsebuje več določbe o konformnem obračunu obresti, sodna praksa uporablja linearno metodo.¹³³

8. ZNIŽANJE CENE

Znižanje cene je v ZOR predvideno kot splošno pravno sredstvo za primer stvarne ali pravne napake.¹³⁴ Z znižanjem cene se pogodba prilagodi manjši vrednosti stvari z napako. Kot je bilo že povedano, je to sredstvo upniku na voljo pod različnimi predpostavkami: v prodajni pogodbi lahko kupec, ki je notificiral napako, zniža kupnino, ne da bi imel prodajalec možnost odpraviti napako, taka možnost pa je predpostavka znižanja pri podjemni pogodbi ter pri garanciji za brezhibno delovanje.¹³⁵ Različni so tudi časovni okviri. Po vzoru čl. 46 ULIS se glede zneska znižanja uporablja proporcionalna metoda, tj. znižanje v razmerju vrednosti blaga brez napake ter z napako ob sklenitvi pogodbe.¹³⁶

Slovenska sodna praksa je nedavno zavzela nenavadno stališče glede načina uveljavljanja znižanja cene v prodajni pogodbi: ceno lahko zniža le sodišče na podlagi vložene (oblikovalne) tožbe.¹³⁷ Čeprav upnik druga pravna sredstva na podlagi dolžnikove kršitve pogodbe, vključno z razdorom pogodbe, ki, tako kot znižanje cene, pomeni oblikovalno pravico in celo intenzivneje preoblikuje pogodbo, uveljavlja zunajsodno, z enostransko izjavo nasprotni stranki, je Vrhovno sodišče RS v kupčevi »zahtevi« po znižanju cene iz čl. 488 (1) (2) ZOR (oziroma čl. 468 (1) (2) OZ) videlo napotilo na sodno uveljavljanje.¹³⁸ Tako

¹³² Zakon o predpisani obrestni meri zamudnih obresti (ZPOMZO-1), Uradni list RS, št. 56/03, 105/06 in 11/07.

¹³³ Glej na primer odločbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 370/2005 z dne 21. junija 2007.

¹³⁴ Glej čl. 121 (3) ZOR.

¹³⁵ Glej čl. 488 (1), 578 (2) in 504 ZOR.

¹³⁶ Čl. 498 ZOR.

¹³⁷ Glej odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 38/2012 z dne 12. oktobra 2013 in II Ips 288/2014 z dne 5. maja 2015.

¹³⁸ O tem kritično: D. Možina, Problem uveljavljanja znižanja pogodbene cene, v: Pravna

je upniku otežilo oziroma skoraj onemogočilo uveljavljanje znižanja kupnine. Drug oddelek istega sodišča pri najemni pogodbi omogoča znižanje z ugovorom, brez oblikovalne tožbe.¹³⁹ Znižanje cene je popolnoma v rokah upnika tudi na podlagi določb o garanciji za brezhibno delovanje,¹⁴⁰ prav tako se oblikovalna tožba ne zahteva pri potrošniški prodaji.¹⁴¹ Pristop sodne prakse je torej precej nedosleden.

9. SKLEPNE UGOTOVITVE

Na področju kršitve pogodbe je za ZOR značilna kombinacija nekaterih dobrih rešitev, ki so bile v času njegove priprave zelo moderne in so še danes v skladu s sodobnimi trendi v primerjalnem pogodbenem pravu, po drugi strani pa ima ureditev tega področja v ZOR tudi več pomanjkljivosti. Med prve spada denimo večji del ureditve pogodbene odškodninske odgovornosti. Med slednjimi je treba poleg nepreglednosti zakonske ureditve najprej omeniti razlikovanje več oblik kršitve pogodbe. Sodobni trendi gredo v smer (čim bolj) enotnega pojma ter enotnega sistema sankcij za kršitev pogodbe, ZOR pa pozna več oblik kršitve pogodbe in sankcij zanje. Zakon precej ostro razlikuje zamudne in jamčevalne sankcije glede predpostavk in časovnih okvirov. Za tako različno obravnavo strank v primeru, ko upnik ne izpolni ali izpolni nekaj povsem drugega kot dolgovano, ter v primeru, ko izpolni s stvarno ali pravno napako, ni pravih razlogov. V obeh primerih gre za kršitev pogodbe. Posebej problematični so časovni okviri kupčevih zahtevkov na podlagi stvarne napake pri prodajni pogodbi: kombinacija zelo kratkega jamčevalnega roka in kratkega ter prekluzivnega roka za uveljavljanje pravic je nenavadno stroga do upnika in bistveno odstopa od siceršnjega pristopa pravnega reda do časovnih okvirov pravic. Do strank nerazumljivo strog, zlasti zunaj okvirov gospodarskih pogodb, je tudi *ipso facto* razdor pogodbe. Omeniti je treba tudi nenavadno ureditev odgovornosti za škodo zaradi stvarne napake »na drugih kupčevih dobrinah«. V vseh teh primerih je Konstantinovičeva Skica vsebovala boljšo in jasnejšo ureditev, vendar jo je zakonodajna komisija spremenila.

praksa, št. 43/2016, str. 16.

¹³⁹ Odločba Vrhovnega sodišča RS III Ips 28/2017 z dne 12. februarja 2018.

¹⁴⁰ Glej čl. 504 ZOR (čl. 484 OZ).

¹⁴¹ Glej na primer odločbo Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1438/2014 z dne 28. januarja 2015.

Naslednja izstopajoča značilnost ureditve kršitve pogodbe in pravnih posledic v ZOR je nekonsistentnost. Pogosto so enaka vprašanja – ne da bi za to obstajal razlog – rešena drugače pri prodajni in podjemni (ter gradbeni) pogodbi ter pri ureditvi garancije za brezhibno delovanje. To ne velja le za predpostavke in časovne okvire upnikovih pravnih sredstev, ampak na primer tudi za hierarhijo zahtevkov v primeru stvarne napake ter predpostavke odstopa od pogodbe (razdora). Koncept ureditve odstopa od pogodbe je pri podjemni pogodbi drugačen od koncepta pri prodajni pogodbi. Redakcijsko delo na zakonskem besedilu, zlasti v zvezi z modifikacijami, ki jih je vnesla zakonodajna komisija, lahko ocenimo kot pomanjkljivo. Tezo o veliki kakovosti ZOR je na obravnavanem področju mogoče postaviti pod vprašaj.

Slovenija je s sprejemom OZ, v katerega je tako rekoč brez sprememb prenesla vsebino ZOR, zamudila priložnost za odpravo pomanjkljivosti ZOR in modernizacijo na področju kršitve pogodbe. »Reforma« je vendarle prinesla tudi nekaj sprememb, med katerimi je treba posebej opozoriti na resno napako – spremembo trenutka, v katerem se presoja predvidljivost škode, relevantna za obseg pogodbene odškodninske odgovornosti: trenutek »sklenitve« (ZOR) je bil nadomeščen s trenutkom »kršitve« pogodbe (OZ), kar je v nasprotju s temeljnimi načeli pogodbenega prava in odpira vrata zlorabam. Zaradi (pre)velike naslonitve na sistem jamčevalnih sankcij iz ZOR je bilo pomanjkljivo preneseno tudi pravo EU na področju kršitve pogodbe (Direktiva 99/44/ES o potrošniški prodaji). Pravo EU je na področje kršitve pogodbe vendarle prineslo nekaj pomembnih sprememb, zlasti precej daljši jamčevalni rok za stvarne napake v potrošniški prodajni pogodbi ter ureditev obrestne mere zamudnih obresti.

III.

Nepogodbno odškodninsko pravo in pravo neupravičene obogatitve

Nepogodbeno odškodninsko pravo v Sloveniji – nekatere razvojne tendence v praksi sodišč

dr. Vesna Bergant Rakočević
višja sodnica, Višje sodišče v Ljubljani

Obligacijski zakonik (OZ) je na področju odškodninskega prava na splošno in tudi deliktne posebej prinesel zelo malo novosti, pravzaprav vsebinsko (celo konceptualno) le eno, in sicer denarno odškodnino za okrnitev ugleda pravni osebi. Poleg praktičnega dometa te novosti so v prispevku predstavljena še nekatere bistvena ali pa zanimivejša stališča na področju nepogodbene odškodninskega prava oziroma njihove spremembe, ki so se v času po sprejetju OZ oblikovala v praksi sodišč. Glede na omejitve prostora se izrecno ne dotikam stališč v zvezi z odškodninsko odgovornostjo države, čeprav je praksa na tem področju sploh v zadnjem času zelo pestra in obsežna.¹

¹ Ta problematika je celoviteje obdelana in zbrana v D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, GV Založba, Ljubljana 2017.

1. PODLAGE ZA ODGOVORNOST

1.1. Pojem protipravnosti

Temeljna splošna določba OZ glede podlage za odgovornost za povzročitev škode – čl. 131 (1) OZ, enako kot prej čl. 154 (1) Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR) – določa, da kdor povzroči škodo, jo je dolžan povrniti, če ne dokaže, da je škoda nastala brez njegove krivde. Velja torej krivdno načelo z obrnjenim dokaznim bremenom. Iz tega sodna praksa tako kot prej po ZOR tudi po OZ redno izpeljuje shemo, da morajo biti za odškodninsko obveznost podani štirje elementi: protipravno ravnanje, nastanek pravno priznane škode, vzročna zveza med obema in krivda, pri čemer prve tri dokazuje oškodovana oseba, ekskulpacija pa je breme povzročitelja. Toda pogoj protipravnosti iz zakonske dikcije ne izhaja. Iz tega bi lahko celo sledilo, da je vsaka povzročitev škode protipravna, če se povzročitelj le ne uspe ekskulpirati. To seveda ne drži. Lep primer za to navaja Dolenc, in sicer postavitev velikega trgovskega centra, ki povzroči škodo manjšim trgovinam v okolici.² Na zadrego pri utemeljevanju, da za odškodninsko obveznost ne zadošča že vsako škodljivo ravnanje, temveč samo pravno nedopustno, torej protipravno ravnanje, se opozarja že nekaj časa.³ Sodna praksa to dilemo večinoma rešuje s sklicevanjem na načelo *neminem laedere* (čl. 10 OZ, prej enako čl. 16 ZOR), ki vsakemu nalaga dolžnost vzdržati se ravnanja, ki utegne drugemu povzročiti škodo.

Tipičen tak primer je sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 129/2015 z dne 16. oktobra 2016:

»Pri opredeljevanju predpostavk odškodninske odgovornosti se običajno poudarja, da mora biti ravnanje nedopustno, pri čemer zadošča, da je ravnanje (storitev ali opustitev) na splošno nedopustno, in ni treba, da bi bilo s pravno normo posebej prepovedano.«⁴

Dilemo, ki ostaja, in sicer katero ravnanje, bodisi aktivno bodisi pasivno, je v tem smislu nedopustno, pa rešuje z opiranjem na objektivno predvidljivost

² M. Dolenc, Protipravnost ravnanja države v novejši sodni praksi, v D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, GV Založba, Ljubljana 2017, str. 63.

³ Prav tam.

⁴ Vrhovno sodišče RS se tu sklicuje na B. Strohsack, Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, Obligacijska razmerja II, ČZ Uradni list RS, Ljubljana 1990, stran 23.

škodne posledice v konkretni situaciji, pri čemer se (mogoče preveč in premalo avtonomno) sklicuje zlasti na Plavšakovo.⁵

Tipičen tak je primer sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 526/2005 z dne 14. novembra 2007:

»Nedopustno ravnanje je tisto, če lahko kot njegovo posledico predvidimo možnost nastanka škode. Analiza konkretnega primera, ki temelji na tako opisanem kriteriju predvidljivosti negativne posledice ravnanja osebe, iz katere sfere izvira škodni dogodek, pokaže, da je bila tožena stranka kot upravnik objektivno sposobna predvideti, da lahko njeno ravnanje povzroči škodljive posledice. Zavedati se je morala in mogla, da stopnišče v večstanovanjski hiši vsakodnevno uporabljajo številni ljudje (lastniki stanovanj, stanovalci in drugi) in da opustitev dolžnega ravnanja vzdrževanja stopnišča lahko pripelje do poškodbe tretjih oseb, ki niso pogodbene stranke pogodbe o upravljanju.«⁶

Del sodne prakse je zaznal, da bi lahko bil za oceno, da je ravnanje protipravno, problematičen (le) kriterij objektivne predvidljivosti nastanka škode. Lep primer je sodba Okrožnega sodišča v Ljubljani VIII Pg 651/2012 z dne 26. novembra 2013,⁷ v kateri je sodišče zavrnilo zahtevek tožnikov zoper Republiko Slovenijo, ker naj ta ne bi bila preprečila, da so bili ogoljufani zaradi investiranja v Ponzijevo shemo, katere organizator (neki Marconi) je bil naposled obsojen v kazenskem postopku. Sodišče je navedlo, da:

»24. [u]poraba edino kriterija objektivne predvidljivosti nastanka škode v zvezi s sicer neposlovnimi obveznostmi, ki pa so tesno povezane s pravnim prometom (vanj so se tožniki prostovoljno spustili s sklepanjem pogodb z Marconijem in z njegovo družbo; te razsežnosti v zgoraj citirani zadevi ni bilo), bi lahko ustvarila preveliko množico odškodninskih upravičencev za nepregleden obseg škode. [...] Kriterij objektivne predvidljivosti je torej treba v teh primerih nekako omejiti; po oceni sodišča najmanj tako, da mora biti za podano protipravnost v kritičnem času očitanih opustitev objektivno (s stališča organa, ki naj bi bil zagrešil opustitev) predvidljiv specifičen tip škode, obseg škode (v smislu velikostnega reda, ne eksaktnega zneska) in (ožje od le nekega splošnega tipa oškodovancev) še nek vsaj določljivi krog

⁵ M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del)*, 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 701–706.

⁶ Podobno Vrhovno sodišče RS II Ips 315/2013 z dne 20. februarja 2014 glede medicinske napake (navaja tudi Dolenc) in mnoge druge.

⁷ Sodnik Đ. Grbović, (neobjavljena, pravnomočna s sodbo Višjega sodišča v Kopru Cpg 651/2012) povzema D. Možina, *Odškodninska odgovornost države*, GV Založba, Ljubljana 2017, str. 36–37.

oškodovancev. Ne torej predvidljiva premoženjska škoda nasploh – ampak predvidljiva denarna izguba določene velikosti določenega kroga ljudi.

25. [...] Če naj se ima namreč koga za odškodninsko odgovornega, mora biti ta v kritičnem trenutku zmožen dovolj zanesljive ocene, kaj grozi in komu. In kot naličje: na voljo mora imeti sredstva, da grožnjo odvrne.«

Po enaki poti, torej da je za obstoj protipravnosti treba še nekaj več od gole objektivne predvidljivosti škode (neko konkretnije zapovedano ravnanje proti konkretni osebi), je šlo tudi Višje sodišče v Ljubljani, ko je zavrnilo odškodninski zahtevek zoper občino, ki ni v zakonskem roku odkupila zemljišč zaradi kategorizacije občinske ceste, kot škodo pa je tožnica uveljavljala stroške zaradi plačevanja služnosti lastnikom zemljišč po predvideni trasi ceste.⁸

Primer omejitve predvidljivosti glede na naravo dejavnosti, iz katere lahko nastane škoda, je še sodba Vrhovnega sodišča III Ips 147/2009 z dne 25. septembra 2012, v kateri to pritrjuje stališču Višjega sodišča v Ljubljani v zadevi I Cpg 268/2009 z dne 23. junija 2009, da je neposlovna odškodninska odgovornost za čisto premoženjsko škodo, nastalo s pogajanjem, omejena na »negativen pogodbeni interes«, pa čeprav bi bil morda za povzročitelja objektivno predvidljiv oškodovančev »pozitivni pogodbeni interes«.⁹

Del prakse goli kriterij predvidljivosti omili z načelom pravičnosti:

»Načelo pravičnosti terja ugotovitev, da je tožnica sama prevzela tveganje negativne posledice s samovoljnim parkiranjem. Gledano objektivno (brez vrednostne presoje ravnanj) je škodni dogodek sicer vedno posledica skupnega in simetričnega delovanja vseh udeležencev. Vendar pa je temu treba dodati tudi vrednostni zorni kot (gre za potrebno moralno etično sfero presoje). Tožničino samovoljno ravnanje ima v spornem primeru tako močno konotacijo, da izključuje protipravnost zatrjevane opustitve tožene stranke, ki ni nadzorovala stanja drevesa na svojem zemljišču tako, da bi lahko preprečila nastanek škodne posledice tudi obiskovalcem, ki so na njenem zemljišču parkirali svoja vozila.«¹⁰

Tudi praksa, ki nominalno vztraja pri konceptu objektivne predvidljivosti, je problem zaznala in si zadrego prizadeva rešiti z manj strogim kriterijem, kaj se pričakuje od povprečno skrbne osebe, da predvidi. Tako je sodišče zavrnilo zahtevek v primeru, ko se je obiskovalec toženkinine zavarovanke poškodoval

⁸ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2713/2017 z dne 14. marca 2018.

⁹ Na ta primer se sklicuje tudi zgoraj omenjena sodba Okrožnega sodišča v Ljubljani.

¹⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 2/2016 z dne 19. oktobra 2017 in podobno II Ips 252/2016 z dne 21. junija 2018.

pri padcu na oljnim madežu, ki ga zavarovanka ni takoj, nemudoma po razlitju odstranila:

»Ali bo določena opustitev pripeljala do odškodninske odgovornosti, pa je odvisno od odgovora na vprašanje, ali je objektivno predvidljivo, da bi zaradi nje lahko nastal škodni dogodek. Presoditi je torej treba, ali je v okoliščinah konkretnega primera nastanek škodne posledice bil predvidljiv oziroma, ali bi oseba, ki je dolžnost opustila, ob ustrezni skrbnosti nastanek škode lahko preprečila. Vprašanje protipravnosti ravnanja se tako, v primerih kot je obravnavani, prepleta z vprašanjem krivde, torej z vprašanjem, ali je ta oseba ravnala malomarno. Od nje bi bilo namreč pretirano zahtevati, da bi predvidela možnost tožnikovega obiska prav v spornem trenutku.«¹¹

Zato lahko pričakujemo tendenco razlage pojma protipravnosti v smeri, ki se ne bo zadovoljila z golo objektivno predvidljivostjo nastanka škode.¹²

1.2. Pomik od objektivne h krivdni odgovornosti; restriktivnejša razlaga pojma nevarne stvari in dejavnosti

V OZ, tako kot tudi ne prej v ZOR, ni opredelitve pojmov nevarne stvari in nevarne dejavnosti, ki vodita do odgovornosti ne glede na krivdo, torej objektivno. Gre za pravna standarda, ki ju je treba razlagati glede na okoliščine posameznega primera. V relevantnih določbah OZ glede na ureditev v ZOR ni spremenil ničesar.¹³ Vendar je bil v praksi sodišč zlasti v zadnjem desetletju storjen zelo jasen in pomemben premik pri razlagi teh dveh pojmov, in sicer v smeri restriktivnejše razlage.

Sodna praksa v Sloveniji je bila v času ZOR glede opredelitve pojma nevarne stvari in dejavnosti zelo dobrohotna.¹⁴ Tako je denimo sodišče kot nevarno dejavnost štelo igranje nogometa, plavanje v bazenu, krvodajalstvo in plazenje v vojaški opremi.¹⁵ Tipičen (in pogost primer) starejše sodne prakse izraža na

¹¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 197/2016 z dne 17. maja 2018.

¹² Da je ta premik pri vrednotenju nujen, lepo kaže uvodoma naveden primer postavitve trgovskega centra, ki povzroči škodo manjšim trgovcem.

¹³ V čl. 131 (2) OZ popolnoma enako kot je čl. 154 (2) ZOR določa: »Za škodo od stvari ali dejavnosti, iz katerih izhaja večja škodna nevarnost za okolico, se odgovarja ne glede na krivdo.«

¹⁴ K. Plauštajner, Problem nevarne stvari v pravu, v: Pravna praksa, št. 10/95; M. Končina Peternel, Novejši razvoj odškodninske odgovornosti: Pojem nevarne stvari in nevarne dejavnosti, v: Podjetje in delo, št. 6-7/1999.

¹⁵ Cp 1201/96, II Cp 2068/94 in II Cp 518/96 (neobjavljene, navaja M. Končina Peternel, Novejši razvoj odškodninske odgovornosti: Pojem nevarne stvari in nevarne dejavnosti, v:

primer sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 149/1997 z dne 9. decembra 1997 glede presoje nevarnosti stopnic:

»Stopnice so lahko nevarna stvar, njihov imetnik je v takšnem primeru odgovoren objektivno, če postane (gibanje) premikanje po njih nevarno kljub normalni pazljivosti. Premikanje po stopnicah je lahko nevarno zaradi neustrezne gradnje stopnic (npr. zelo strme stopnice, stopnice brez ograje, neustrezna 'pohodna' ploskev stopnic, neustrezni materiali in podobno) ali neustreznega vzdrževanja stopnic (npr. mokre, mastne, ledene stopnice, dotrajani materiali in podobno).«

Taka praksa je bila enotna in ustaljena:

»V okviru poslovne dejavnosti nudenja kopalniških uslug je mokra in spolzka keramična obloga v hodniku, ki je namenjen za prehod kopalcev iz bazena v druge prostore, nevarna stvar.«¹⁶

»[...] spolzke, s snegom pokrite ploščice na poti [predstavljajo] povečano nevarnost za nastanek poškodb, torej nevarno stvar, zaradi česar je podana objektivna odgovornost toženke.«¹⁷

»[...] tekoče stopnice v trgovini glede na konkretne okoliščine ustrezajo pravnemu standardu nevarne stvari, saj [sta sodišči ugotovili, da] so ob vходу na stopnice opozorila o pravilni vožnji, ker premikajoča se tla očitno vplivajo na ravnotežje.«¹⁸

Okoliščine, ki so privedle do tega, da je neka stvar postala nevarna, so se kot značilne za presojo, da ta stvar ustreza standardu »nevarne stvari«, obravnavale tudi še po uveljavitvi OZ. Sodna praksa je večkrat zavzela stališče, da so spolzka tla kot stvar, iz katere izvira pri redni rabi in pri običajni pazljivosti večja nevarnost za uporabnika, nevarna.¹⁹

V zadevi II Ips 439/2002 z dne 15. maja 2003 pa je Vrhovno sodišče RS že napotilo na ugotavljanje krivde in je odklonilo zaključek, da so mokra in spolzka tla nevarna sama po sebi, vendar brez natančnejše konceptualne opredelitve kriterijev za nevarnost.

»Po ugotovitvah sodišč druge in prve stopnje naj bi mokra in spolzka keramična tla, v kombinaciji s hojo po stopnicah, predstavljala nevarno stvar (2. odst. 154. čl. ZOR). Tožnica je padla, ko je uporabila tako podlago na sto-

Podjetje in delo, št. 6-7/1999, op. 11).

¹⁶ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 74/1996 z dne 11. septembra 1997.

¹⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 118/1999 z dne 30. septembra 1999.

¹⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 36/1996 z dne 26. novembra 1997.

¹⁹ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 624/2001 z dne 5. septembra 2002.

pnišču, zaradi česar naj bi zavarovanec tožene stranke kot imetnik odgovarjal za povzročeno škodo ne glede na krivdo. Vendar pa take pravne razlage ni mogoče sprejeti. Ugotovljeno je namreč, da ima stopnišče normalen nagib, zaradi lokacije na javnem kopališču, kjer je mokrota tal običajna, je obloženo s protizdrsnimi keramičnimi ploščicami, ki so celo ustrezno protizdrsko premazane, poleg tega pa je zaščiteno ob straneh in po sredini z držalom za roke. To že pojmovno ni nevarna stvar [...].«

Še bolj jasen premik je bilo opaziti v sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 571/2005 z dne 21. februarja 2008:

»Poledenela tla niso varna in tudi hoja po njih ni varna. Toda za obstoj objektivne odškodninske odgovornosti mora biti nevarnost povečana, neobičajna. Objektivna odgovornost je namreč posledica spoznanja, da nekaterih nevarnosti kljub zadostni skrbnosti ni mogoče imeti vselej pod kontrolo in jih obvladovati ter da kljub še tako veliki skrbnosti ni moč preprečiti nastanka praviloma znatne škode. Poledenela tla v zimskem času, še posebej, ko ves dan sneži in je temperatura pod lediščem, ne predstavljajo nevarnosti, ki bi bila v zimskem času neobičajna in ne predstavljajo tako velikega dejavnika tveganja, da bi bilo mogoče sestop na takšna tla [...] ovrednotiti kot nevarno dejavnost.«

Tudi v odločbah pritožbenih sodišč je bil kmalu opazen nov trend utemeljevanja in vrednotenja. V primeru padca na mokrih avtobusnih stopnicah je Višje sodišče v Ljubljani presodilo, da je lahko podana kvečjemu krivdna odgovornost, ker stopnice pojmovno niso nevarne, izčrpnije pa je to utemeljilo takole:

»Že po splošnem interpretacijskem pravilu se izjeme tolmačijo ozko. Bolj konkretno pa velja, da sodobna sodna praksa odškodninskega področja oži doseg objektivne odgovornosti predvsem na dejavnosti, ki same po sebi, manj pa glede na vsakokratne okoliščine primera, pomenijo povečano nevarnost. Če namreč iz same dejavnosti ne izhaja nevarnost, ki presega običajno raven, dejavnost pa postane nevarna šele zaradi določenih okoliščin, je povzročitev teh okoliščin večinoma možno pripisati ravnanju (vključno z opustitvami) določenih oseb. Podobna, a obrnjena situacija, kjer dejavnost sama po sebi je nevarna, vendar se jo da nevtralizirati z ustrezno pazljivostjo, prav tako ne spada k 'nevarni dejavnosti' v smislu 173. čl. ZOR [...]. Če namreč obstaja možnost očitka neustreznega ravnanja, potem je po oceni sodišča takšne primere bolj ustrezno presojati v okvirih krivdne odgovornosti in ni razlogov, da oškodovance varuje institut objektivne odgovornosti. Takšen očitek (pravopolitično) sili tiste, ki ravnajo neustrezno, da svoje ravnanje v prihodnosti uskladijo s tem, kar se od njih glede na njihov položaj pričakuje. Objektivna odgovornost je pridržana za obravnavanje tistih dejavnosti,

iz katerih kljub ustrezni pazljivosti izhajajo nadpovprečni riziki za varnost ljudi in premoženja.«²⁰

V naslednjem primeru kratko in jasno takole:

»Kadar stvar, ki sicer ni nevarna (suha tla), postane nevarna (spolzka tla) zaradi določenih okoliščin (polito milo), je treba ugotoviti, ali je kdo (konkretno pa tožena stranka oz. njen zavarovanec) kriv za nastop teh okoliščin.«²¹

Danes ni več dileme, da je to enotna in ustaljena sodna praksa:

»Stvar, ki je postala nevarna zaradi napačne uporabe ali zaradi zatrevane opustitve dolžnega vzdrževanja, po ustaljeni sodni praksi ni nevarna stvar v pomenu zakonskih določb o objektivni odgovornosti.«²²

Objektivna odgovornost zaradi povečane nevarnosti je pridržana zlasti za pogonska prevozna sredstva (osebni avtomobil, vlak), delovne stroje,²³ orožja oziroma eksplozivna sredstva²⁴ in dejavnosti, kot so delo na višini ali v predorih oziroma pod zemljo. Razlaga pojmov nevarne stvari in dejavnosti je ustrezno restriktivna, omejena na primere, ko škoda kljub ustreznemu ravnanju (skrbnosti) nastane pogosto in v znatnem obsegu.²⁵

1.3. Posebej o rizikih športa

Sodna praksa razmeroma pogosto obravnava tudi primere poškodb pri različnih športnih aktivnostih, pri katerih je ocena, ali gre za nevarno dejavnost oziroma koga je treba šteti kot tistega, ki se z njo ukvarja, nekoliko drugačna oziroma specifična.

²⁰ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2413/2008 z dne 8. oktobra 2008; enako sodbi Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 3240/2007 z dne 26. marca 2008 in II Cp 3572/2011 z dne 16. maja 2012.

²¹ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 2883/2013 z dne 22. januarja 2014.

²² Na primer sodbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 787/2009 z dne 25. aprila 2013, II Ips 297/2011 z dne 30. maja 2013 in II Ips 269/2012 z dne 20. junija 2013.

²³ Na primer rovokopač v obratovanju (sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 5/2016 z dne 31. maja 2016), električna mesoreznica (sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 110/2016 z dne 11. oktobra 2016), viličar (sodba Vrhovnega sodišča RS VIII Ips 131/2017 z dne 19. septembra 2017) idr.

²⁴ Na primer prižgana petarda (sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 55/2013 z dne 5. februarja 2015), pištola, revolver, detonator (sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 600/1999 z dne 8. junija 2000) ipd.

²⁵ Ni pa izrecno odgovorjeno, ali sta ta dva pogoja dejansko kumulativna ali alternativna.

Vrhovno sodišče RS je večkrat jasno izrazilo, da izvajanje (običajnih) športnih aktivnosti ni nevarna dejavnost.²⁶ Že dolgo velja, da udeleženci vseh športnih aktivnosti, ki se jih udeležijo prostovoljno – ob predpostavki, da se aktivnost odvija v okviru sprejetih pravil tega športa – privolijo v rizike, iz katerih grozi nastanek škode, ki bi jim lahko nastala ob izvajanju izbrane športne aktivnosti.²⁷

Med take športne aktivnosti spadajo tudi borilne veščine, na primer judo. Gre namreč za zvrst borilne veščine, po pravilih katere niso dovoljeni nevarni prijemi in udarci. Ta športna aktivnost se vsakodnevno odvija, poškodbe pa so redke. Sama narava juda je taka, da je riziko poškodb majhen.²⁸ Glede škode pri kontaktnih igrah z žogo velja, da vsak prekršek (kršitev športnih pravil, pravil igre) še ne pomeni nedopustnega ravnanja kot elementa odškodninske obveznosti. Majhnih odstopanj od pravil športne igre, storjenih iz malomarnosti, ki so pri nekaterih športnih igrah že normalen pojav, ni mogoče opredeliti za protipravna in nedopustna dejanja.²⁹

Obstajajo pa seveda tudi nevarni športi, na primer jadrarno padalstvo, ki po stališču sodne prakse pomenijo nevarno dejavnost v smislu čl. 149 OZ.³⁰ Tu sodna praksa razlikuje med primeri, ko je izvajanje športne aktivnosti obvezno (tipičen primer je športno urjenje policistov in vojakov), in primeri, ko se posameznik za udeleževanje pri športu odloči sam, prostovoljno, zaradi rekreacije oziroma zabave.³¹

Tako je v zadevi II Ips 222/2005 z dne 26. aprila 2007, v kateri je šlo za poškodbo športne padalke, Vrhovno sodišče RS zavzelo stališče, da društvo ne more biti v vsakem slučaju odgovorno za rizike, ki so povezani s padalstvom kot nevarnim športom. Pri tem je poudarilo njeno prostovoljno vključitev v društvo, posledično pa zavedanje rizikov in nevarnosti ter pristanek nanje. Drugače je v primeru, ko gre za poškodbo pri športu, če ta pomeni delovno

²⁶ Več D. Možina, *Odškodninska odgovornost za poškodbe v športu*, v: V. Bergant Rakočević et al., *Šport in pravo*, GV Založba, Ljubljana, 2008, str. 277–279 in 285–286.

²⁷ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 691/1996 z dne 14. maja 1998 (košarka, vojak).

²⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 562/2005 z dne 7. decembra 2006.

²⁹ Glej sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 108/2016 z dne 5. januarja 2017; za analizo primera glej J. Praprotnik, *Presoja protipravnosti pri nogometnih prekrških*, v: *Pravna praksa*, št. 12-13/2017.

³⁰ Glej zadeve Vrhovnega sodišča RS II Ips 743/2009 z dne 21. februarja 2013, II Ips 222/2005 z dne 26. aprila 2007, pa tudi odločitve nižjih sodišč (odločitvi Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1835/2004 in II Cp 125/2018).

³¹ Prim. sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 143/2013 z dne 28. maja 2015 (soteskanje).

obveznost. Vrhovno sodišče RS je v zadevi II Ips 743/2009 z dne 21. februarja 2013, ko je tudi šlo za nesrečo v primeru letenja z jadrlnim padalom, objektivno odgovornost tožene stranke utemeljilo in razložilo na okoliščini, da se je oškodovanec (vojak Slovenske vojske) poškodoval v okviru opravljanja svojih delovnih obveznosti.

Tudi v zadevi II Ips 284/2016 z dne 30. avgusta 2018, v kateri je šlo za hudo poškodbo pri kolesarskem spustu (angl. *downhill*), je Vrhovno sodišče RS izreklo, da posameznik, ki se športne dejavnosti udeleži prostovoljno, soglaša z riziki, ki jih ta šport prinaša, in da je zato pojmovno izključena uporaba pravil o objektivni odgovornosti (v tem primeru organizatorja nevarne športne dejavnosti).

Ko gre za poškodbo pri nevarnem (adrenalinskem) športu, ima lahko odgovornost podlago v kršitvi pogodbe, na primer jadranje v tandemu.³²

1.4. Odgovornost imetnika živali

ZOR ni vseboval posebnih določb glede odgovornosti imetnikov živali. OZ je to praznino zapolnil z določbo čl. 158.³³ Vendar je bilo že pred uveljavitvijo OZ v sodni praksi uveljavljeno stališče, da lastnik psa odgovarja za škodo, ki jo ta povzroči drugim, če ne dokaže, da je poskrbel za potrebno varstvo in nadzorstvo. Tako pravilo se je izoblikovalo na podlagi paragrafa 1320 Občnega državlanskega zakonika (ODZ).³⁴ Pravni standard dolžnega nadzorstva je v konkretnih primerih napolnjevala sodna praksa in se je dokaj enotno vsebinsko izoblikoval.³⁵ Lepo ga je povzemala sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 462/2004 z dne 16. februarja 2006: »Za potrebno nadzorstvo je tako poskrbljeno, kadar je takšno, da je psu onemogočeno, da bi koga poškodoval. Prilagojeno mora biti vsaki situaciji.« Že tako ali tako stroga odgovornost pa je bila še strožja, če je bil pes nevarnejši, močnejši, bolj podivjan. Lastnik psa je

³² Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 125/2018 z dne 25. aprila 2018, kjer je šlo za poškodbo turistke, ki se je poškodovala pri skoku s padalom v tandemu.

³³ »(1) Za škodo, ki jo povzroči nevarna žival, je odgovoren njen imetnik. (2) Za škodo, ki jo povzroči domača žival, je odgovoren njen imetnik, razen če dokaže, da je poskrbel za potrebno varstvo in nadzorstvo.«

³⁴ »Ako žival koga poškoduje, je za to odgovoren tisti, kdor jo je k temu izpodbodel, dražil ali zanemaril jo zavarovati. Kdor žival redi, je odgovoren, ako ne dokaže, da je poskrbel za potrebno varstvo ali nadzorstvo.« (Nov. III, § 164.)

³⁵ Prim. na primer sodbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 173/95 z dne 5. junija 1996, II Ips 316/98 z dne 24. februarja 1999, II Ips 458/97 z dne 24. septembra 1998, II Ips 33/97 z dne 23. aprila 1998 in II Ips 637/2001 z dne 4. julija 2002.

odgovarjal tako tudi v primeru, kadar se je pes strgal z verige. Vsebino nadzora pa nazorno izraža zaključek jedra v zadevi II Ips 360/2001: »Gospodar mora psa obvladati.«

Tak razvoj sodne prakse je upošteval tudi zakonodajalec. Določba čl. 158 OZ je v primerjavi z določbo paragrafa 1320 ODZ še nekoliko ostrejša. V čl. 158 (2) OZ vsebuje vsebinsko podobno besedilo, kot je bilo tisto v paragrafu 1320 ODZ, nanaša pa se na škodo, ki jo povzroči domača žival. Zanj odgovarja njen imetnik, razen če dokaže, da je poskrbel za potrebno varstvo in nadzorstvo. Stopnja skrbnosti, ki se od imetnika zahteva, je sorazmerna nevarnosti živali. Kadar je žival tako nevarna, da ustreza pravnemu standardu nevarne živali iz čl. 158 (1) OZ, imetnikova skrbnost ni več relevantna. Njegova odgovornost je v takem primeru objektivna.

2. ODGOVORNOST ZA DELAVCA

2.1. Pomen delovnega razmerja

V čl. 147 (1) OZ (praktično enako kot prej ZOR v čl. 170 in 171) ureja odgovornost za drugega, konkretno za delavca:

»Za škodo, ki jo povzroči delavec pri delu ali v zvezi z delom tretji osebi, odgovarja pravna ali fizična oseba, pri kateri je delavec delal takrat, ko je bila škoda povzročena, razen če dokaže, da je delavec v danih okoliščinah ravnal tako, kot je bilo treba.«

Sodna praksa v teh primerih je razmeroma obsežna. Iz nje želim izpostaviti tri stališča.

Prvo je bolj splošno, in sicer to, da je treba šteti povzročitelja za delavca v smislu čl. 147 OZ tudi v primeru, če med njim in delodajalcem ni formalnega delovnega razmerja. Odgovornosti za škodo, ki jo delavec povzroči pri delu, po stališču sodne prakse ni sprejemljivo omejevati le na njegovega delodajalca. Poleg njega lahko odgovarja tudi izvajalec oziroma naročnik del, predvsem tedaj, ko organizira, odreja in nadzira delo, ko mu torej delodajalec delavce le »posodi«. ³⁶ Gre za široko aplikativno stališče, saj se lahko razteza tudi na druge

³⁶ Odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 634/2004 z dne 12. januarja 2006, II Ips 438/2007 z dne 29. januarja 2009, II Ips 199/2007 z dne 28. junija 2010, II Ips 659/2007 z dne 2. decembra 2010, II Ips 21/2012 z dne 13. septembra 2012, II Ips 21/2012 z dne 13. septembra 2012, II Ips 807/2009 z dne 9. maja 2013 in druge.

oblike pravno formalnega (pravno poslovnega) sodelovanja, ki danes pogosto »nadomeščajo« klasično delovno razmerje, na primer opravljanje dela prek s. p. in podobno.

2.2. Odgovornost cerkve za spolne zlorabe duhovnikov

S tem povezano je naslednje stališče, in sicer gre za odločbo, ki zadeva vprašanje, ali cerkev kot delodajalec odgovarja za škodo, ki jo povzročijo duhovniki, torej ali je tudi njuna vez za potrebe odškodninskega prava kvalificirana kot delovno razmerje. Vrhovno sodišče RS je v zadevi, v kateri je šlo za škodo zaradi spolne zlorabe duhovnika, na to vprašanje odgovorilo pritrdilno, kar je v jedru obrazložilo takole:

»Državno pravo Katoliški cerkvi dopušča svobodno delovanje v skladu s kanonskim pravom tudi na t. i. mešanih področjih, dokler to delovanje ne trči ob pravni red Republike Slovenije. Notranje razmerje med duhovnikom in Katoliško cerkvijo ter vprašanje njunih medsebojnih pravic in obveznosti sta tako pridržana presoji po kanonskem pravu. Katoliška cerkev tudi svobodno opravlja katehezo, ko pa pri njej vstopa v družbena razmerja s tretjimi, mora spoštovati pravni red Republike Slovenije. Čeprav odškodninske odgovornosti toženk do tretjih za ravnanje pokojnega duhovnika ni po določbah cerkvenega avtonomnega pravnega reda, lahko toženke odškodninsko odgovarjajo po civilnem pravnem redu Republike Slovenije, ki ureja odškodninsko odgovornost pravnih oseb za ravnanje njihovih delavcev. V razmerju do tretjih je tisti, ki poučuje verouk, s Katoliško Cerkvijo, znotraj nje pa s posamezno župnijo, v kateri opravlja veroučno vzgojo, z njo predpostavljeno škofijo, nadškofijo, v katero je ta povezana, lahko pa tudi z ostalimi, bližnjimi pravnimi osebami znotraj Katoliške Cerkve, funkcionalno povezan do te mere, da to opravlja pod njihovim vodstvom oziroma oblastjo, kot del njihovega poslanstva oziroma naloge in s tem tudi v njihovem interesu. To pa je delovno razmerje v smislu obligacijskega prava, ki narekuje delodajalčevo odgovornost, če delavec škodo s spolnim nadlegovanjem povzroči pri učenju verouka (čeprav neposredno po njem).

Katoliški cerkvi in institucijam znotraj nje priznana avtonomija ne pomeni le, da svobodno odločajo o tem, kateri izmed njih bo podeljena pravna osebnost in kateri ne, pač pa tudi, da te v z njihovim temeljnim delovanjem povezana družbena razmerja s tretjimi vstopajo kot eno. Njihova notranja pravila se tretjih ne tičejo, zato mora veljati tudi obratno: toženke se v razmerju do tretjih nanje ne morejo sklicevati.«³⁷

³⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 64/2014 z dne 26. novembra 2015.

2.3. Neposredna odgovornost novinarjev (vprašanje naklepa)

Naslednje stališče sodne prakse, ki je povezano z odgovornostjo za delavca, zadeva ožje oziroma specifično področje dela, in sicer novinarstvo, gre pa za vprašanje neposredne odgovornosti delavca (novinarja), ki je odvisno od stopnje njegove krivde. Gre za določbo čl. 147 (2) OZ, ki določa, da ima oškodovanec pravico zahtevati povrnitev škode tudi neposredno od delavca, če je ta škodo povzročil namenoma. Ker se v okviru načela domnevane krivde domneva le navadna malomarnost, mora oškodovanec naklepno povzročitev škode delavca v tožbi zatrjevati in dokazati.³⁸ Vendar Vrhovno sodišče RS šteje, da delo novinarja že po naravi stvari predpostavlja namen:

»Novinarskega članka po naravi stvari ni moč napisati in objaviti drugače kot namenoma. V tem kontekstu se namen nanaša na zavest o žaljivosti (neresničnosti) izjave in na hotenje novinarja, da se žaljiva (neresnična) izjava posreduje – kar predstavlja škodo v smislu drugega odstavka 170. člena ZOR [...] Zmotno je zato revizijsko naziranje, da se mora namen pisanja novinarskega članka nanašati na povzročitev nepremoženjske škode pri razžaljenemu.«³⁹

To stališče je predmet kritik, na katere pozneje še ni bilo odgovorjeno. Kritika očita, da se dela umetna razlika med izvedbo dela novinarja in drugimi »delavci« in da naklepna povzročitev škode ne more kar samodejno, v vseh primerih, izhajati kar iz narave izvedbe konkretnega dejanja (pisanja članka), katerega rezultat je lahko škodljiv ali pa ne.⁴⁰

3. VZROČNA ZVEZA GLEDE OBSEGA ŠKODE

Sodna praksa nekaj časa ni priznavala pomena razlikovanja med predvidljivostjo škodnega dogodka in predvidljivostjo konkretne pojavne oblike škode.

³⁸ Glej Strohsack B., Obligacijska razmerja I, II, Uradni list RS, Ljubljana 1998, str. 294 in 295.

³⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 326/2009 z dne 6. decembra 2012.

⁴⁰ Mežnar Š., Odškodninska odgovornost novinarjev in urednikov po 147. členu OZ – dileme v sodni praksi, v: Delavci in delodajalci, št. 1/2014, letnik XIV, str. 41–65. Drugače tudi nekatera višja sodišča – glej na primer zadeve Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 4698/2010 z dne 28. septembra 2011, II Cp 1990/2013 z dne 25. septembra 2013 in I Cp 2301/2014 z dne 26. novembra 2014.

Pravno mnenje občne seje Vrhovnega sodišča RS z dne 15. decembra 1998⁴¹ glede vprašanja priznanega obsega nepremoženjske škode se je glasilo takole:

»Kadar se med elemente, ki so soprispevali k nastanku škode, vključijo posebne lastnosti ali stanja samega oškodovanca, je treba vse okoliščine, ki so v zvezi z nastankom škode, posebej skrbno raziskati, saj te okoliščine lahko predstavljajo tudi enega od več pravno relevantnih vzrokov in lahko pripeljejo do deljene vzročnosti.«

S tem se je sodna praksa tudi glede obsega nastale škode, ne le glede njenega nastanka (tj. nastopa škodnega dogodka), opredelila za teorijo adekvatne vzročnosti. V posledici tega so sodišča pravzaprav v vseh primerih telesnih poškodb natančno, s pomočjo ustreznih strokovnjakov, ugotavljala in razločevala posledice, ki so povzročene s škodnim dogodkom (na primer prometno nesrečo), od tistih, ki z njimi sovpadajo, izvirajo pa iz nekega drugega vzroka, na primer bolezni. Celo v primerih, v katerih se predobstoječe bolezensko stanje ni manifestiralo, so ga sodišča štela za relevanten sovzrok popoškodbenega stanja. Tipičen primer take prakse je na primer zadeva Vrhovnega sodišča RS II Ips 168/2000 z dne 8. novembra 2000, ko je sodišče tožniku, ki ga je toženec poškodoval v napadu, prisodilo le 25 odstotkov primerne denarne odškodnine kot zadoščenje zaradi težav s hrbtenico, ki so nastopile ob poškodbi. Izvedenec je ugotovil, da bi zaradi obstoječih degenerativnih poškodb težave sicer nastopile šele pozneje.

Podobno, še bolj izrecno je Vrhovno sodišče RS obrazložilo v zadevi II Ips 946/2006 z dne 6. marca 2008: tožnici ni prisodilo odškodnine za duševne bolečine zaradi zmanjšanja življenjske aktivnosti zaradi težav z vratno hrbtenico. Ugotovilo je, da izrazite degenerativne spremembe vratne hrbtenice do škodnega dogodka sicer niso povzročale večjih kliničnih manifestacij in je poškodbo sicer mogoče šteti kot sprožilni moment za poznejše klinično javljanje, vendar so degenerativne spremembe tako napredovale, da je mogoče sedanje tožničine težave pripisati tem napredovalnim spremembam vratne hrbtenice. Pojav večjih težav je tako delno posledica poškodbe, delno pa bolezenskih, degenerativnih sprememb, vendar se je ta deljeni vzrok s potekom časa tako spreminjal, da se je vzrok iz nesreče manjšal, hkrati pa se je povečeval vzrok bolezenskega stanja.

⁴¹ Pravna mnenja 1998/2, str. 12.

Vrhovno sodišče RS je dolgo in strogo vztrajalo pri stališču, da se je treba opredeliti za deljeno vzročnost in da odgovorna oseba odgovarja le za tisti del škode, ki jo je mogoče pripisati njenemu ravnanju.⁴²

Stališče, da poškodovalec odgovarja le za tisto škodo (njeno konkretno pojavno obliko), ki je adekvatna škodnemu ravnanju, je bilo predmet ostrih kritik.⁴³ Nasprotniki smo zagovarjali tako imenovano doktrino jajčne lupine oziroma tanke kože (angl. *eggshell skull*, *thin skin*), to je prepričanje, da mora odgovorna oseba sprejeti oškodovanca takega, kot je. Tudi zato, ker je na primer pri zmanjšanju življenjskih aktivnosti pravno priznana (nepremoženjska) škoda subjektivno trpljenje oškodovanca (duševne bolečine) in ne zgolj objektivno zmanjšanje aktivnosti. Pri tej vrsti škode je torej odločilno, ali so bili prejšnji bolezenski ali poškodbeni znaki izraženi toliko, da so že vplivali na zmanjšanje življenjskih aktivnosti tako, da je to oškodovancu povzročalo duševne bolečine.

Sodna praksa se je začela odmikati od predstavljenega načelnega mnenja najprej v primerih, ko se obstoječa bolezenska stanja pri oškodovancih, zaradi katerih je bila škoda večja (od »povprečne«, »pričakovane«, »adekvatne«), še niso manifestirala. V sodbi II Ips 636/2005 z dne 27. septembra 2007 je Vrhovno sodišče RS zapisalo, da ni mogoče sprejeti stališča, da degenerativne spremembe, zaradi katerih oškodovanec pred škodnim dogodkom ne trpi nobenih telesnih bolečin, duševnih bolečin ali strahu, pomenijo škodo, zaradi katere bi bilo treba odškodnino zmanjšati. Če oškodovanec zaradi degenerativnih sprememb pred škodnim dogodkom ni trpel nobene škode, sodišče odškodnine ne sme znižati. Sodišče je pri tem opozorilo še, da presoje tega pravnega vprašanja sodišča ne smejo prepuščati izvedencem. Nadalje mora biti po mnenju sodišča položaj oškodovanca tak, kot da ni bilo škodnega dogodka, in povzročitelj naj plača vso škodo, ki jo je povzročil. Sodišče je izreklo še: degenerativne spremembe pri 43-letnem oškodovancu, zaradi katerih pred nezgodo ni imel nobenih težav, niso nenormalna, nenavadna okoliščina, zaradi katere bi bila škoda nesorazmerno večja. Škodo v takem obsegu, kot jo je utrpel tožnik, je mogoče predvideti in ni nenavadna po splošnih življenjskih izkušnjah. Zato je zaključilo, da

⁴² Tako sodbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 654/2005 z dne 6. septembra 2007, II Ips 552/2002 z dne 23. oktobra 2003, II Ips 170/2005 z dne 1. februarja 2007, II Ips 313/2003 z dne 27. novembra 2003 ter številne druge.

⁴³ Zlasti N. Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana 2003, 1. knjiga, str. 707–716. Pozneje tudi V. Bergant Rakočević, *Kritika teorije o adekvatni vzročnosti in dileme novejši sodne prakse*, v: *Pravna praksa*, št. 3-4/2009.

ni materialnopravno pravilna presoja, da mora tožnik sam trpeti tisti del škode, ki ga je pripisati degenerativnim spremembam.

Ključni premik je bila sodba II Ips 625/2008 z dne 6. oktobra 2008, v kateri je Vrhovno sodišče RS izrecno izreklo: če je zaradi osebnega stanja oškodovanca obseg škode neobičajno večji, nima to nobenega vpliva na vprašanje obstoja vzročne zveze med ravnanjem in škodnim dogodkom, saj je predvidljivost (adekvatnost) posledic dejanja pri ugotavljanju vzročne zveze upoštevno presojana v razmerju do škodnega dogodka.

Izraženo stališče iz zadeve II Ips 625/2008 je Vrhovno sodišče RS ponovilo še 18. junija 2009 v sodbi in sklepu II Ips 1198/2008: »Ker je šele škodni dogodek povzročil manifestnost degenerativnih sprememb v rami, je celoten obseg škode v vzročni zvezi s škodnim dogodkom«; in v sodbi II Ips 1094/2008 z dne 17. aprila 2009:

»Okoliščina, da je zaradi osebnega stanja oškodovanke obseg škode večji, ne vpliva na vprašanje obstoja vzročne zveze med ravnanjem in škodnim dogodkom. Predvidljivost (adekvatnost) posledic dejanja se pri ugotavljanju vzročne zveze upošteva le v razmerju do škodnega dogodka. Ob pravilni uporabi teorije o adekvatni vzročnosti bi zato morali sodišči tožnici odmeriti odškodnino glede na vse telesne omejitve, ki izvirajo iz zloma ledvenega vretenca in zaradi katerih duševno trpi.«

Deljena vzročnost naj bi bila tako pridržana za primera, ko oškodovančevo stanje sicer ni v celoti posledica škodnega dogodka, ampak so k njem prispevale naknadne, zunanje okoliščine (in ne njegovo predhodno stanje).⁴⁴

S tem je bila, čeprav ne nominalno, dokončno sprejeta teorija jajčne lupine. Sodna praksa se je jasno odmaknila od pravnega mnenja in opustila teorijo o adekvatni vzročnosti pri ugotavljanju obsega povzročene škode. Da mora odgovorna oseba poškodovanca sprejeti takega, kot je, ne pa računati na (povprečno) zdravega, ali pa na razmeroma mladega oškodovanca, je postala uveljavljena praksa pritožbenih sodišč, ki odškodnin niso več nižala na primer zaradi predhodno ugotovljenih degenerativnih sprememb, zaradi katerih oškodovanec pred škodnim dogodkom ni trpel. Sodišča zdaj redno štejejo, da predhodno zdravstveno stanje oškodovanca, ki se pred škodnim dogodkom ni izražalo v obliki bolečin ali drugih nevšečnosti, ne more pomeniti prispevka oškodovanca k škodi, saj ne gre za njegovo krivdno ravnanje.

⁴⁴ Tako denimo sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 253/2013.

Le v skrajnih primerih sodna praksa doktrino *eggshell skull* odkloni s sklicevanjem na adekvatnost in škodnega dogodka ne šteje za vzrok, če je zelo oddaljen in je le malo prispeval k razvoju škode. V nekem delovnem sporu je tožnici uspelo dokazati, da ji je bilo delovno razmerje odpovedano nezakonito in je bila sprejeta nazaj na delo. Po tem se je pri tožnici razvila akutna stresna motnja, pozneje pa še prilagoditvena motnja, vendar je bil njen zahtevek za povrnitev nepremoženjske škode proti delodajalcu zavrjen. Sodišče je navedlo, da ob pravilnem upoštevanju teorije o adekvatni vzročnosti

»[m]ed razlogi, ki so vplivali na takšno tožnično doživljanje, ni šikanoznega in neprimerne delovanja tožene stranke, pač pa so bili razlogi v tožnični osebni strukturiranosti, v pojavu drugih bolezenskih težav, nižjih spominskih kapacitet in nesposobnosti koncentracije.«⁴⁵

Teorija sicer opozarja, da je treba biti pri vseh premikih v vrednotenju (tu izrazito v korist oškodovancev) zadržan.⁴⁶ Da gre za težko in tudi v prihodnje še aktualno dilemo, nakazuje sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 133/2016 z dne 16. novembra 2017, v kateri je sodišče najprej povzelo tako stališče obravnavanega pravnega mnenja kot tudi nasprotno teorijo jajčne lupine, potem pa se ni opredelilo ne za eno ne za drugo, temveč navedlo:

»Položaj, ko mora sodišče tehtati, ali določeno osebno stanje ali lastnost oškodovanca, ki je prispevalo k nastanku škodne posledice ali njenem večjem obsegu, glede na okoliščine konkretnega primera lahko predstavlja pravno relevanten sovzrok, nastopi le v primeru obstoja takšnega osebnega stanja ali lastnosti. V obravnavanem primeru ta nista bila ugotovljena.«

4. ODŠKODNINA ZA NEPREMOŽENJSKO ŠKODO

4.1. Določanje višine

4.1.1. Individualizacija in objektivizacija

Pravila in način določanja višine odškodnine za nepremoženjsko škodo se od ZOR do OZ niso spremenila. Glavni vodili pri zapolnjevanju pravnega standarda »pravična denarna odškodnina« iz čl. 179 OZ (prej čl. 200 ZOR) sta načelo individualizacije in načelo objektivne pogojenosti. Drugo je pravzaprav

⁴⁵ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 132/2016 z dne 20. aprila 2016.

⁴⁶ A. Polajnar Pavčnik, Nove težnje v (slovenskem) odškodninskem pravu, v: M. Pavčnik in A. Novak (ur.), (Ustavno)sodno odločanje, GV Založba, Ljubljana 2013, str. 288.

vodilno, prvo pa je nekakšen korektiv.⁴⁷ Prvo načelo zahteva upoštevanje stopnje in trajanja bolečin in strahu ter izhaja iz spoznanja, da je posameznik nepovnljiva in nerazdružljiva celota telesne in duševne biti. Načelo objektivne pogojenosti višine odškodnine pa zahteva upoštevanje objektivnih materialnih možnosti družbe ter sodne prakse v podobnih primerih nepremoženjskih škod. Izraža tudi ustavni načeli enakosti pred zakonom in enakega varstva pravic, na podlagi katerih se morajo enaki primeri obravnavati enako, različni pa različno.⁴⁸

Opazen je trend prevlade načela objektivizacije. Ta se izrazito kaže na primer tam, kjer se oškodovanci zaradi popoškodbene prizadetosti (ali pa tudi predhodnega stanja) ne zavedajo svojega stanja in tedaj duševnih bolečin ne morejo trpeti, pa jim sodna praksa kljub temu priznava odškodnino za nepremoženjsko škodo.⁴⁹

Predvsem gre torej za umeščanje obravnavane škode v razmerja med lažjimi, srednjimi in težjimi škodami,⁵⁰ nato pa se upošteva še vse individualne okoliščine primera, in sicer zlasti starost in poklic oškodovanca. Merilo za primerjavo ustreznega denarnega zneska odškodnine v različnih obdobjih je neto povprečna plača na zaposlenega v Republiki Sloveniji. Za vzporejanje primerov po vrsti poškodbe pa splošno velja Fischerjev sistem razvrščanja telesnih poškodb.⁵¹ Poleg vrste poškodbe se lahko objektivno primerja še jakost in trajanje bolečin ter nevšečnosti in funkcionalne ter anatomske posledice poškodbe. Javno objavljene so vse odločbe pritožbenih sodišč in Vrhovnega sodišča RS.⁵²

Pomembno je, da je določanje višine odškodnine povsem v domeni rednih sodišč, pri čemer za enotno sodno prakso skrbi Vrhovno sodišče RS. Ustavno

⁴⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 387/1998 z dne 15. julija 1999. Drugače sicer sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 574/2009 z dne 24. septembra 2009.

⁴⁸ Gre za standardno obrazložitev. Nazadnje Vrhovno sodišče RS tako vnovič v sodbi II Ips 99/2016 z dne 12. aprila 2018.

⁴⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 224/2014 z dne 12. februarja 2015. Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 110/2010: »Materialnopravno zmotno je stališče drugostopenjskega sodišča, da je tožnica zato, ker je že pred nesrečo imela insuficientno umsko zmogljivost upravičena do nižje odškodnine.«

⁵⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 247/2015 z dne 5. novembra 2015.

⁵¹ Več D. Jadek Pensa et al., Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, GV Založba, Ljubljana 2001, str. 15 in nasl.; ter A. Berger Škrk, Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, GV Založba, Ljubljana 2010, str. 69 in nasl.

⁵² <http://www.sodnapraksa.si/>

sodišče RS v določanje višine odškodnine ne posega. Stališče je izraženo v sklepu Ustavnega sodišča RS Up 282/00 z dne 11. junija 2001:

»Vrhovno sodišče, ki ima pregled nad celotno sodno prakso in njenimi tren-di, v bistveno boljšem položaju za zagotavljanje uravnoteženih in usklajenih kriterijev za višino odškodnine za primerljive škode kot bi to lahko storilo Ustavno sodišče. Posebej pri problematiki višine odškodnin za nepremo-ženjske škode in njihove primerljivosti je zato utemeljen zadržan pristop Ustavnega sodišča. Le v posebej očitnih primerih velikih odstopanj višine odškodnin bi zato Ustavno sodišče lahko ugotovilo kršitev pravice do ena-kega varstva pravic v postopku (22. člen Ustave).«⁵³

4.1.2. Uporaba prostega preudarka

Pomembna materialnoppravna določba v zvezi z določanjem višine škode je čl. 216 Zakona o pravdnem postopku, ki sodišču omogoča, da odškodnino določi po prostem preudarku, če se ugotovi njen temelj, ugotavljanje višine pa ni mogoče oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami.⁵⁴ Kljub razmeroma velikemu številu zadetkov v bazi sodne prakse pritožbenih sodišč in Vrhovnega sodišča se je v praksi ta določba v resnici redko uporabila.

Ocena škode po prostem preudarku je najbolj priročna za ugotavljanje izgubljene dobička, ker ta vedno vsebuje oceno nekega hipotetičnega dejstva (kaj *bi* po rednem teku stvari nastalo). Vendar je Vrhovno sodišče RS (tudi) v takih primerih uporabo prostega preudarka dolgo zavračalo oziroma omejevalo, češ da je tudi v teh primerih čim natančnejša opredelitev višine škode trditveno in dokazno breme tožnika, saj da sojenje po prostem preudarku ne temelji na ugibanju. Tipično obrazložitev takega stališča najdemo v sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 62/2015 z dne 2. junija 2016:

»Izgubljeni dobiček je dohodek, ki bi ga bilo mogoče utemeljeno pričako-vati, a ga zaradi nastopa škodnega dogodka ni bilo mogoče doseči. Njegov izračun je vedno hipotetična ocena dejstva, ki ni nastopilo. Materialno tr-ditveno in dokazno breme za dejstva, ki vodijo do zaključka o izgubljenem dobičku, leži na strani tožnika. Opravljal je delo podjetnika, zato njegov izgubljeni dobiček predstavlja razliko med tistimi prihodki, ki bi jih ustvaril, če škodnega dogodka ne bi bilo, in tistimi odhodki, ki bi mu v zvezi s temi prihodki nastali (variabilni stroški). Izhodišče za njegov izračun je obseg po-

⁵³ Več A. Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 332.

⁵⁴ »Če se ugotovi, da ima stranka pravico do odškodnine, do denarnega zneska ali do nado-mestnih stvari, pa se višina zneska oziroma količina stvari ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, odloči sodišče o tem po prostem preudarku.«

slovanja, o katerem praviloma sklepamo na podlagi podatkov o poslovanju v preteklosti. Čeprav je izgubljeni dobiček ocena hipotetičnega dejstva, o njem ni dovoljeno ugibati. Podatki za njegov izračun pa so tožnikovo trditveno in dokazno breme.«⁵⁵

Prosti preudarek je bil zato v praksi bolj nekakšen korektiv oziroma pomožen pripomoček za manjše škode, kot je denimo plačilo za tujo pomoč po poškodbah, kjer se je tudi tako utemeljevala višina urne postavke,⁵⁶ za posamezne izjemne primere, ko je bilo natančno dokazovaje ocenjeno za neekonomično,⁵⁷ ali je bilo na primer zaradi smrti oškodovanca pridobivanje primernih dokazov oteženo.⁵⁸

Kljub zgoraj navedenemu stališču (civilnega oddelka) Vrhovnega sodišča RS še iz leta 2016 pomembno spremembo zaznamo v zadevi (gospodarskega oddelka) Vrhovnega sodišča RS III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014, isto stališče pa je ponovljeno v poznejši zadevi III Ips 45/2014 z dne 13. junija 2017. S pomočjo določbe 216. člena ZPP se tako oškodovancu v določenih primerih, tudi na področju kršitev pravil konkurenčnega prava, olajša dokazovanje višine škode. Jedro te precedenčne zadeve Vrhovnega sodišča RS III Ips 98/2013 se glasi takole:

»Za ugotovitev višine izgubljenega dobička je treba opraviti primerjavo dejanskega položaja oškodovanca s položajem, ki bi ga ta imel v primeru, če oškodovalčevega dejanja ne bi bilo (tretji odstavek 189. člena ZOR oziroma tretji odstavek 168. člena OZ). V ta namen je treba oblikovati hipotetični scenarij (scenarij 'nekršitve'). Nemogoče je vedeti, kako bi se trg razvijal v odsotnosti kršitve pravil konkurenčnega prava, zato se hipotetični scenarij po svoji naravi opira na vrsto predpostavk. K oblikovanju hipotetičnega scenarija je mogoče pristopiti na različne načine; pomembno vlogo igrajo razpoložljivi podatki oziroma procesno gradivo v posameznem primeru. V takšnih primerih se višine škode praviloma ne da ugotoviti na način, kot ga sicer poznamo v odškodninskem pravu, oziroma bi bilo to mogoče samo z nesorazmernimi težavami, zato ima sodišče pooblastilo zakonodajalca, da odloči po prostem preudarku (216. člen ZPP).«

Enako Vrhovno sodišče RS v sklepu III Ips 45/2014 in dodatno izrecno še takole:

⁵⁵ Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 769/2006 in II Ips 770/2006 z dne 25. septembra 2008.

⁵⁶ Sodbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 124/2012 z dne 19. julija 2012 in II Ips 322/2009 z dne 6. junija 2013

⁵⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 419/2011 z dne 26. novembra 2014

⁵⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 1250/2008 z dne 15. januarja 2009.

»Zahteva po konkretizaciji navedb o višini škode ne more iti tako daleč, da bi se od stranke zahtevala natančna opredelitev prav vsake posamezne postavke v izračunu škode, po njeni višini in podlagi.«

4.1.3. Vprašanje kaznovalne funkcije

Splošno je sprejeta utemeljitev, da je namen denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo satisfakcija, tolažba za oškodovanca, ki naj si z denarjem opomore od prizadetja njegove pravno varovane nepremoženjske dobrine. Nadalje velja, da bi bilo v nasprotju z namenom te odškodnine oškodovančevo okoriščenje, prav tako pa naj ne bi bil namen odškodninskega prava kaznovanje povzročitelja. Sodna praksa je kljub nekaterim poskusom⁵⁹ in kritikam⁶⁰ doslej dosledno odklanjala kaznovalno funkcijo denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo.

Edina nakazana možnost izjeme so primeri grobih, namernih in dobičkonosnih medijskih posegov v osebnostne pravice.⁶¹ V nekem primeru je bilo denimo zaradi (duševnih bolečin zaradi kršitev osebnostnih pravic) objave na skrivaj posnetih fotografij golega oprsja znane pevke v senzacionalističnem časopisu oškodovanki prisojenih 5.000 evrov nepremoženjske škode, kar je bilo približno šest neto povprečnih plač.⁶²

Ravno zaradi takih primerov, ki niso redki in kjer relativno nizke odškodnine namernih storilcev nikakor ne odvrtaajo od ponovnih namernih škodljivih dejanj, so se intenzivirale razprave o morebitni vpeljavi kaznovalnih odškodnin tudi v naš sistem odškodninskega prava. Nasprotniki tega sicer vztrajajo, da naj bo kaznovanje pridržano instrumentariju kazenskega prava, ki se osredotoča na storilca in določa tudi kavtele za varovanje njegovih temeljnih pravic, saj je v razmerju do države podrejen subjekt, izraženi pa so tudi ustavnopravni ar-

⁵⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 130/2012 z dne 8. novembra 2012.

⁶⁰ Š. Mežnar, *Odškodnina kot kazen na primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)?*, IV. dnevi civilnega prava, Portorož 2006; V. Bergant Rakočević, *Odškodnina za razžalitev časti in dobrega imena*, v: *Pravna praksa*, št. 15/2010, priloga, str. VII; N. Plavšak: komentar 138. člena OZ, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *nav. delo*, str. 1056–1057.

⁶¹ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 130/2012 z dne 8. novembra 2012: »Za kaznovalno vlogo odškodninskega prava si del teorije sicer prizadeva, vendar za primere grobih, namernih in dobičkonosnih medijskih posegov v osebnostne pravice. Tudi po mnenju revizijskega sodišča v sodbi sodišča prve stopnje ni prepričljivih razlogov za kaznovanje javnega zdravstvenega zavoda – prve toženke.« Verjetno isti primer obravnava I. Vuksanović, *Kaznovalna funkcija odškodnin v praksi?*, v: *Pravna praksa*, št. 22/2011.

⁶² Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1808/2008 z dne 22. oktobra 2008.

gumenti, ki so v slovenskem pravu nasploh zadnja leta izrazil trend.⁶³ A upati je, da bo v prihodnje v tej diskusiji bolj upoštevana tudi preventivna funkcija odškodninskega prava, ki tudi izhaja iz splošnega načela prepovedi povzročanja škode.

4.1.4. Oškodovanci iz tujine

Še en znak pomika k objektivnem konceptu določanja odškodnine za nepremoženjsko škodo so oškodovanci iz tujine. Utemeljitev denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo na teoriji o zadoščenju, po kateri denarna odškodnina ni ekvivalent za pretrpljeno nepremoženjsko škodo, pač pa omogoči oškodovancu, da si privošči določena ugodja kot tolažbo in s tem vzpostavi psihično ravnovesje, ki ga je porušil škodni dogodek,⁶⁴ je v praksi sprožila poskuse, da bi se pri določanju višine odškodnine za nepremoženjsko škodo upoštevalo tudi kupno moč okolja, iz katerega prihaja oškodovanec oz. v katerem ta živi. Šlo je zlasti za težnje toženih strank, da bi bile za oškodovance iz okolja z nižjim življenjskim standardom, zlasti iz področja bivše Jugoslavije, odškodnine nižje, saj da jim je tam za isto »nadomestno ugodje« potrebnega manj denarja.

VS RS je take težnje zavrnilo z argumentom *lex fori*, pa tudi z nekoliko drugačnim pojmovanjem zadoščenja:

»Slovensko sodišče, ki uporablja slovensko pravo, upošteva pomen prizadete dobrine in družbeni namen odškodnine v Sloveniji. Odmera pravične denarne odškodnine ne more temeljiti na ugotavljanju, kaj si bo oškodovanec kupil za tolažbo. Bistvenega pomena je oškodovančev občutek moralnega zadoščenja, ki učinkuje kot protiutež njegove prizadetosti zaradi povzročene nepremoženjske škode. Ta občutek moralnega zadoščenja pa je odvisen od pomena prizadete dobrine v družbi in ne od tega, kako oškodovanec vrednoti različna ugodja, ki jih lahko posreduje določen znesek denarne odškodnine.«⁶⁵

⁶³ I. Vuksanović, Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, v: Pravna praksa, št. 20/2010.

⁶⁴ A. Polajnar Pavčnik, Amerikanizacija odškodninskega prava, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2004: »Zadoščenje je pomiritev prizadetih pravnih občutkov. Pri tem ne gre za ocenjevanje bolečin in strahu v denarju, temveč se skuša ugotoviti, kolikšen denarni znesek bi oškodovancu zagotovil dovolj nadomestnih dobrin za približno vzpostavitev stanja, kakršno je bilo pred nastankom nepremoženjske škode. Denar torej ni cena za pretrpljeno škodo, ampak igra vlogo posrednika, ki žrtvi daje določeno zadovoljstvo, s katerim bo nevtraliziral prestano bolečino.«

⁶⁵ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 387/1998 z dne 15. julija 1999, enako II Ips 116/2009 z dne 21. maja 2009: »Tožena stranka zmotno meni, da bi bilo treba pri odločanju o višini denarne odškodnine za nepremoženjsko škodo upoštevati ekonomske razmere Republike

4.2. Poseg v pravico do zdravega okolja kot nepremoženjska škoda

Izredna posebnost slovenske sodne prakse na področju priznavanja nepremoženjske škode je odškodnina zaradi posega v pravico do zdravega okolja, konkretno za cestni hrup, in sicer kot oblika posega v osebnostno pravico.⁶⁶ Ena prvih takih zadev je bila sodba Vrhovnega sodišča II Ips 148/2007 z dne 8. novembra 2007. V tej zadevi se je postopek začel marca 1998, ko je tožnica (skupaj s preostalimi tožniki) proti Republiki Sloveniji vložila tožbo za plačilo odškodnine zaradi »večletnih duševnih bolečin in neugodnosti, ki jih trpi zaradi okrnitve oziroma kršitve osebnostne pravice do zdravega življenjskega in bivalnega okolja«. Navedla je, da stanuje v hiši v spalnem naselju Murske Sobotne, toženka pa naj bi njeno ulico spremenila v severno magistralno cesto, po kateri poleg mestnega in lokalnega prometa poteka še ves mednarodni tranzitni promet v Vzhodno Evropo. Vibracije, hrup in izpusti plinov presežajo krajevno običajno mero, zaradi česar se ne more spočiti, trpi za kronično nespečnostjo in utrujenostjo ter stalno nervozo. Zatrjevala je kršitev svoje ustavne pravice do zdravega življenjskega okolja (čl. 72 Ustave RS) s posledično odškodninsko odgovornostjo tožene stranke glede na določbe čl. 10 in 79 Zakona o varstvu okolja. Vrhovno sodišče RS je temu pritrdilo in med drugim izreklo, da duševne bolečine zaradi negativnih vplivov iz okolja štejejo za podvrsto duševnih bolečin zaradi kršitve osebnosti.

Od tedaj naprej Vrhovno sodišče RS to svoje stališče ponavlja v številnih primerih tožnikov, v katerih imisije (hrup, vibracije, onesnaženje zraka) presežejo mejne vrednosti, in priznava tem tožnikom pravično denarno odškodnino za njihovo nepremoženjsko škodo, in sicer v breme Republike Slovenije.⁶⁷ Ta se odmerja po kriterijih iz čl. 179 OZ. Sodišča se pri tem opirajo na meritve hrupa, ki ga izračunajo izvedenci, ter upoštevajo nočne in dnevne vrednosti,

Hrvaške, kjer prebiva oškodovanec.«

⁶⁶ Več D. Možina, *Nepremoženjska škoda zaradi posega v pravico do zdravega življenjskega okolja: odškodnina za cestni hrup*, v: *Podjetje in delo*, št. 1/2016.

⁶⁷ Zaradi povečanega hrupa ob cesti G1-3 v Murski Soboti (odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 148/2007 z dne 8. novembra 2007, II Ips 813/2007 z dne 29. novembra 2007, II Ips 940/2007 z dne 24. januarja 2008 in II Ips 567/2008 z dne 9. julija 2008) in v Gornji Radgoni (odločbe Vrhovnega sodišča RS II Ips 409/2009 z dne 18. februarja 2010 in II Ips 170/2009 z dne 26. marca 2009 in druge), nato pa še ob železniških progah promet (na primer Murska Sobota–Hodoš, glej sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 105/2015 z dne 2. marca 2017 in tam navedene primere).

razdaljo med prebivališčem oškodovancev in cesto oziroma progo, trajanje izpostavljenosti itd.

Ta sodna praksa je že nekaj časa ostro kritizirana iz več razlogov, tako primerjalnopравnih kot tudi konceptualnih (tu so zlasti pomisleki, kako se imisije umeščajo med osebne pravice), opozarja pa se tudi na nevzdržnost takih povrnitvenih shem za celotno družbo.⁶⁸ Občasno lahko tudi zasledimo nekoliko drugačne odločbe višjih sodišč v takih oziroma podobnih primerih,⁶⁹ zato lahko upamo, da se bo opisana praksa omejila na res skrajne primere.

5. DEDOVANJE TERJATVE ZA POVRNITEV NEPREMOŽENJSKE ŠKODE

OZ je (v čl. 184)⁷⁰ tako kot ZOR (v čl. 204) vseboval pravilo o podedljivosti terjatve iz naslova nepremoženjske škode pod strogim pogojem, da je ta že pravnomočno prisojena (ne le, da je na primer zapadla ali da je za njeno uveljavljanje vložena tožba). To naj bi odražalo strogo osebno naravo odškodnine za nepremoženjsko škodo (zadoščenje oškodovancu).

Ustavno sodišče RS pa je leta 2015 ugotovilo neustavnost tega pogoja in ugotovilo neskladje čl. 204 ZOR z Ustavo RS,⁷¹ kar je utemeljilo:

»Dediči oškodovancev, ki so v istem času utrpeli nepremoženjsko škodo in tudi izrazili voljo, da za utrpeljeno škodo dobijo zadoščenje v obliki denarne odškodnine, so v bistveno enakem položaju. Ureditev v 204. členu Zakona o obligacijskih razmerjih, po kateri je terjatev za povračilo nepremoženjske škode vezana na trenutek pravnomočnosti sodbe, s katero je oškodovancu prisojena denarna odškodnina učinkuje tako, da se dediče oškodovancev, ki so utrpeli nepremoženjsko škodo, postavlja v bistveno različen položaj, odvisno od okoliščine, ali oškodovanec umre v času trajanja pravnega postopka za plačilo odškodnine, in ne glede na to, da so bili pred tem položaji

⁶⁸ Več D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi posega v pravico do zdravega življenjskega okolja: odškodnina za cestni hrup, v: Podjetje in delo, št. 1/2016; in D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, GV Založba, Ljubljana 2017.

⁶⁹ Na primer sklep Višjega sodišča v Ljubljani III Cp 2616/2014 z dne 22. oktobra 2014 in sodba istega sodišča II Cp 784/2015 z dne 8. aprila 2015.

⁷⁰ »(1) Terjatev za povrnitev nepremoženjske škode preide na dediče samo, če je bila priznana s pravnomočno odločbo ali pisnim sporazumom. (2) Pod enakimi pogoji je lahko ta terjatev predmet odstopa, pobota in izvršbe.«

⁷¹ Odločba U-I-88/15, Up-684/12 z dne 15. oktobra 2015.

enaki. Za to razlikovanje ne obstaja razumen in iz narave stvari izhajajoč razlog. Obravnavana ureditev je zato v neskladju z načelom enakosti pred zakonom po drugem odstavku 14. člena Ustave.«

Z istimi razlogi je leto pozneje Ustavno sodišče RS razveljavilo tudi čl. 184 OZ.⁷²

6. DENARNA ODŠKODNINA PRAVNI OSEBI

Kot je bilo omenjeno že uvodoma, je bila pravzaprav edina vsebinska zakonodajna sprememba v OZ glede na ZOR na področju odškodninskega prava priznanje denarne odškodnine pravni osebi za nepremoženjsko škodo, konkretno za okrnitev njenega ugleda. V čl. 183 OZ določa, da za okrnitev ugleda ali dobrega imena sodišče pravni osebi prisodi pravično denarno odškodnino neodvisno od povračila premoženjske škode, pa tudi če premoženjske škode ni, če spozna, da okoliščine primera to opravičujejo.

Glede na siceršnjo definicijo nepremoženjske škode v teh primerih, ki je šele v duševnih bolečinah, in glede na namen odškodnine zanjo, ki je v zadoščenju, gre za konceptualno spremembo, saj pravna oseba ne more trpeti ne bolečin ne uživati zadoščenja. Z novo določbo je bil torej storjen konceptualen premik v smer objektivizacije, ko torej škoda ni več šele posledica nekega posega (duševno trpljenje zaradi razžalitve), temveč poseg (okrnitev ugleda) sam. Toda ta nov koncept je začel veljati le za pravne osebe, kar je bilo že od začetka predmet kritik, prav tako pa nova ureditev ne vsebuje nobenih meril za odmero primerne denarne odškodnine.⁷³ Da za obstoj pravno priznane nepremoženjske škode po čl. 183 OZ zadostuje že sama kršitev te osebnostne pravice, torej kršitev ugleda in dobrega imena, ali drugače, da se obstoj škode v takem primeru predpostavlja, je večkrat izrecno izrazilo tudi Vrhovno sodišče RS.⁷⁴

Teorija je opozarjala, da pravna oseba kot umetna tvorba v zunanjem svetu nastopa prek fizičnih oseb, ki tvorijo njen personalni substrat, in da je zato predstava javnosti o ravni ugleda pravne osebe nujno (neločljivo) povezana s predstavo o ugledu teh fizičnih oseb. Neresnične trditve o teh fizičnih osebah

⁷² Odločba U-I-213/15 z dne 28. septembra 2016.

⁷³ M. Juhart, Nepremoženjska škoda pravne osebe; ali je 183. čl. sistemska napaka ali premik, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006.

⁷⁴ Sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 274/2013 z dne 4. junija 2015 in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 238/2015 z dne 15. junija 2017.

(zlasti če so povezane z njihovim položajem v pravni osebi) zato hkrati krnijo ugled fizičnih oseb in ugled pravne osebe.⁷⁵ Zato je bilo pomembno stališče Vrhovnega sodišča RS, da je ugled pravne osebe **lahko** okrnjen tudi zaradi neresničnih trditvev o fizičnih osebah, ki v pravni osebi opravljajo pomembno funkcijo.⁷⁶ To stališče je bilo pozneje nadgrajeno z oceno, da morajo biti neresnične trditve o fizičnih osebah v pravni osebi hkrati take, da krnijo (ne le njihov ugled, ampak tudi) ugled pravne osebe. Kritizirano ravnanje mora biti torej v zvezi z dejavnostjo oziroma funkcijo pravne osebe.⁷⁷

Nadalje je Vrhovno sodišče RS pogoje za odškodnino pravni osebi po čl. 183 OZ zaostri še s pritrdilnim odgovorom na vprašanje, ali sta ugled in dobro ime pravne osebe okrnjena le v primeru, če je poseg v ugled pravne osebe tak, da ta vpliva na uresničevanje funkcij, poslovanje in temeljne namene delovanja pravne osebe.⁷⁸ Poudarilo je, da je treba čl. 183 OZ razlagati restriktivno, da se v pravni red ne vnaša neenakosti med fizičnimi in pravnimi osebami.⁷⁹ Zanimivo pa je, da Vrhovno sodišče RS ni odklonilo (že) možnosti, da bi ta odškodnina pripadala tudi pravni osebi javnega prava (na primer občini).⁸⁰

Zahtevki tožnikov so bili že pred temi jasnejšimi restriktivnimi stališči praviloma neuspešni, in sicer večinoma že zaradi poudarjenega pomena ustavno zavarovane svobode izražanja (čl. 39 Ustave RS).⁸¹ Pa tudi v tistih primerih, v katerih so nižja sodišča dala prednost osebni pravici (ugledu pravne osebe) in oškodovani pravni osebi dosodilo odškodnino (te so bile razmeroma nizke – med 3.500 in 5.000 evrov), je revizijsko sodišče praviloma tehtnico prevesilo na drugo stran.⁸² Tako najdemo le redke (vsaj delno) ugodilne pravnomočne

⁷⁵ N. Plavšak v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem* (splošni del), 1. knjiga, Ljubljana 2003, str. 1059.

⁷⁶ Sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 354/2009 z dne 13. maja 2010.

⁷⁷ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 71/2016 z dne 24. julija 2018.

⁷⁸ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 71/2016 z dne 24. julija 2018.

⁷⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 71/2016 z dne 24. julija 2018, ki se na več mestih sklicuje na I. Vuksanović, *Je res potrebna okrepljena obramba ugleda pravnih oseb*, v: *Pravna praksa*, št. 15/2014.

⁸⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 71/2016 z dne 24. julija 2018.

⁸¹ Sodbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1735/201, I Cp 524/2016 z dne 18. maja 2016 in druge.

⁸² Primerjaj sodbo Višjega sodišča v Celju Cp 533/2014 z dne 6. novembra 2014 in sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 133/2015 z dne 18. februarja 2016; sodbo Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 2309/2010 z dne 10. novembra 2010 in sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 62/2012 z dne 9. oktobra 2014.

sodbe v teh primerih. Ena takih je bila denimo izdana po tožbi neke turistične agencije zaradi objave zapisa, da je uvrščena na črno listo agencij, zavaja in goljufa potrošnike, noče reševati pritožb potnikov in jih ignorira, se potniki s potovanj vračajo opeharjeni.⁸³ Omeniti velja še uspešno tožbo politične stranke zaradi objave očitkov kaznivega dejanja podkupovanja. V tem primeru je bila za zdaj dosojena tudi najvišja odškodnina (10.000 evrov).⁸⁴

Literatura:

- V. Bergant Rakočević, Odškodnina za razžalitev časti in dobrega imena, v: Pravna praksa, št. 15/2010, priloga, str. VII.
- V. Bergant Rakočević, Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo – o njeni penalni funkciji, v: Pravna praksa, št. 15-16/2006.
- V. Bergant Rakočević, Kritika teorije o adekvatni vzročnosti in dileme novejši sodne prakse, v: Pravna praksa, št. 3-4/2009.
- V. Bergant Rakočević (ur.), Šport in pravo, GV Založba, Ljubljana 2008.
- A. Berger Škrk, Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, GV Založba, Ljubljana 2010.
- S. Cigoj, Obligacijska razmerja, Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, ČZ Uradni list, Ljubljana 1978.
- M. Dolenc, Protipravnost ravnanja države v novejši sodni praksi, v: D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, GV Založba, Ljubljana 2017.
- A. Galič, Ustavno civilno procesno pravo, GV Založba, Ljubljana 2004.
- D. Jadek Pensa in drugi, Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, GV Založba, Ljubljana 2001.
- M. Juhart in N. Plavšak (ur.), Obligacijski zakonik s komentarjem (splošni del), 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003.
- M. Juhart: Nepremoženjska škoda pravne osebe; Ali je 183. čl. sistemska napaka ali premik, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006.
- M. Končina Peternel, Novejši razvoj odškodninske odgovornosti: Pojem nevarne stvari in nevarne dejavnosti, v: Podjetje in delo, št. 6-7/1999.
- Š. Mežnar, Odškodnina kot kazen na primeru medijskih kršitev – zakaj (ne)?, Izbrane teme civilnega prava, Inštitut za primerjalno pravo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, Ljubljana 2006.
- Š. Mežnar, Novejši trendi v odškodninskem pravu, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2008.

⁸³ Sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 180/2012 z dne 23. januarja 2013, revizija pa je bila zavržena zaradi formalnih pomanjkljivosti.

⁸⁴ Sodba in sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 304/2013 z dne 21. januarja 2016.

- Š. Mežnar, Odškodninska odgovornost novinarjev in urednikov po 147. členu OZ – dileme v sodni praksi, v: Delavci in delodajalci, št. 1/2014, letnik XIV.
- Š. Mežnar, Novejši trendi v odškodninskem pravu, Podjetje in delo, 2008, št. 6-7
- D. Možina (ur.), Odškodninska odgovornost države, GV Založba, Ljubljana 2017
- D. Možina, Odškodninska odgovornost za poškodbe v športu, v V. Bergant Rakočević (ur.), Šport in pravo, GV Založba Ljubljana, 2008
- D. Možina, Nepremoženjska škoda zaradi posega v pravico do zdravega življenjskega okolja: odškodnina za cestni hrup, Podjetje in delo, 2016, št. 1
- A. Polajnar Pavčnik, Nove težnje v (slovenskem) odškodninskem pravu, v M. Pavčnik in A. Novak (ur.), (Ustavno)sodno odločanje, GV Založba, Ljubljana 2013
- A. Polajnar Pavčnik, Prava mera odškodninskega prava, Podjetje in delo, 2011, št. 6-7
- A. Polajnar Pavčnik, Amerikanizacija odškodninskega prava, Podjetje in delo, 2004, št. 6-7
- J. Praprotnik, Presoja protipravnosti pri nogometnih prekrških, Pravna praksa, 2017
- I. Strnad, Denarna odškodnina za nepremoženjsko škodo, Pravna praksa, št. 18-19/2000
- B. Strohsack, Obligacijska razmerja I, II, Uradni list RS, Ljubljana 1998
- I. Vuksanović, Je res potrebna okrepljena obramba ugleda pravnih oseb, Pravna praksa, 2014
- I. Vuksanović, Kaznovalna funkcija odškodnin in Ustava, Pravna praksa, 20/2010
- I. Vuksanović, Kaznovalna funkcija odškodnin v praksi?, Pravna praksa, št. 22/2011

Razvojne tendencije u hrvatskome odštetnom pravu

dr. Marko Baretić

profesor, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

1. UVOD

Početak 90-ih godina 20. stoljeća, kada je počinjao put samostalna razvoja hrvatskoga odštetnog prava, profesor Petar Klarić, doajen hrvatske odštetnopravne misli, ustvrdio je kako je odštetno pravo „najdinamičniji segment građanskopravnog uređenja“.¹ Promjene koje su se u hrvatskome odštetnom pravu događale u posljednjih gotovo tridesetak godina, otkako se hrvatsko odštetno pravo razvija izvan jugoslavenskoga pravnog okvira kojemu je do tada pripadalo, umnogome je potvrdilo te gotovo vizionarske riječi profesora Klarića. Iako su mijene hrvatskoga odštetnopravnog uređenja tijekom toga perioda bile mnogobrojne i česte, one nisu bile rezultat potrebe dokidanja veza s dotadašnjim uređenjem, nego su u svojoj biti označavale tek postojanu evoluciju odštetnopravnog uređenja koje je uspostavljeno u bivšoj Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji (SFRJ), a time i u Hrvatskoj, Zakonom o obveznim odnosima iz 1978. godine (dalje u tekstu: ZOO iz 1978.).²

¹ M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 1996., str. 427.

² Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ (Sl SFRJ), br. 29/78, 39/85, 57/89; Narodne novine (NN), br. 53/91, 73/91, 111/93, 3/94, 7/96, 91/96, 112/99, 88/01.

U hrvatskoj stručnoj javnosti ZOO iz 1978. bio je percipiran kao iznimno kvalitetan zakonski tekst. Stoga i ne začuđuje da ga je nakon osamostaljenja od SFRJ-a Republika Hrvatska preuzela kao vlastiti zakon³ koji je – ponešto pročišćen od ideoloških elemenata koji su bili strani tržišnom gospodarstvu koje je nakon osamostaljenja Republika Hrvatska prihvatila – nastavio svoju egzistenciju tijekom idućih 15-ak godina, sve do 2006. godine kada je stupio na snagu novi Zakon o obveznim odnosima (ZOO).⁴ Novi hrvatski ZOO u osnovi je kontinuitet odštetnopravnog uređenja uspostavljena ZOO-om iz 1978. jer su, uz ponešto redizajniranu strukturu toga Zakona, temeljna koncepcija, u stilskom i u sadržajnom smislu, kao i velika većina pojedinačnih rješenja novog ZOO-a, preuzeti iz ZOO-a iz 1978.

Ipak, u pojedinim se segmentima ZOO u znatnoj mjeri odmaknuo od ZOO-a iz 1978., a odštetnopravno uređenje upravo je jedan od tih segmenata. Promjene koje su ZOO-om unesene u hrvatski odštetnopravni sustav bile su, s jedne strane, potaknute potrebom usklađivanja našeg prava s pravom Europske unije, kao što je to slučaj s unošenjem u tekst ZOO-a novih pravila o odgovornosti za neispravan proizvod, dok su, s druge strane, one bile rezultat potrebe da se određena rješenja ZOO-a iz 1978., za koja se smatralo da su zastarjela i u nesuglasju s potrebama suvremenog života, zamijene novim i modernijim rješenjima, kao što je to slučaj s odgovornošću za neimovinsku štetu, odnosno rezultat želje da se neka interpretacijska lutanja pokušaju ispraviti, kao što je bio slučaj s predugovornom odgovornošću za štetu.

Promjene odštetnopravnog uređenja, kojima smo svjedočili nakon osamostaljenja Republike Hrvatske, u velikoj su mjeri bile rezultat inovativnosti hrvatske, ali i međunarodne sudske prakse. U tom su kontekstu dva fenomena osobito vrijedna spomena – konstitucionalizacija odštetnog prava te bitan, ali ne nužno uvijek pozitivan, razvoj koncepta odgovornosti države za štetu.

Konstitucionalizacija odštetnog prava, o kojoj se danas učestalo govori, fenomen je oblikovanja odštetnog prava primjenom temeljnih načela ustavnog uređenja i međunarodnih konvencija.⁵ Odštetno pravo, koje se tradicionalno doživljavalo kao relativno kompaktna, samodostatna pravna cjelina, u

³ V. Zakon o preuzimanju Zakona o obveznim odnosima, NN, br. 53/91.

⁴ NN, br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

⁵ V., primjerice, T. Barkhuysen, S. Lindenbergh (ur.), *Constitutionalisation of Private Law*, Brill, 2006.; C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, volume one, C. H. Beck, 1998., str. 569–599.

posljednje se vrijeme snažno modificira pod utjecajem ustavnog i konvencijskog prava. Sudovi, naime, sve češće promatraju i tumače temeljne odštetno-pravne koncepte kroz prizmu ustavnopravnih i konvencijskih načela, postavljajući na taj način neke nove standarde odštetnopravne zaštite. U tom smislu, kao što će to biti u nastavku objašnjeno, važan doprinos razvoju odštetnoga prava danas daju Ustavni sud Republike Hrvatske (dalje u tekstu: USRH) te Europski sud za ljudska prava (dalje u tekstu: ESLJP).

Konačno, razvoj odgovornosti države za štetu jedan je od onih aspekata zbog kojih odštetno pravo zavrjeđuje atribut najdinamičnijeg segmenta građanskopravnog uređenja. U tom kontekstu, u hrvatskom su se odštetnom pravu počela oblikovati pojedina rješenja koja su donedavno bila gotovo nezamisliva, kao što je to, primjerice, slučaj s odgovornošću države za štetu prouzročenu zakonodavnom djelatnošću. S druge strane, sudska praksa na ovom području bilježi i neke ne baš pozitivne trendove, kao što je to, primjerice, slučaj sa sve učestalijom karakterizacijom odgovornosti države kao objektivne odgovornosti.

U skladu s navedenim, redefiniranje nekih temeljnih koncepata odštetnog prava, poput pravila o odgovornosti za neimovinsku štetu, konstitucionalizacija odštetnog prava te osjetan zamah odštetnopravne odgovornosti države razvojne su tendencije hrvatskoga odštetnog prava u posljednjih tridesetak godina o kojima će u ovom tekstu biti riječi.

Od osamostaljenja Republike Hrvatske hrvatska pravna književnost producirala je znatan broj naslova posvećenih odštetnom pravu, od kojih možemo navesti tek neke koji su, odjekom ili obujmom, ostavili poseban trag, poput:

- P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, 2014.
- P. Klarić, *Odštetno pravo*, Narodne novine, 2003.
- I. Crnić, *Odštetno pravo*, Zgombić i partneri, 2008.
- I. Crnić, *Zakon o obveznim odnosima*, komentar sa sudskom praksom, Narodne novine, 2006.
- V. Gorenc (ur.), *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne novine, 2014.
- M. Bukovac Puvača, Z. Slakoper, L. Belanić, *Obvezno pravo – posebni dio II*, izvanugovorni obvezni odnosi, Novi informator, 2015.
- Skupina autora, *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava osobnosti* (opća redakcija Petar Klarić), Narodne novine, 2006.

- Skupina autora, Naknada štete u primjeni novog zakona o obveznim odnosima (opća redakcija Petar Klarić), Narodne novine, 2005.
- M. Baretić, u: B. Winiger, E. Karner, K. Oliphant (eds), Digest of European Tort Law, volume 3: Essential Cases of Misconduct, De Gruyter, 2018.

Osim toga, obavijesti o relevantnoj sudskoj praksi općenito, pa tako i onoj vezanoj uz odštetno pravo, u Hrvatskoj je moguće pronaći na mrežnim stranicama Ustavnog suda Republike Hrvatske (www.usud.hr), Vrhovnog suda Republike Hrvatske (www.vsrh.hr), ali i nekim specijaliziranim bazama podataka, poput ius-info (www.iusinfo.hr).

2. NOVA KONCEPCIJA NEIMOVINSKE ŠTETE

2.1. Općenito

ZOO iz 1978. u mnogim je svojim obilježjima bio propis ispred svojeg vremena. U tom je kontekstu dovoljno, primjerice, podsjetiti da je komparativno ZOO iz 1978. bio jedan od tek nekoliko primjera izričita zakonskog uređenja predugovorne odgovornosti za štetu^{6,7}, da je prvi propis izvan SAD-a kojim je predviđeno opće uređenje odgovornosti za neispravan proizvod^{8,9}, da je bio jedan od rijetkih zakona koji je omogućavao potpunu naknadu tzv. čistoga ekonomskog gubitka (*pure economic loss, reiner Vermögensschaden*)¹⁰ te da je jedan od pionirskih propisa kojim se, kada se još zaziralo od šire primjene instituta neimovinske štete, predvidjelo opće, za to vrijeme prilično ekstenzivno, uređenje odgovornosti za neimovinsku štetu.¹¹

⁶ V. čl. 25. ZOO-a iz 1978.

⁷ V. detaljnije M. Baretić, Predugovorna odgovornost za štetu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 1999., br. 1, str. 54 *et seq.*

⁸ V. čl. 179. ZOO-a iz 1978.

⁹ V. detaljnije M. Baretić, Odgovornost za neispravan proizvod, Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene, novi instituti, Inženjerski biro, 2005., str. 233 *et seq.*

¹⁰ V. detaljnije I. Gliha, M. Baretić, S. Nikšić, Pure Economic Loss in Croatian Law, u: M. Bussani (ur.), European Tort Law, Eastern and Western Perspectives, 2007., str. 249–293.

¹¹ V. M. Baretić, Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56 – poseban broj, 2006., str. 477–488; H. Kačer, Tri novote iz novog koncepta neimovinske štete prema Zakonu o obveznim odnosima iz 2005., u: Liber amicorum Petar Klarić, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012., str. 344.

ZOO-om iz 1978. prihvaćena je takozvana subjektivistička koncepcija neimovinske štete, prema kojoj se tu vrstu štete definiralo kao nanošenje drugomu psihičkog ili fizičkog bola i straha.¹² Prema tome, do neimovinske štete nije dolazilo već samom povredom prava osobnosti oštećenika, nego tek nastupom psihofizičkih emanacija te povrede u vidu boli ili straha.

Subjektivističkom konceptu neimovinske štete bila su, međutim, imanentna određena ograničenja. Prije svega, budući da se po subjektivističkoj koncepciji neimovinska šteta definirala kao boli i strah, u nedostatku boli i straha nije bilo ni neimovinske štete, a time ni mogućnosti njezina popravljjanja. To je, s jedne strane, značilo da sve one fizičke osobe koje u konkretnom slučaju nisu pretrpjele boli ili strah, odnosno koje nisu bile u stanju osjetiti boli i strah, nisu pretrpjele neimovinsku štetu unatoč činjenici da su im prava osobnosti bila teže povrijeđena¹³, kao što bi to bio slučaj, primjerice, s osobama koje su zbog pretrpljenih ozljeda zapale u stanje kome. S druge strane, prihvaćanje subjektivističke koncepcije neimovinske štete impliciralo je da pravne osobe ne mogu pretrpjeti neimovinsku štetu jer one po svojoj biti ne mogu osjećati boli i strah. Kada se tomu pridoda činjenica da su Zakonom bila taksativno navedena izvorišta duševnih boli zbog kojih je bilo moguće zahtijevati popravljjanje neimovinske štete^{14, 15} te da je mogućnost popravljjanja neimovinske štete bila isključena u slučajevima primjene pravila ugovorne odgovornosti za štetu¹⁶, jasno je da je koncept neimovinske štete predviđen ZOO-om iz 1978. bio suviše uzak da bi odgovorio potrebama suvremenog života, a poglavito u kontekstu trenda porasta brige za zaštitu prava osobnosti pravnih subjekata.

Pravna književnost u Hrvatskoj opravdano je pokazivala nedostatke subjektivističke koncepcije neimovinske štete predviđene ZOO-om iz 1978. zalažući se pritom za prihvaćanje objektivističkog koncepta neimovinske štete¹⁷, u čemu nije ostala usamljena. Naime, prijedlozi za zamjenom subjektivnog kon-

¹² V. čl. 155. ZOO-a iz 1978.

¹³ Slično, Gorenc *et al.*, Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, 2014., str. 1835.

¹⁴ V. čl. 200., st. 1. ZOO-a iz 1978.

¹⁵ Isto Gorenc *et al.*, *op. cit.*, str. 1835.

¹⁶ Takvo je stajalište izrazio VSRH u predmetu Rev-985/88 od 24. 11. 1988.

¹⁷ V. P. Klarić, Odštetno pravo, Narodne novine, 2003., str. 345; I. Crnić, Naknada nematerijalne štete – neka pitanja, Godišnjak 9 – Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, 2002., str. 145–146; A. Radolović, Moguće (i pravno poželjne) promjene koncepta neimovinske štete u novom pravnom sustavu Hrvatske, Godišnjak I, Društvo za građanskopravne znanosti i praksu Hrvatske, Zagreb, 1994., str. 304 *et seq.*

cepta neimovinske štete objektivnim dolazili su i iz redova gospodarstva, ali i sudstva.¹⁸ Čak je i USRH u odluci U-III-1558/2000 od 19. 2. 2004. godine¹⁹ stao na gladište da bi i pravne osobe morale uživati zaštitu svoje neimovinske sfere, pozivajući se ponajprije na ustavno načelo jednakosti svih pred zakonom. Dapače, neusklađenost uređenja odgovornosti za neimovinsku štetu iz ZO-O-a iz 1978. s recentnim trendovima u odštetnom pravu očitovala se i preko nekih odluka Suda Europske unije u kojima je taj sud podcrtavao nužnost priznavanja neimovinske štete kao posljedice povrede ugovora.^{20, 21} Sve je to dovelo do toga da je početkom novog milenija u Hrvatskoj sazrela svijest o potrebi važnijega zaokreta u koncipiranju neimovinske štete. Taj zaokret dogodio se donošenjem ZOO-a, kojim je prihvaćena objektivistička koncepcija neimovinske štete, čime je stvoren liberalan i otvoren odštetnopravni sustav kojim se u adekvatnoj mjeri štite opravdani interesi oštećenika.²²

Na temelju članka 1045. ZOO-a neimovinska šteta definirana je kao povreda prava osobnosti, dok je člankom 19., stavkom 1. ZOO-a izrijekom navedeno da pravo na zaštitu svojih prava osobnosti ima svaka fizička i pravna osoba, a člankom 19., stavcima 2. i 3. ZOO-a navedena su, primjerice, neka od prava osobnosti koja se tim Zakonom štite.²³ Pridoda li se tomu odredba članka 346. ZOO-a, kojom je izrijekom predviđena mogućnost popravljivanja neimovinske štete i po pravilima ugovorne odgovornosti za štetu, jasno je da je novim uređenjem odgovornosti za neimovinsku štetu polje primjene tih pravila u znatnoj mjeri prošireno.

Na temelju objektivističke koncepcije neimovinske štete, sama povreda prava osobnosti neimovinska je šteta, pa radi utvrđivanja nastanka neimovinske

¹⁸ V. Obrazloženje Konačnog prijedloga Zakona o obveznim odnosima, str. 20, dostupno na <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=7094> (stranica posjećena 9. 11. 2018.).

¹⁹ NN, br. 27/04.

²⁰ V. slučaj C-168/00 *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co.* od 12. 3. 2002. (European Court Reports 2002 I-02631).

²¹ V. detaljnije o slučaju *Leitner* P. Klarić, *Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede ugovora o organiziranju putovanja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56 – poseban broj, 2006., str. 392–394.

²² V. M. Baretić, *Tort Law*, u: T. Josipović (ur.), *Introduction to the Law of Croatia*, Wolters Kluwer, 2014., str. 168.

²³ Tako je u članku 19., st. 2. ZOO-a navedeno da se pravima osobnosti smatraju pravo na život, pravo na tjelesno i duševno zdravlje, ugled, čast, dostojanstvo, ime, privatnost osobnog i obiteljskog života, sloboda i dr., a u članku 19., st. 3. ZOO-a apostrofirano je da sva ta prava osobnosti ima i pravna osoba, osim onih vezanih uz biološku bit fizičke osobe.

štete više nije potrebno utvrđivati postojanje fizičke ili psihičke boli ili straha. Dakle, prema novoj koncepciji fizičke i psihičke boli više nisu neimovinska šteta, nego tek kvalifikatorni elementi koji mogu utjecati na visinu pravične novčane naknade na koju oštećenik ima pravo.²⁴ Pritom, hoće li oštećenik imati pravo na novčano popravljavanje neimovinske štete, u prvom redu ovisi o težini povrede prava osobnosti, a potom i o svim ostalim okolnostima slučaja.²⁵

Osim promjene koncepta neimovinske štete, ZOO-om su ujedno riješena neka praktična pitanja vezana uz popravljavanje neimovinske štete koja su se s vremenom pokazala spornima, poput pitanja trenutka dospijeca neimovinske štete. Budući da to pitanje nije bilo izrijekom riješeno u ZOO-u iz 1978. te budući da opće pravilo ZOO-a iz 1978. o trenutku dospijeca zahtjeva za naknadu štete, prema kojem taj zahtjev dospijeva u trenutku naknade štete, nije bilo odgovarajuće za slučajeve nanošenja neimovinske štete, člankom 1103. ZOO-a propisano je da obveza pravične novčane naknade neimovinske štete dospijeva danom podnošenja pisanog zahtjeva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga.

2.2. Primjena nove koncepcije neimovinske štete u sudskoj praksi

Iako su se nakon inauguracije nove, objektivističke koncepcije neimovinske štete u pravnoj književnosti sporadično pojavljivali upozoravajući glasovi koji su predviđali neobuzdanu ekspanziju zahtjeva za naknadu neimovinske štete čak i u slučaju trivijalnih povreda, u stvarnosti se ništa tako katastrofično nije dogodilo. Nakon ponešto početna nesnalaženja, pri čemu su sudovi, nenavikli na novu koncepciju neimovinske štete, još dosuđivali naknadu štete za pretrpljene bolove i strah²⁶, vrlo su brzo sudovi prihvatili objektivističku koncepciju neimovinske štete, shvaćajući je i primjenjujući u skladu sa zakonodavčevom intencijom. Tako je, primjerice, u rješenju Rev-2008/15-2 od 23. 2. 2016. godine, kojim je odbacio reviziju tuženika kao nedopuštenu, Vrhovni sud Repu-

²⁴ V. čl. 1100., st. 2. ZOO-a.

²⁵ V. čl. 1100., st. 1. ZOO-a.

²⁶ Tako je, primjerice, u presudi Županijskog suda u Zagrebu br. 8 Gžn-2686/12-2 od 19. 3. 2013. godine potvrđena presuda prvostupanjskog suda kojom je tužitelju dosuđena naknada neimovinske štete zbog pretrpljenih tjelesnih i duševnih bolova i straha unatoč činjenici da je ZOO-om još 2006. godine prihvaćena objektivistička koncepcija neimovinske štete. (Više o toj presudi v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law* 2013, De Gruyter, 2014., str. 122–124.).

blike Hrvatske (VSRH) iznio stajalište da za utvrđivanje težine povrede prava osobnosti nije nužno utvrditi jačinu i trajanje boli i straha jer su oni tek neki od kvalifikatornih elemenata za odluku o visini neimovinske štete, na taj način jasno distingvirajući između povrede prava osobnosti kao neimovinske štete i boli i straha kao mogućih, ali ne i nužno nastupajućih posljedica te povrede.²⁷ U presudi br. 60 Gžn-1697/11-2 od 22. 1. 2013. godine Županijski sud u Zagrebu jasno je argumentirao da je povreda prava osobnosti neimovinska šteta, ali da manje povrede prava osobnosti ne opravdavaju dosuđivanje pravične novčane naknade neimovinske štete otklanjajući tako bojazan izraženu u pravnoj književnosti da će objektivistički koncept neimovinske štete dovesti do ekspanzije trivijalnih zahtjeva za naknadu štete.²⁸ Takvim odlukama sudovi su pokazali da, uz ponešto zdrava razuma u tumačenju i primjeni Zakona, objektivistički koncept neimovinske štete nije nikakav poseban rizik za pravnu sigurnost i održivost pravnog poretka.

Dapače, nakon nekog vremena u sudskoj su se praksi počeli nazirati prvi pozitivni pokazatelji primjene novoga koncepta neimovinske štete.

Tako je, primjerice, u odluci Rev-689/2008-2 od 1. 4. 2009. godine²⁹ VSRH potvrdio nižestupanjske presude kojima je tužitelju dosuđena naknada neimovinske štete u iznosu od čak 1.000.000 kuna (približno 135.000 eura). Riječ je bila o 16-godišnjem mladiću koji je zbog težine ozljeda pao u trajno vegetativno stanje. Budući da zbog svojeg stanja nije trpio nikakve boli i strah, uz primjenu koncepta neimovinske štete iz ZOO-a iz 1978. taj oštećenik ne bi uopće mogao biti obeštećen. Uz novi, objektivistički koncept neimovinske štete postalo je moguće obeštetiti i takve slučajeve iznimno teških povreda prava osobnosti. Iako je iznos dosuđen u tom postupku vjerojatno jedan od najviših iznosa koje su dosudili hrvatski sudovi na ime naknade neimovinske štete, iz te se odluke ne može iščitati nikakav zabrinjavajući opći trend povećanja iznosa naknade neimovinske štete. Naime, ovdje je riječ tek o pojedinačnom slučaju u kojem su sudovi sasvim adekvatno reagirali na iznimno tešku povredu prava osobnosti mlade osobe koja je dovela do vrlo teških i, nažalost, ireverzibilnih posljedica.

²⁷ V. detaljnije M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2016*, De Gruyter, 2017., str. 96–99.

²⁸ V. detaljnije M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2013*, De Gruyter, 2014., str. 124–126.

²⁹ Presuda dostupna na http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?Doc=VRHSUD_HR&SOPI=VSRH2008RevrB689A2.

Prošireno personalno polje primjene novih pravila o odgovornosti za neimovinsku štetu nazire se i u odluci USRH U-III-7479/2014 od 16. 12. 2015. godine, u kojoj se taj sud bavio pitanjem ustavnosti odluke nižeg suda kojom je pravnoj osobi dosuđena naknada neimovinske štete zbog povrede prava osobnosti. Slučaj se odnosio na tužbu Hrvatskog društva skladatelja koje je tužilo jednog distributera nosača podataka zbog promidžbene kampanje koju je tuženik pokrenuo kako bi vrijeđao Hrvatsko društvo skladatelja. Prvostupanjski sud odbija tužbeni zahtjev smatrajući da, unatoč činjenici da je došlo do povrede prava na ugled Hrvatskog društva skladatelja, ta povreda nije bila dovoljno teška da bi opravdala naknadu štete. Županijski sud u Zagrebu preinačuje prvostupanjsku presudu i dosuđuje tužitelju naknadu neimovinske štete u iznosu od 26.000 kuna (približno 3.400 eura). USRH odbija ustavnu tužbu tuženika potvrđujući da je presuda Županijskog suda u Zagrebu uvjerljivo obrazložena te stoga u skladu s Ustavom³⁰, čime je to postao jedan od prvih objavljenih slučajeva naknade neimovinske štete pravnoj osobi.

Na gotovo identičan način nedavno je javnosti skrenuta pozornost na drugi, vrlo sličan slučaj u kojem je trgovačko društvo tužilo fizičku osobu i političku stranku za naknadu neimovinske štete prouzročene povredom ugleda toga trgovačkog društva. Tuženici su presudom Županijskog suda u Puli bili pravomoćno osuđeni platiti svaki po 20.000 kuna (približno 2.700 eura) na ime naknade neimovinske štete, a USRH je odlukom U-III-4946/2013 od 10. 10. 2017. godine³¹ ukinuo navedene presude zbog povrede prava tužitelja na pravično suđenje te vratio predmet prvostupanjskom sudu na ponovno suđenje. Sudeći prema medijskim napisima, u ponovljenom postupku prvostupanjski je sud nakon gotovo deset godina od pokretanja postupka ponovno osudio tuženike na naknadu neimovinske štete u iznosu od 20.000 kuna svaki.³²

Navedena sudska praksa vezana uz neimovinsku štetu prouzročenu pravnim osobama pokazuje dva fenomena. Prije svega, iz navedenih je primjera očit problem prilične netransparentnosti sudske prakse u Hrvatskoj. Naime, do

³⁰ Detaljnije v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger, *European Tort Law 2015*, De Gruyter, 2016., str. 93–100.

³¹ Presuda dostupna na [https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/c12570d30061ce54c12581b50044ddc8/\\$FILE/U-III-4946-2013.pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/c12570d30061ce54c12581b50044ddc8/$FILE/U-III-4946-2013.pdf) (stranica posjećena 8. 11. 2018. godine).

³² V. <https://www.glasistre.hr/crna-kronika/-predsjednik-zelenog-saveza-i-stranka-moraju-platiti-rockoolu-40000-kuna-zbog-lazi-koje-su-iznosili-o-toj-tvrtki-572676> (stranica posjećena 8. 11. 2018. godine).

informacije o tim postupcima za naknadu neimovinske štete koju su pretrpjele pravne osobe došlo se tek u onom trenutku kada su predmeti završili na Ustavnom sudu u povodu ustavnih tužbi. Budući da se predmeti koji se rješavaju na prvostupanjskim i drugostupanjskim sudovima ne publiciraju sustavno te budući da će sporovi u povodu zahtjeva za povredu prava osobnosti rijetko dosizati vrijednosti koje su potrebne za redovitu reviziju na Vrhovnom sudu Republike Hrvatske, informaciju o postojanju takvih predmeta bit će u pravilu moguće dobiti tek u povodu ustavnih tužbi ili u povodu prijedloga za izvanrednu reviziju na Vrhovnom sudu, odnosno posredno, preko pravne književnosti koja katkad upozori na pojedinačne slučajeve koji se pojavljuju na pojedinim sudovima.³³ Stoga je nezahvalno prognozirati koliko često pravne osobe potražuju naknadu neimovinske štete na temelju novog, objektivističkog koncepta neimovinske štete. No, navedeni primjeri nesumnjivo sugeriraju da svijest o mogućnosti pravne zaštite prava osobnosti pravnih osoba očito postupno jača.

U supstancijalnom smislu navedeni slučajevi također jasno upućuju na to da su sudovi još prilično suzdržani u smislu visine iznosa naknade neimovinske štete koju su spremni dosuditi pravnim osobama. Naime, u predmetu kojim se bavio USRH u postupku br. U-III-7479/2014 tužitelju koji je zahtijevao naknadu štete u iznosu od 50.000 kuna zbog povrede prava na ugled dosuđena je naknada u iznosu od 26.000 kuna, dok su u predmetu kojim se USRH bavio u postupku br. U-III-4946/2013 tuženici osuđeni platiti svaki po 20.000 kuna zbog povrede tužiteljeva prava na poslovni ugled. Usporede li se ti iznosi s iznosima koje sudovi uobičajeno dosuđuju u postupcima za naknadu neimovinske štete zbog povrede prava na čast i ugled fizičkim osobama, pokazuje se očit nerazmjer u visini naknada. Tako je, primjerice, presudom 1228/10-2 od 12. 10. 2011. godine VSRH tužitelju dosudio iznos od 70.000 kuna (približno 9.100 eura) na ime neimovinske štete prouzročene povredom ugleda. U predmetu Rev-x 584/11-2 od 12. 9. 2012. godine ta je naknada dosegla iznos od 130.000 kuna (približno 17.000 eura), a u predmetu 1263/11-2 od 16. 8. 2011. godine dosegla je iznos od 180.000 kuna (približno 23.500 eura).³⁴ Očito je, dakle, da relativno opreznim, pa čak i konzervativnim pristupom u

³³ V., primjerice, sudsku praksu obrađenu u D. Pihler, Problematika opsega naknade neimovinske štete zbog povrede poslovnog ugleda pravne osobe javnog prava, Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku, 3–4, 2015., str. 11–12.

³⁴ V. detaljnije M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger, European Tort Law 2015, De Gruyter, 2016., str. 99–100.

određivanju visine neimovinske štete koja se dosuđuje pravnim osobama, hrvatski sudovi nastoje držati očekivanja javnosti pod kontrolom, ne dopuštajući da u smislu visine odštete stvari eskaliraju preko mjere. Ima li se na umu da je odgovornost za neimovinsku štetu prouzročenu pravnoj osobi relativno nov i u nas prilično nepoznat institut, taj je oprez hrvatskih sudova donekle i razumljiv. No, uzme li se u obzir činjenica da bi odgovornost za neimovinsku štetu trebala, među ostalim, imati funkciju posebne i generalne prevencije³⁵, dakle odvracati pravne subjekte od povrede tuđih neimovinskih dobara, pitanje je može li se dugoročno takvim suzdržanim pristupom ta svrha instituta odgovornosti za neimovinsku štetu ostvariti.

Osim što je njime znatno prošireno personalno i predmetno polje primjene odgovornosti za neimovinsku štetu, novo uređenje te vrste odgovornosti za štetu povoljno je utjecalo i što se tiče procesne ekonomičnosti. Naime, uz primjenu subjektivističke koncepcije neimovinske štete u svakom je pojedinom slučaju bilo nužno provesti vještačenje fizičkih ili psihičkih boli i straha kako bi se utvrdilo je li neimovinska šteta uopće nastala. Uz novu, objektivističku koncepciju neimovinske štete takvo što više nije nužno. Naime, kao što je to nedavno ispravno ustvrdio Županijski sud u Zadru u presudi 6 Gž-2425/15-2 od /2017-2 od 2. 10. 2017. godine, kako bi utvrdio težinu povrede prava osobnosti, sud ne mora nužno provoditi medicinsko vještačenje, nego o težini povrede može odlučiti na temelju životnog iskustva u skladu s općenito prihvaćenim moralnim i socijalnim normama.³⁶ Ima li se na umu da po novoj koncepciji neimovinske štete boli i strah nisu neimovinska šteta, nego tek kvalifikatorni elementi koji mogu utjecati tek na visinu pravične novčane naknade, takav je stav suda potpuno u skladu s objektivnom koncepcijom neimovinske štete koja, kao što vidimo, među ostalim, povoljno utječe na brzinu rješavanja predmeta, ali i na troškove postupka.

Naravno, čak se i danas sporadično pojavljuju odluke sudova iz kojih se nazire prilično nerazumijevanje novog koncepta neimovinske štete, pa čak i koncepta prava osobnosti općenito. Srećom, pravosudni sustav u Hrvatskoj danas je očito dovoljno konsolidiran da učinkovito reagira na takve pojedinačne ekscese. Tako

³⁵ V. M. Baretić, Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, vol. 56 – poseban broj, 2006., str. 488–498; M. Bukovac-Puvača, Funkcije pravične novčane naknade u hrvatskom pravu, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2016., br. 1, str. 155 et seq.

³⁶ V. detaljnije M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger, European Tort Law 2017, De Gruyter, 2018., str. 84–88.

je, primjerice, 2017. godine donesena odluka USRH U-III-1095/2017 od 21. 9. 2017. godine kojom je taj sud reagirao na krajnje neprimjereno shvaćanje neimovinske štete od nekih redovnih sudova. Slučaj se ticao 12-godišnjeg dječaka kojega su na ulasku u trgovački centar zadržali i pretražili pripadnici zaštitarske službe. Oštećenik je tužio trgovački centar za naknadu neimovinske štete zbog povrede prava na dostojanstvo te prvostupanjski sud prihvaća tužbeni zahtjev. Županijski sud u Karlovcu, odlučujući o žalbi protiv prvostupanjske odluke, preinačuje odluku prvostupanjskog suda i odbija tužbeni zahtjev argumentirajući da je u donošenju odluke prvostupanjski sud propustio uzeti u obzir mišljenje dvaju vještaka psihologa koji su ustvrdili da kod 12-godišnjeg djeteta još nisu razvijeni osjećaji dostojanstva i časti, stoga oštećenik nije mogao ni shvatiti povredu svoga prava osobnosti, a time za njega nije ni nastala ikakva šteta. Nakon što je Vrhovni sud Republike Hrvatske propustio reagirati na taj očito neutemeljeni pravni stav Županijskog suda, predmet dopijeva na Ustavni sud Republike Hrvatske koji ukida presude Županijskog suda u Karlovcu i Vrhovnog suda zbog povrede ustavnog prava na čast i ugled te vraća predmet Županijskom sudu u Karlovcu na ponovno odlučivanje. Odlučujući o ustavnoj tužbi oštećenika, USRH je, među ostalim, ustvrdio da Ustav Republike Hrvatske i relevantni međunarodni izvori pružaju zaštitu temeljnih prava osobnosti svakoj osobi bez obzira na uzrast te bez obzira na to može li osoba biti svjesna svoje osobnosti. Time je USRH ujedno izrazio sasvim ispravno shvaćanje objektivističkog koncepta neimovinske štete, prema kojem neimovinska šteta može biti nanesena svakom subjektu kojem su objektivno povrijeđena njegova prava osobnosti, bez obzira na to je li taj subjekt te povrede svjestan i bez obzira na to trpi li psihofizičke posljedice te povrede.³⁷

2.3. Sudbina tzv. orijentacijskih kriterija

Naknada neimovinske štete zbog same prirode povrijeđenih dobara nikada ne može biti ekvivalent pretrpljene povrede, pa u tom kontekstu nema objektivnih kriterija kojima bi se ta naknada mogla kvantificirati. Pri takvu stanju stvari pravna bi sigurnost mogla biti ozbiljno ugrožena ako bi sudovi arbitrarno odlučivali o visini neimovinske štete. Kako bi se izbjegao takav neželjeni scenarij, u veliku broju pravnih poredaka izrađuju se određeni ujednačeni kriteriji

³⁷ Detaljnije v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2017*, De Gruyter, 2018., str. 92–95.

kojima se sudovi koriste pri kvantifikaciji naknade neimovinske štete.³⁸ Hrvatska nije iznimka što se toga tiče. Na sjednici Građanskog odjela Vrhovnog suda Republike Hrvatske održanoj 29. 11. 2002. godine doneseni su Orijehtacijski kriteriji i iznosi za utvrđivanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete (dalje u tekstu: Orijehtacijski kriteriji)³⁹ koji bi, kao što je to u njima izrijehtom navedeno, trebali omogućiti ujednačenu primjenu pravila o odgovornosti za neimovinsku štetu. Pritom, kao što je to VSRH učestalo naglašavao u svojim odlukama, Orijehtacijski kriteriji nisu izvor prava, nego tek pomoćno sredstvo kojim se daju smjernice, što se u većini slučajeva smatra uobičajenom naknadom neimovinske štete prouzročene pojedinim vrstama povreda.⁴⁰

Orijehtacijski kriteriji bili su doneseni u vrijeme dok je vrijedio ZOO iz 1978. pa se u njima zrcalila subjektivistička koncepcija neimovinske štete. Stoga i ne začuđuje da su nakon stupanja na snagu ZOO-a čak i neki od sudionika sjednice Vrhovnog suda na kojem su Orijehtacijski kriteriji doneseni smatrali kako te kriterije nije moguće primijeniti pri određivanju naknade neimovinske štete prema ZOO-u.⁴¹

Ipak, Orijehtacijski su se kriteriji nastavili primjenjivati u sudskoj praksi i nakon stupanja na snagu novog ZOO-a⁴², barem u onim segmentima koji su njima bili obrađeni. Pritom je u pojedinim slučajevima bilo sasvim razvidno da ti kriteriji jednostavno nisu pogodni za primjenu u okviru objektivističke koncepcije neimovinske štete. Tako je, primjerice, u spomenutoj odluci Rev-689/2008-2 od 1. 4. 2009. godine VSRH potvrdio nižestupanjske presude kojima je 16-go-

³⁸ V. detaljnije M. Baretić, S. Nikšić, Položaj Hrvatskih orijentacijskih medicinskih tablica u sustavu odgovornosti za neimovinsku štetu, u: Naknada neimovinske štete – nove hrvatske orijentacijske medicinske tablice za procjenu oštećenja zdravlja, Inženjerski biro, 2010., str. 83; I. Santica, Orijehtacijski kriteriji Vrhovnog suda Republike Hrvatske u kontekstu primjene Zakona o obveznim odnosima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli, 2016., br. 1, str. 244–245.

³⁹ Dostupna na http://www.iusinfo.hr/Appendix/DDOKU_HR/DDHR20110111N53_5_1.pdf (stranica posjećena 10. 11. 2018.).

⁴⁰ V., primjerice, rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske Rev-1705/11-2 od 2. 2. 2016. Odluka dostupna na http://www.iusinfo.hr/CaseLaws/Content.aspx?Doc=VRHSUD_HR&SOPI=VSRH2011RevB1705A2 (stranica posjećena 10. 11. 2018.).

⁴¹ I. Grbin, Orijehtacijski kriteriji Vrhovnog suda Republike Hrvatske za utvrđivanje visine pravične novčane naknade neimovinske štete, u: Naknada neimovinske štete, pravno-medicinski okvir, Inženjerski biro, 2009., str. 53.

⁴² V. detaljnije M. Bukovac Puvača, Deset godina nove koncepcije neimovinske štete, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1, 2015., str. 174; I. Crnić, Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete, Organizator, 2013., str. 91.

dišnjem tužitelju koji je zbog zadobivenih ozljeda zapao u trajno vegetativno stanje dosuđena naknada neimovinske štete od čak 1.000.000 kuna (približno 135.000 eura). Iako su okolnosti toga slučaja opravdavale dosuđivanje tako visoke odštete, ostaje nejasno na temelju čega su sudovi odredili tu naknadu. Naime, oštećenik zbog svojeg stanja nije trpio nikakve boli i strah, a Orijentacijski kriteriji određuju visinu odštete isključivo na temelju kvantifikacije boli i straha. U tom smislu ta odluka nikako nije mogla biti donesena na temelju Orijentacijskih kriterija jer oni jednostavno ne nude rješenje za tu vrstu slučajeva.

Osim toga, u posljednje vrijeme u sudskoj je praksi zamjetan trend dosuđivanja naknade neimovinske štete u iznosima koji u znatnoj mjeri nadilaze iznose predviđene Orijentacijskim kriterijima. Tako je, primjerice, u predmetu Rev-x 319/14-2 od 21. 5. 2014. godine VSRH dosudio oštećeniku naknadu štete u dvostrukom iznosu u odnosu na ono što je Orijentacijskim kriterijima predviđeno za takvu vrstu povreda. U tom je slučaju osobito zanimljivo to što je drugostupanjski sud umanjio iznos koji je dosudio prvostupanjski sud na razinu onoga što predviđaju Orijentacijski kriteriji, a VSRH je preinačio drugostupanjsku odluku dosudivši iznos koji je inicijalno dosudio prvostupanjski sud.⁴³ U 2016. godini taj se trend nastavlja te je na hrvatskim sudovima donesen niz odluka kojima su sudovi dosuđivali naknadu štete u iznosima koji znatno nadilaze ono što je predviđeno u Orijentacijskim kriterijima⁴⁴, što je prije svega nekoliko godina bilo gotovo nezamislivo.

Zbog toga se u posljednje vrijeme u pravnoj književnosti sve češće sugerira da bi Orijentacijske kriterije trebalo znatnije redigirati.⁴⁵ Iako su Orijentacijski kriteriji imali nesumnjivo važnu ulogu u ujednačavanju sudske prakse u smislu dosuđenih iznosa naknade neimovinske štete, argumenti onih koji zagovaraju njihovu redakciju svakako imaju težinu. Osim već istaknute činjenice da Orijentacijski kriteriji jednostavno nisu prilagođeni novoj, objektivističkoj koncepciji neimovinske štete, isto je tako važno napomenuti da je u posljednjih 15-ak godina, koliko je prošlo otkad su Orijentacijski kriteriji doneseni, hr-

⁴³ Detaljnije v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2014*, De Gruyter, 2015., str. 106–109.

⁴⁴ V. npr. rješenja VSRH Rev 1705/11-2 od 2. 2. 2016., Rev-2267/11-2 od 5. 1. 2016., Rev-492/12-2 od 20. 1. 2016., 283/12-2 od 10. 2. 2016., Rev-1464/10-2 od 13. 4. 2016.; detaljnije v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2016*, De Gruyter, 2017., str. 94–96.

⁴⁵ I. Crnić, Utvrđivanje iznosa novčane naknade neimovinske štete, Organizator, 2013., str. 89; D. Jelušić, Orijentacijski kriteriji za isplatu pravičnih novčanih naknada na osnovi pretrpljene neimovinske štete, Pravo i porezi, 7–8, 2016., str. 68 *et seq.*

vatska valuta devalvirala oko 32 %⁴⁶, pa, kao što to pokazuje recentna sudska praksa, iznosi naknada koje bi trebalo dosuđivati prema Orijentacijskim kriterijima više ne odgovaraju realnosti. Stoga bi doista bilo vrijeme da VSRH počne razmišljati o izradi novih Orijentacijskih kriterija, kao što se to uostalom periodično čini i u drugim pravnim poredcima.⁴⁷

3. KONSTITUCIONALIZACIJA ODŠTETNOG PRAVA

Kao što je već bilo navedeno, odštetno pravo dugo je vremena bilo percipirano kao relativno kompaktna, samodostatna pravna cjelina. Kada će se i pod kojim pretpostavkama odgovarati za štetu, tko će odgovarati za štetu i u kojem obujmu, tradicionalno se utvrđivalo na temelju općih ili posebnih odštetnopravnih pravila. Vrlo su se rijetko u kontekstu odštetnopravne odgovornosti sudovi referirali na ostale segmente privatnopravnog uređenja, a kamoli na ostale segmente pravnog uređenja općenito. U tom smislu, odštetno pravo činilo se prilično udaljenim od ustavnopravnog uređenja. U posljednjih dvadesetak godina taj se trend u Europi ubrzano mijenja. Sve više i sve češće sudovi promatraju i tumače temeljne odštetnopravne koncepte kroz prizmu ustavnopravnih i konvencijskih načela, na taj način snažno modificirajući opće uređenje odgovornosti za štetu. Hrvatsko odštetno pravo u tome nije iznimka. Kao što će biti prikazano u ovom poglavlju, u posljednjih nekoliko godina sudovi su reinterpretirali neke temeljne postulate odštetnog prava kroz prizmu ustavnih i konvencijskih načela. Pritom su u tome podjednako sudjelovali VSRH, USRH i ESLJP.

3.1. Utvrđivanje protupravnosti na temelju ustavnih i konvencijskih načela

U predmetu Rev-1210/09-2 od 27. 4. 2011. godine VSRH odlučivao je o zahtjevu za naknadu štete vlasnika nekretnine protiv Republike Hrvatske. Tužitelj je, vjerojatno kao rezultat oružanih sukoba, privremeno napustio svoju nekretninu koju je na temelju posebnog propisa Republika Hrvatska uzela u privremeni posjed te ju je dala na privremeno korištenje izbjeglicama iz Bosne

⁴⁶ V. D. Jelušić, Orijentacijski kriteriji za isplatu pravičnih novčanih naknada na osnovi pretrpljene neimovinske štete, *Pravo i porezi*, 7–8, 2016., str. 68 *et seq.*

⁴⁷ V., primjerice, nove belgijske indikativne tablice, I. C. Durant, Belgium, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2014*, De Gruyter, 2015., str. 63.

i Hercegovine. Nakon povratka u Hrvatsku vlasnik zahtijeva od Republike Hrvatske povrat nekretnine te naknadu štete prouzročene korištenjem nekretninom. U predmetu se kao temeljno pojavilo pitanje protupravnosti postupanja Republike Hrvatske. Naime, budući da je Republika Hrvatska uzela tužiteljevu nekretninu u posjed na temelju posebnog propisa, prvostupanjski i drugostupanjski sud stali su na gladište da Republika Hrvatska, uzevši u posjed i koristeći se tužiteljevom nekretninom, nije postupala protupravno te su zbog toga odbili tužbeni zahtjev tužitelja.

Odlučujući u povodu revizije, VSRH ukida presude nižestupanjskih sudova te predmet vraća prvostupanjskom sudu na ponovno odlučivanje. Obrazlažući taj stav, VSRH podsjetio je da je ovdje riječ o predmetu koji se odnosi na pitanje vlasništva, kao jednog od prava zaštićenih Ustavom i Europskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava te da stoga o postojanju odnosno nepostojanju protupravnosti na strani tuženika ne treba prosuđivati samo na temelju općih pravila odštetnog prava nego i na temelju načela koji proizlaze iz Ustava i Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Ocjenjujući postupanje Republike Hrvatske kroz prizmu ustavnih i konvencijskih načela, VSRH je zaključio da je postupanje Republike Hrvatske bilo protupravno. U tom kontekstu, VSRH započinje svoju analizu konstatacijom da na temelju Ustava i Europske konvencije država ima pravo ograničiti pravo vlasništva ako to zahtijeva javni interes. U tome konkretnom slučaju država je, smatrao je VSRH, imala dva legitimna interesa uzeti u posjed tužiteljevu nekretninu; zaštita napuštenih nekretnina od propadanja te smještaj izbjeglica. No, u onom trenutku kada je tužitelj zatražio povrat svoje nekretnine, interes je zaštite napuštenih nekretnina prestao, a ostao je samo legitiman interes smještaja izbjeglica. No taj legitiman interes, smatrao je VSRH, ne može imati prednost pred tužiteljevim interesom da mu se vrati njegova nekretnina jer je pravo vlasništva jedno od najvećih vrednota našega ustavnopravnog poretka kojemu je pružena posebna zaštita. U tom kontekstu, država je, zadržavajući tužiteljevu nekretninu u posjedu i nakon što ju je on zatražio natrag, povrijedila tužiteljevo Ustavom zajamčeno pravo vlasništva, a time i djelovala protupravno.⁴⁸

Nema sumnje da je u tom predmetu VSRH pristupio utvrđivanju protupravnosti postupanja štetnika vrlo sofisticirano, ocjenjujući postupanje štetnika ne samo na temelju općih pravila odgovornosti za štetu nego i na temelju

⁴⁸ Detaljnije o toj presudi v. M. Baretić, u: B. Winiger, E. Karner, K. Oliphant (eds), *Digest of European Tort Law*, volume 3: *Essential Cases of Misconduct*, De Gruyter, 2018., str. 326–328.

općih načela ustavnog i konvencijskog prava. U tom je smislu VSRH ustvrdio da je u slučajevima kada odštetnopravni predmeti involviraju prava i interese zaštićene Ustavom i konvencijskim pravom, pri ocjeni postojanja pretpostavka odgovornosti za štetu nužno se mora voditi računa i o ustavnopravnim konsideracijama. Pritom, kao što je to pokazao VSRH, u tim će situacijama biti potrebno gotovo filigransko odmjeravanje suprotstavljenih interesa.

3.2. Interpretacija zakonskih odredaba kroz prizmu ustavnih i konvencijskih rješenja

Na temelju čl. 1101., st. 1. ZOO-a i čl. 201., st. 3. ZOO-a iz 1978., u slučaju smrti ili osobito teškog invaliditeta neke osobe pravo na pravičnu novčanu naknadu imaju i članovi njezine uže obitelji. Pritom, ni ZOO ni ZOO iz 1978. ne predviđaju nikakva mjerila za prosudbu standarda „osobito teškog invaliditeta“. Pri takvu stanju stvari u hrvatskoj se sudskoj praksi ustalilo tumačenje prema kojem bi standard osobito teškog invaliditeta bio ostvaren jedino u slučaju potpunog, stopostotnog invaliditeta. Odlučujući o ustavnosti sudskih odluka kojima je tužitelj bio odbijen sa zahtjevom za naknadu neimovinske štete zbog osobito teškog invaliditeta bliske osobe, USRH donosi 2007. godine odluku U-III-576/2000 od 24. 1. 2007. godine⁴⁹ kojom ustvrđuje da je takvo tumačenje relevantnih odredaba ZOO-a i ZOO-a iz 1978. ustavnopravno neprihvatljivo jer ne proizlazi iz relevantnih odredaba ZOO-a i ZOO-a iz 1978. te da sudovi takvim tumačenjem arbitrarno primjenjuju pravo. Dapače, u navedenoj odluci USRH uspostavlja dvostupanjski test po kojem bi trebalo utvrđivati jesu li pretpostavke iz čl. 1101., st. 1. ZOO-a i čl. 201., st. 3. iz 1978. ispunjene. Na temelju toga testa sudovi bi prvo trebali utvrditi težinu invaliditeta bliske osobe, a potom vanjske manifestacije tog invaliditeta. Istom se pitanju USRH vraća 2013. godine odlukom U-III-5092/2012 od 30. 11. 2013. godine⁵⁰ kojom ukida presude VSRH i Županijskog suda u Splitu te vraća predmet na ponovno odlučivanje jer su tim presudama sudovi očito zanemarili stav USRH o tumačenju standarda „osobito teški invaliditet“.⁵¹

⁴⁹ Odluka dostupna na <https://sljeme.usud.hr/usud/praksaw.nsf/Praksa/C12570D30061C-E53C125726D00363B05?OpenDocument> (stranica posjećena 20. 10. 2018.).

⁵⁰ Odluka objavljena u NN, br. 25/14.

⁵¹ Detaljnije o toj odluci v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2013*, De Gruyter, 2014., str. 111–116.

Činjenicu da je to tumačenje relevantnih odredaba čl. 1101., st. 1. ZOO-a i čl. 201., st. 3. ZOO-a iz 1978. konačno zaživjelo u hrvatskoj sudskoj praksi može posvjedočiti presuda VSRH Rev-2145/11-3 od 11. 2. 2014. godine. U postupku se odlučivalo o zahtjevu na naknadu neimovinske štete oštećenika čije je dijete zbog nesreće postalo 90-postotni invalid. Nakon što su prvostupanjski i drugostupanjski sudovi prihvatili tužbeni zahtjev tužitelja, tuženik se obratio Vrhovnom sudu tvrdeći da je materijalno pravo pogrešno primijenjeno jer u tom slučaju nije došlo do osobito teškog invaliditeta bliske osobe. VSRH u navedenoj presudi odbija reviziju kao neosnovanu ponavljajući stav USRH-a da je neosnovano tumačenje prema kojem bi standard osobito teškog invaliditeta bio ispunjen samo u slučaju stopostotnog invaliditeta.⁵²

3.3. Troškovi postupka za naknadu štete kroz prizmu ustavnih i konvencijskih načela

Što se tiče snošenja tereta troškova postupka, hrvatsko procesno građansko pravo prihvaća komparativno uobičajeno pravilo „gubitnik plaća“ (*loser pays*).⁵³ Prema tom pravilu, stranka koja izgubi spor snosi troškove suprotne strane. Općenito govoreći, uz primjenu pravila „gubitnik plaća“ svaka će stranka snositi troškove razmjerno svojem uspjehu u sporu. Pritom u slučajevima u kojima se tužbom zahtijeva određeno plaćanje proporcije uspjeha u sporu, na hrvatskim se sudovima u pravilu prosuđuju po postotku dosude utuženog iznosa. U tom kontekstu, čak i u situacijama u kojima bi tužbeni zahtjev bio osnovan, ali bi sud dosudio tek dio traženog iznosa, postoji mogućnost da tužitelj unatoč djelomičnu uspjehu bude osuđen na plaćanje troškova postupka koji nadilaze ono što mu je dosuđeno na temelju njegova glavnoga tužbenog zahtjeva. Ta je opasnost pogotovo izražena u postupcima za naknadu neimovinske štete. Naime, budući da naknada neimovinske štete nije ekvivalent pretrpljene povrede, katkad je vrlo teško unaprijed utvrditi koliku će odštetu sud dosuditi. Taj problem dodatno je potenciran činjenicom da je, kao što je to već navedeno, ZOO-om uvedena nova, objektivistička koncepcija neimovinske štete pa je još i sada, desetak godina nakon stupanja na snagu ZOO-a, za neke oblike neimovinske štete potpuno nepoznato koliko bi sudovi bili spremni dosuditi.

⁵² Detaljnije o toj odluci v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2013*, De Gruyter, 2014., str. 104–105.

⁵³ V. čl. 154., st. 1. Zakona o parničnom postupku (Sl SFRJ, br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91; NN, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14).

Proporcije toga problema zorno se mogu prikazati na slučaju *Klauz*⁵⁴ koji se rješavao na ESLJP-u. Gospodin Klauz tužio je Republiku Hrvatsku zbog policijske brutalnosti te je zatražio da mu se na ime naknade neimovinske štete dosudi 350.000 kuna (približno 44.000 eura). Iako je sud presudio u korist gospodina Klauza, dosudio mu je tek iznos od 14.000 kuna (približno 1.800 eura) te ga je, u skladu s pravilom o snošenju troškova proporcionalno uspjehu u sporu, osudio na plaćanje 95 % troškova suprotne strane.⁵⁵ U presudi koju je donio u povodu zahtjeva gospodina Klauza ESLJP je ustvrdio da je, unatoč činjenici da načelno nema ništa sporno u pravilu „gubitnik plaća“, u tom slučaju došlo do neprimjerene primjene toga pravila, čime su povrijeđena prava gospodina Klauza na pravično suđenje i na slobodno uživanje vlasništva. Naime, ESLJP je prihvatio argument da je gospodin Klauz previsoko postavio svoj tužbeni zahtjev, no isto je tako ustvrdio da je sankcija za taj, kako ga je ESLJP nazvao, manji procesni propust, koja se sastoji u plaćanju 95 % troškova suprotne strane, neproporcionalna. Obrazlažući tu svoju odluku, ESLJP je ustvrdio da bi se procjena uspjeha u sporu trebala provoditi ne samo na temelju kvantitativnih nego i kvalitativnih kriterija, pa tako u procjeni uspjeha određene stranke u sporu ne bi trebalo uzimati u obzir isključivo uspjeh u smislu kvantuma nego i uspjeh u smislu merituma. U tom slučaju, smatrao je ESLJP, sudovi su mehanički primjenjivali pravilo iz čl. 154., st. 1. ZPP-a ne uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti toga slučaja, a poglavito činjenicu da je gospodin Klauz uspio dokazati da su njegova prava osobnosti bila povrijeđena te da ima pravo na naknadu neimovinske štete.

Kriteriji za donošenje odluke o snošenju troškova postupka u slučaju zahtjeva za naknadu neimovinske štete, postavljeni u predmetu *Klauz*, vrlo su brzo zaživjeli u hrvatskoj sudskoj praksi, što se može zorno dočarati presudom i rješenjem Županijskog suda u Varaždinu u predmetu 15 Gž-2529/15-2 od 30. 3. 2016. godine.

U postupku se odlučivalo o zahtjevu tužitelja za naknadom neimovinske štete zbog povrede prava na duševno zdravlje te prava na čast i ugled. Prvostupanjski sud prihvatio je tužiteljev tužbeni zahtjev samo djelomično te je naložio da svaka stranka snosi svoje troškove. U povodu žalbe Županijski je sud u Varaždinu potvrdio odluku prvostupanjskog suda u smislu merituma, ali ju

⁵⁴ Judgement of the European Court of Human Rights: *Klauz vs Croatia* of 18 July 2013 (Application no.28963/10).

⁵⁵ Više o presudi *Klauz*, v. L. Kušan, Presuda Europskog suda za ljudska prava: Klauz protiv Hrvatske, *Odvjetnik*, 3–4, 2014., str. 44 *et seq.*

je preinačio u smislu troškova postupka naloživši tuženiku da plati tužitelju sve troškove postupka. Obrazlažući takvu odluku, Županijski sud u Varaždinu pozvao se na praksu VSRH, prema kojoj se odluka o procjeni uspjeha u sporu trebala donijeti ne samo na temelju kvantitativnih nego i kvalitativnih kriterija. Uzimajući u obzir činjenicu da je tužitelj potpuno uspio u smislu merituma, iako je tuženik osporavao osnovanost tužiteljeva zahtjeva, Županijski sud u Varaždinu smatrao je da tužitelju treba dosuditi troškove postupka u cijelosti.⁵⁶ Time je Županijski sud u Varaždinu ujedno jasno pokazao kako se uvriježeni stavovi sudske prakse znatno mijenjaju pod utjecajem konvencijskog prava i presuda ESLJP-a kojima se tumači to pravo.

4. ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU

Odgovornost države za štetu u suvremenim je demokratskim društvima izraz načela vladavine prava koje, ne samo da nameće javnoj vlasti određena ograničenja u ispunjenju prerogativa vlasti nego i predviđa odgovornost javne vlasti za propuste u obnašanju te vlasti.⁵⁷ U tom smislu, u Republici Hrvatskoj odgovornost države za štetu koju prouzroče tijela javne vlasti propisana je nizom zakona, kao što su, primjerice, Zakon o sudovima⁵⁸, Zakon o zemljišnim knjigama⁵⁹, Zakon o državnom odvjetništvu⁶⁰, Zakon o sustavu državne uprave⁶¹, Zakon o policiji⁶², Zakon o carinskoj službi⁶³, Zakon o obrani⁶⁴, Zakon o služ-

⁵⁶ Detaljnije o toj odluci v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2016*, De Gruyter, 2017., str. 89–92.

⁵⁷ V. S. Petrić, Đ. Bolanča, *Odgovornost države za štetu kao element ostvarenja načela vladavine prava*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 12, 2014., str. 66.

⁵⁸ Zakon o sudovima, NN, br. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16.

⁵⁹ Zakon o zemljišnim knjigama, NN, br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13, 60/13, 108/17.

⁶⁰ Zakon o državnom odvjetništvu, NN, br. 79/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11, 130/11, 72/13, 148/13, 33/15, 82/15.

⁶¹ Zakon o sustavu državne uprave, NN, br. 150/11, 12/13, 93/16, 104/16.

⁶² Zakon o policiji, NN, br. 34/11, 130/12, 89/14, 151/14, 33/15, 121/16.

⁶³ Zakon o carinskoj službi, NN, br. 68/13, 30/14, 115/16.

⁶⁴ Zakon o obrani, NN, br. 73/13, 75/15, 27/16.

bi u oružanim snagama Republike Hrvatske⁶⁵, Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave.⁶⁶

Osim slučajeva odgovornosti za štetu prouzročenu propustima u obavljanju javne vlasti, u posljednjih petnaestak godina sve se češće susrećemo sa slučajevima odgovornosti države za štetu u kojima država odgovara ne na temelju protupravnog obnašanja javne vlasti, nego na temelju načela solidarnosti kao što je to slučaj s odgovornošću države predviđene Zakonom o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija⁶⁷ i Zakonom o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela.⁶⁸

Među slučajevima u kojima država odgovara za štetu zbog propusta u obnašanju javne vlasti dominiraju oni koji se odnose na propuste upravnih tijela te oni koji se odnose na propuste sudbene vlasti, poglavito zbog povrede prava na pravično suđenje. No, donedavno u hrvatskoj sudskoj praksi nije bio zabilježen nijedan slučaj odgovornosti za štetu prouzročenu zakonodavnom djelatnošću. To se stanje, međutim, nedavno počelo mijenjati kada je USRH prvi put ustvrdio da država može biti odgovorna za štetu prouzročenu donošenjem zakona.

Ustavnopravni predmet u zajedničkim slučajevima U-1-5612/2011, U-I-6274/2011, U-I-178/2012, U-I-480/2012 od 23. 1. 2012. godine⁶⁹ pokrenule su osobe koje su, na temelju Zakona o javnim ovršiteljima, bile izabrane za tzv. javne ovršitelje, a koje su tražile od USRH da ukine Zakon o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima. Hrvatski sabor donio je 2011. godine Zakon o javnim ovršiteljima te su na temelju toga Zakona izabrane osobe koje su trebale obavljati javnoovršiteljsku službu. Prije negoli je javnoovršiteljska služba zaživjela, Sabor 2011. godine donosi Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o javnim ovršiteljima, kojim se primjena Zakona o javnim ovršiteljima odgađa do sredine 2012. godine. Sredinom 2012. godine Hrvatski sabor još jedanput odgađa primjenu toga Zakona, ovaj put do 2015. godine, a u jesen 2012. godine donio je Zakon o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima. Osobe koje su bile izabrane za javne ovršitelje, a koje su u međuvremenu otkazale svoje prijašnje poslovne aranžmane te investirale znatna sredstva u

⁶⁵ Zakon o službi u oružanim snagama Republike Hrvatske, NN, br. 73/13, 75/15, 50/16.

⁶⁶ Zakon o Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javne nabave, NN, br. 18/13, 127/13, 74/14.

⁶⁷ Zakon o odgovornosti za štetu nastalu zbog terorističkih akata i javnih demonstracija, NN, br. 117/03.

⁶⁸ Zakon o novčanoj naknadi žrtvama kaznenih djela, NN, br. 88/08 – pročišćeni tekst, 27/11.

⁶⁹ Rješenje USRH u tom predmetu objavljeno je u NN, br. 13/13.

poslovne prostore i opremu, zatražile su od USRH da proglasi Zakon o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima neustavnima.

USRH odbacio je prijedlog za ukidanje Zakona o javnim ovršiteljima argumentirajući da zakonodavac ima ustavno pravo odabrati i zakonski urediti model ovrhe koji će vrijediti u društvu. U tom je smislu USRH ustvrdio da je zakonodavac imao pravo odlučiti o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima. Međutim, USRH također je ustvrdio da osobe koje su bile izabrane za javne ovršitelje imaju pravo na sudovima pokrenuti protiv Republike Hrvatske postupke za naknadu štete koju su pretrpjele donošenjem Zakona o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima. Pritom je USRH argumentirao da je donošenjem Zakona o javnim ovršiteljima zakonodavac kod osoba izabranih za javnoovršiteljsku službu stvorio opravdana očekivanja da će obavljanjem te službe podmiriti troškove kojima su se izložili pripremajući se za službu, zbog čega se, smatra USRH, postupanje zakonodavca u tom slučaju ne može pomiriti s načelom pravedne raspodjele ravnoteže između javnog interesa i interesa pojedinaca na koje Zakon o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima izravno utječe. USRH pritom je ustvrdio da je ignoriranjem opravdanih interesa osoba koje su bile izabrane za javne ovršitelje te propuštanjem da se predvide odgovarajući mehanizmi kojima bi se umanjila njihova šteta zbog ukidanja javnoovršiteljske službe, zakonodavac narušio pravnu sigurnost, pravnu izvjesnost i pravnu predvidljivost.

Na temelju te odluke Ustavnog suda na redovnim su sudovima pokrenuti pojedinačni postupci kojima su pojedine osobe izabrane za javne ovršitelje potraživale od Republike Hrvatske naknadu štete nastale donošenjem Zakona o prestanku važenja Zakona o javnim ovršiteljima. Jedan od prvih objavljenih slučajeva u kojima je sud prihvatio tužbeni zahtjev oštećenika rješavan je na Županijskom sudu u Varaždinu. U predmetu Gž-5818/13-2 od 16. 1. 2014. godine Županijski sud u Varaždinu potvrdio je prvostupanjsku djelomičnu presudu kojom je prvostupanjski sud presudio da je tužiteljev tužbeni zahtjev protiv Republike Hrvatske osnovan, ostavljajući za poslije odluku o visini naknade štete. Tijekom postupka Republika Hrvatska inzistirala je na tvrdnji da u njezinim postupcima nije bilo protupravnosti zato što je donošenje zakona ustavna ovlast Hrvatskog sabora, pa donošenje zakona nikada ne može biti protupravna radnja. Prvostupanjski sud i Županijski sud u Varaždinu otklonili su takvu argumentaciju smatrajući, u skladu sa stavovima koje je zauzeo USRH, kako je nekonzistentnošću u uređenju materije javnih ovršitelja država

dovela do štetnih posljedica na strani osoba koje su izabrane za javne ovršitelje, čime je država povrijedila načelo pravedne ravnoteže između javnih interesa i privatnih interesa na štetu potonjih.⁷⁰

Nema sumnje da odluka USRH u tom predmetu ima dalekosežno značenje, ne samo zbog činjenice što se njome USRH prvi put jasno odredio u vezi s pitanjem može li država odgovarati za štetu prouzročenu donošenjem zakona, nego ponajprije zbog toga što je tom presudom USRH postavio iznimno visoke demokratske standarde zakonodavne djelatnosti. Rječnikom odštetnog prava, USRH tim je predmetom visoko postavio ljestvicu dužne pažnje u zakonodavnoj djelatnosti.

Nešto je manje razumijevanja odštetnog prava USRH, nažalost, pokazao u predmetu U-III-2314/2006 od 21. 12. 2007. godine⁷¹ u kojem je taj sud zauzeo stav da je Zakonom o sustavu državne uprave uspostavljen sustav objektivne odgovornosti za štetu zbog nezakonita ili nepravilna rada tijela državne uprave. Pritom, čini se, taj kontroverzni stav postaje ustaljena sudska praksa USRH jer ga je nedavno, u predmetu U-III-5624/2013 od 24. 11. 2016. godine⁷², USRH ponovio. Taj stav USRH opravdano je kritiziran u pravnoj književnosti jer ga se ne može opravdati referencijom na tekst Zakona o sustavu državne uprave.⁷³ Objektivna odgovornost iznimka je od temeljenog pravila da se za štetu odgovara ako postoji krivnja na strani štetnika. Dakle, objektivno bi se trebalo odgovarati samo u slučajevima u kojima je to zakonom izrijeком propisano⁷⁴, a Zakonom o sustavu državne uprave nigdje nije propisano da država objektivno odgovara za štetu zbog nezakonita ili nepravilna rada državne uprave.

Čini se da je stav USRH da je odgovornost države za štetu na temelju Zakona o sustavu državne uprave beziznimno objektivna rezultat nedovoljne distinkcije između objektivne odgovornosti s jedne i objektivno koncipirane nepažnje s druge strane. Naime, u odluci U-III-2314/2006 USRH opravdano je reagirao na sasvim neprimjeren stav redovnih sudova da država može odgovarati za štetu jedino ako se utvrdi postojanje volje ili pristanka da se šteta nanese. Ako

⁷⁰ Detaljnije o odluci USRH i presudi Županijskog suda u Varaždinu v. M. Baretić, Croatia, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2014*, De Gruyter, 2015., str. 94–99.

⁷¹ Odluka je objavljena u NN, br. 36/07.

⁷² Odluka je objavljena u NN, br. 2/17.

⁷³ V. I. Crnić, *Odštetno pravo*, Nexia Grupa, Zgombić & partneri, 2008., str. 227.

⁷⁴ V. P. Klarić, M. Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, 2014., str. 615.

ne postoji volja ili pristanak da se nepravilnim ili nezakonitim radom nanese šteta interesima trećih, nema ni odgovornosti države, smatrali su nižestupanjski sudovi. USRH sasvim je opravdano reagirao na taj, ničim argumentirani, stav nižestupanjskih sudova izražavajući stav da će do odgovornosti države doći čak i u slučajevima kada nije utvrđena namjera ili pristanak da se šteta nanese. Problem je, stoga, bio u tome da su redovni sudovi iz nekog razloga zauzeli pogrešan stav kako će do odgovornosti dolaziti jedino ako je šteta prouzročena namjerno, što oni pogrešno nazivaju skrivljenim ponašanjem. USRH, čini se, prihvaća tu terminološku nekonzistentnost navodeći kako će država odgovarati i kad nije utvrđeno postojanje volje ili pristanka da se šteta nanese, pogrešno iz toga izvodeći zaključak da će u tim slučajevima država odgovarati objektivno. No, slučajevi u kojima će država odgovarati za štetu prouzročenu unatoč nepostojanju volje ili pristanka da se šteta nanese nisu slučajevi objektivne odgovornosti, nego odgovornosti po sustavu objektivizirane nepažnje.

5. ZAKLJUČAK

Razvojne tendencije koje su prikazane u ovom radu, a koje su se događale u posljednjih tridesetak godina, otkada se hrvatsko pravo razvija izvan kruga jugoslavenskoga pravnog poretka, opravdavaju konstataciju da je odštetno pravo jedno od najdinamičnijih područja privatnog prava.

Pritom, kao što je to bilo prikazano, mnoge promjene koje su se u tom periodu dogodile uglavnom su bile rezultat iznimne aktivnosti, pa i proaktivnosti hrvatskih, ali i nekih međunarodnih sudova. Snažan razvoj koncepta ljudskih prava u posljednjih tridesetak godina bitno se reflektirao i na odštetno pravo. Odštetno pravo, koje se tradicionalno smatralo samodostatnim pravnim uređenjem, u tom se periodu znatno modificira pod utjecajem ustavnih načela i načela međunarodnih konvencija. Postojanje pretpostavaka odgovornosti za štetu, tumačenje zakonskih pravila o odgovornosti za štetu, pa i primjena postupovnih pravila o teretu snošenja troškova postupka danas se, kao što je to bilo prikazano, promišljaju kroz prizmu ustavnopravnih i konvencijskih rješenja, čime pravila odštetnog prava dobivaju neke nove konture. To je dovelo i do nove dinamike poimanja odgovornosti države za štetu. Analizirajući postupke države kroz optiku demokratskih standarda utjelovljenih u Ustavu i međunarodnim konvencijama, hrvatski su sudovi nedavno došli do zaključka

da država može biti odgovorna za štetu i zbog propusta u radu zakonodavne vlasti. To je koncept koji je donedavno bio gotovo nezamisliv. No uvjerljivost argumenata koje je iznio USRH u prilog takvoj odluci sugerira da ovdje nije riječ tek o prolaznom fenomenu, nego o trajnom smjeru podizanja ljestvice demokratskih očekivanja od javne vlasti, a time i pooštrenju odgovornosti države za štetu prouzročenu neispunjavanjem tih očekivanja.

No, svakako najvažnija promjena hrvatskoga odštetnopravnog uređenja u proteklih tridesetak godina, izmjena koncepta neimovinske štete, posljedica je zakonodavnih intervencija, a ne aktivnosti naše sudske prakse. Uvođenje nove, objektivističke koncepcije neimovinske štete bilo je popraćeno s podosta opreza. Opravdano se, naime, propitalo nismo li prihvaćanjem objektivističke koncepcije neimovinske štete pretjerali u širenju predmetnog i personalnog polja primjene pravila te odgovornosti. Događanja oko nas, međutim, pokazuju da ne samo da nismo pretjerali u širenju polja primjene pravila o odgovornosti za neimovinsku štetu, nego dapače, da ćemo u dogledno vrijeme morati početi razmišljati o tome nisu li nam ta pravila postala preuska.

Naime, činjenica je da se danas učestalo govori o pravima osobnosti životinja, a samim time i o potencijalnoj odštetnopravnoj odgovornosti za povredu tih prava. Primjerice, u 2017. godini Portugal je donio novi propis kojim se uređuje pravni status životinja. Iako njime životinje nisu dobile status pravnih subjekata, jasno ih se distingviralo od stvari te im se pružilo zaštitu kao „osjetilnim živim bićima“. Pritom se u nekim segmentima toga propisa životinje doista približavaju statusu koji inače uživaju ljudi. Tako, primjerice, portugalski propis omogućava vlasniku životinje naknadu neimovinske štete zbog smrti ili teške ozljede životinje⁷⁵ baš kao što naš ZOO pruža članovima uže obitelji pravo na naknadu neimovinske štete zbog smrti ili osobito teškog invaliditeta bliskog člana obitelji. Ne treba sumnjati da će se o tim trendovima vrlo brzo početi raspravljati u hrvatskome pravnom poretku. Na kraju krajeva, ako se promotri popis zabranjenih postupaka prema životinjama koji donosi novi hrvatski Zakon o zaštiti životinja⁷⁶, jasno je da nas tek malen korak dijeli od priznanja prava životinja.

Osim prava osobnosti ostalih živih bića, vrlo bismo brzo mogli početi propitivati opstojnost i obujam prava osobnosti nekih nebioloških entiteta poput

⁷⁵ A. Dias Pereira, M. Martins, A. Pedrosa, Portugal, u: Karner, Steininger (ur.), *European Tort Law 2017*, De Gruyter, 2018., str. 484–487.

⁷⁶ V. čl. 5. Zakona o zaštiti životinja, NN, br. 102/17.

umjetne inteligencije, humanoidnih robota, avatara, fiktivnih likova, produkta virtualne stvarnosti, kao što se to predlaže nekim najnovijim inicijativama Europskog parlamenta.⁷⁷ Primjerice, Sophia, humanoidni robot, održala je govor u Ujedinjenim narodima i dobila državljanstvo Saudijske Arabije. Ako je riječ o državljanki međunarodno priznate države, ima li ona ista prava kao i svi ostali državljani te države? Rezolucijom o pravilima građanskog prava o robotici Europski parlament, primjerice, preporučuje Europskoj komisiji da se humanoidnim robotima prizna status elektroničkih osoba.⁷⁸ Nema sumnje da ćemo uskoro početi propitivati možemo li uništiti humanoidni robot, avatar ili neki drugi produkt virtualne stvarnosti, možemo li ih vrijeđati ili zlostavljati? Može li se u takvim slučajevima zahtijevati naknadu neimovinske štete te tko bi to mogao učiniti, vlasnik humanoidnog robota ili avatara, njihov stvoritelj, njihov korisnik, netko treći ili možda sam nebiološki entitet? Konačno, razvoj medicine u sljedećim bi desetljećima mogao omogućiti održavanje naše osobnosti preko granica naše biološke zadatosti. Hoće li se i u kojoj mjeri takva osobnost štititi i od koga?

Razvoj autonomnih robota i umjetne inteligencije neizbježno će nas natjerati na to da propitamo postojeće koncepte odgovornosti te promislimo o tome jesu li oni adekvatni u smislu šteta koje su prouzročili ti entiteti.⁷⁹

Nema, dakle, sumnje da su pred nama zanimljiva vremena u kojima ćemo svjedočiti još intenzivnijem razvoju koncepta prava osobnosti i njihove zaštite te prilagodbi postojećih odštetnopravnih pravila novim subjektima ili kvazi-subjektima. S njima će, naravno, doći i teška pitanja na koja će odštetnopravna znanost, zakonodavac i društvo općenito morati ponuditi adekvatne odgovore.

⁷⁷ V. primjerice, Rezoluciju Europskog parlamenta od 16. veljače 2017. godine s preporukama Komisiji o pravilima građanskog prava o robotici (2015/2103(INL)). Rezolucija dostupna na: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//HR> (stranica posjećena 16. 11. 2018. godine).

⁷⁸ V. toč. 59. Rezolucije Europskog parlamenta s preporukama Komisiji o pravilima građanskog prava u robotici.

⁷⁹ V. toč. Z i 49-58 Rezolucije Europskog parlamenta s preporukama Komisiji o pravilima građanskog prava o robotici.

Postjugoslovenski „život“ pravila o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji

Dr Marija Karanikić Mirić
profesorica, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

1. UVOD

1.1. Nezaobilazna pitanja o vanugovornoj odgovornosti

Savremena pravila o vanugovornoj odgovornosti za pričinjenu štetu razvijaju se oko jednog broja temeljnih, određujućih pitanja na koja gotovo svaki pravni poredak mora da pronađe odgovore – bilo zakonodavnom intervencijom, koja je ponekad generator promena a ponekad i njihov kodifikator, bilo inovativnim postupanjem sudova.

Ta pitanja se odnose, između ostalog, na: opšti građanskopravni delikt ili pojedinačne delikte građanskog prava, jedinstvo ili pluralitet osnova odgovornosti, mogućnost zasnivanja odgovornosti za drugoga, odnosno za štetne posledice tuđeg čina, subjektivno ili objektivno shvatanje krivice, apstraktno ili konkretno merilo krivice, vezu između stepena krivice odgovornog lica i obima naknade na koju oštećenik ima pravo, pretpostavljenu ili dokazanu krivicu, protivpravnost štetne radnje kao uslov odgovornosti, mogućnost da se odgovornost zasnjuje bez krivice, opšte pravilo ili posebne zakonske odredbe o objektivnoj odgovornosti, novčanu naknadu neimovinske štete, objektivno ili

subjektivno shvatanje neimovinske štete te prihvatanje mogućnosti da takvu štetu pretrpi pravno lice.

Način na koji se u jednom pravnom poretku odgovori na ta pitanja određuje karakter ustanove vanugovorne odgovornosti za štetu i to, po pravilu, na duže vreme. Promene jednom usvojenih rešenja spore su i mukotrpane, što nije slučajno. Kada su okolnosti redovne, društveni i pravno-politički razlozi na kojima se zasnivaju izabrane solucije i sami se sporo menjaju.

1.2. Razvoj vanugovorne odgovornosti u uslovima pravne praznine

Usvajanjem jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine jugoslovenski zakonodavac je razrešio (i) mnoga temeljna pitanja o vanugovornoj odgovornosti.¹ Do tada se poratno jugoslovensko obligaciono pravo razvijalo u uslovima iznenadne i gotovo potpune pravne praznine koja je stvorena 1946. godine donošenjem Zakona o nevažnosti pravnih propisa, čime su pravnu snagu izgubili svi propisi koji su bili na snazi 6. aprila 1941. godine.²

U specifičnom poratnom revolucionarnom društvenom i političkom kontekstu jednim aktom su ukinuti svi zatečeni propisi, uključujući sve građanske kodekse koji su se primenjivali na teritoriji Federativne Narodne Republike Jugoslavije. Pojedine oblasti društvenog života nisu mogle dugo da ostanu bez zakonskog uređenja, pa su bez odgađanja usvajani novi krivični, procesni i drugi zakoni, čije se donošenje smatralo urgentnim. Međutim, u oblasti obligacionog pa tako i odštetnog prava ostala je pravna praznina sve do usvajanja jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima. U međuvremenu su samo parcijalno kodifikovani trgovački običaji u oblasti prometa robom.³

Odredbama Zakona o nevažnosti bilo je propisano i da zakonodavna vlast može da donese odluku da se primenjuju pojedina pravila sadržana u predrat-

¹ Zakon o obligacionim odnosima (jugoslovenski ZOO), Službeni list SFRJ, br. 29/1978, poslednje izmene u br. 57/1989.

² Čl. 2 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (ZN), Službeni list FNRJ, br. 86/1946, poslednje izmene u br. 96/1947.

³ Vid. Opšte uzanse za promet robom (Opšte uzanse), Službeni list FNRJ, br. 15/1954. Opšte uzanse je doneo Plenum glavne državne arbitraže na zasedanju održanom 18. januara 1954. godine. Prema odredbama čl. 1 Opštih uzansi, poslovi prometa robom obuhvataju pre svega poslove kupoprodaje, a potom i poslove razmene, posredništva, zastupništva, komisiona, prevoza, otpreme, uskladištenja i osiguranja. Državne arbitraže su kasnije postale privredni sudovi.

nim propisima koji su stavljeni van snage – uz eventualno potrebne izmene i dopune. Preostala pravila predratnog prava mogu da se primene na odnos koji nije uređen važećim formalnim izvorima pod uslovom da nisu u suprotnosti s tim izvorima niti s načelima novog ustavnog poretka.⁴

Međutim, kada neki odnos nije uređen novim pravilima, sud nije dužan da rešenje spora iz tog odnosa traži isključivo u pravilima predratnog prava. Naprotiv, slobodan je da traži rešenje u skladu s načelima novog ustavnog poretka, pa to rešenje može biti i protivno pravilima predratnog prava. Drugim rečima, primena predratnog pravnog pravila bila je samo jedan od načina da se popuni pravna praznina.⁵

Isto je smatrala pravna teorija. Srzentić je pisao da se po osnovu Zakona o nevažnosti nikada ne primenjuju sami predratni propisi nego pravna pravila koja potiču iz tih propisa; da osnov za primenu tih pravila nisu ukinuti predratni propisi, nego pozitivno pravo nove Jugoslavije; da sudovi mogu a ne moraju da primene predratna pravila; da treba voditi računa o tome da predratna pravila dobijaju novu sadržinu kada se primene u novom društvenom uređenju.⁶

U opisanom posleratnom kontekstu razvijala se bogata praksa jugoslovenskih i srpskih sudova u oblasti obligacionog prava. Revolucionarni čin potpunog prekida s vlastitom pravnom kulturom i tradicijom imao je i jedan pozitivan eksterni efekat: U okolnostima iznenadne i sveobuhvatne pravne praznine ukazala se prilika da sudovi u Srbiji, oslobođeni stega građanskog kodeksa XIX veka, iznova razmotre i na moderniji način razreše brojna pitanja ugovornog prava, odgovornosti za štetu i drugih oblasti koje su naprasno ostale bez zakonskog uređenja. To se dobro vidi, primerice, u posleratnom razvoju opšte

⁴ Čl. 3 i 4 ZN.

⁵ To je sažeto iskazano u jednoj odluci Saveznog vrhovnog suda: „Neppravilno je stanovište da, kada o nekom odnosu nema važećih propisa, sud može da traži rešenje spora jedino u pravilima koja su važila na dan 6. aprila 1941. godine. Ti propisi su ukinuti, pa nisu obavezujući pravni izvor, ni obavezna granica za sudsku praksu. Naprotiv, sudska praksa je upućena da pronade rešenje koje odgovara načelima i duhu novog pravnog poretka, čak i ako je ono protivno pravilima predratnog prava i na njima se ne može zasnovati.“ Rešenje SVS, Gz. 37/1956 od 18. maja 1956. Sud je potom odbacio gledište da se u jugoslovenskom pravnom poretku ne može dosuditi naknada za pretrpljeni bol (bolnina) i dao je razloge za to.

⁶ N. Srzentić, Povodom Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, Arhiv za pravne i društvene nauke 7–12/1946, str. 214–217. Vid. primer u: M. Karanikić Mirić, Istorija ideje o moralnoj šteti u modernom srpskom građanskom pravu, u: Đ. Ignjatović (ur.), Kaznena reakcija u Srbiji, VI deo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2016, str. 189 i dalje.

norme o objektivnoj odgovornosti te geneze načina na koji se u građanskom pravu razume i procenjuje krivica.

1.3. Zakonsko uređenje vanugovorne odgovornosti (1978)

U oblasti vanugovorne odgovornosti za štetu jugoslovenski zakonodavac je 1978. godine pozakonio određena rešenja do kojih je sudska praksa došla u uslovima pravne praznine. Na druga brojna pitanja o vanugovornoj odgovornosti dao je nove odgovore, oslanjajući se u velikoj meri na predloge Mihaila Konstantinovića.⁷ U Srbiji se i dalje primenjuju ta jugoslovenska zakonska rešenja.⁸

Za srpsko pravo o odgovornosti za pričinjenu štetu i dalje su karakteristični opšti građanskopravni delikt, množina osnova odgovornosti za štetu – kao i to što osnove odgovornosti određuje zakonodavac a ne sudovi, mogućnost da se zasnuje odgovornost za drugoga, objektivno shvatanje o krivici, to jest prihvatanje ideje da je krivica pogrešno postupanje a ne određeno stanje svesti i volje, načelno nepostojanje veze između stepena krivice odgovornog lica i obima naknade na koju oštećenik ima pravo i oboriva zakonska pretpostavka krivice onoga ko drugome pričinii štetu. Osim toga, odgovorno lice načelno ne može da se oslobodi odgovornosti dokazujući da radnja kojom je prouzrokovana šteta nije bila protivpravna.⁹ Objektivna odgovornost je uređena opštom normom po kojoj se, bez obzira na krivicu, odgovara za štetu koja potiče od izvora povećane opasnosti. Taj izvor može da bude ili stvar ili delatnost koju je kao opasnu kvalifikovao zakonodavac ili sud. Imovinska šteta se razume kao trpljenje u subjektivnoj, intimnoj sferi oštećenika i načelno se naknađuje u

⁷ Ti predlozi sadržani su u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima iz 1969. godine (u daljem tekstu: Skica). U Srbiji je Skica poslednji put objavljena u knjizi: M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori*. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Službeni list SRJ, Beograd 1996. Pre Skice izrađena su tri poratna nacrti posebnog zakona o odgovornosti za štetu. Prvi takav nacrt objavljen je 1951. godine, a usledila su još dva 1960. i 1961. Međutim, nijedan nije ozakonjen. Nacrt zakona o odgovornosti za štetu iz 1951. godine može se pronaći u Arhivu Jugoslavije u Beogradu.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO–SR, srpski ZOO ili ZOO Srbije), Službeni list SFRJ, br. 29/1978, poslednje izmene u br. 31/1993.

⁹ M. Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao M. Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, str. 257 i dalje.

novcu.¹⁰ Ona se priznaje samo fizičkom licu – ali ni njemu ako se štetna radnja sastoji u povredi ugovorne obaveze.

1.4. Tekući rad na zakoničkim pravilima o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji

Vlada Republike Srbije osnovala je 2006. godine Komisiju za izradu građanskog zakonika.¹¹ Prvi prednacrt druge glave budućeg građanskog kodeksa, u kojoj bi trebalo da se nađu zakonička pravila o obligacionim odnosima, pa tako i pravila o vanugovornoj odgovornosti, objavljen je 2009. godine.¹² Od tada se u stručnoj javnosti vodi (i) rasprava o nekim važnim obeležjima srpskog prava o vanugovornoj odgovornosti za pričinjenu štetu.

Primeru radi, Komisija razmatra objektivizovanje pojma moralne štete tako da on obuhvati povredu neimovinskih dobara, odnosno objekata pojedinih subjektivnih neimovinskih prava – bez obzira na to da li je učinjena povreda izazvala poremećaj u emocionalnoj ravnoteži oštećenika. Dalje, razmatra se mogućnost da se pravnim licima prizna pravo na naknadu određenih oblika neimovinske štete, kao i kodifikovanje definicija krivice i profesionalne krivice, koje su poslednjih decenija sudovi usvojili oslanjajući se na Konstantinovićevo definiciju krivice kao socijalnog fakta. Otvoreno je i pitanje nasledivosti prava na naknadu neimovinske štete te mogućnosti da se naknada neimovinske štete potražuje po pravilima o ugovornoj odgovornosti.

¹⁰ O. Stanković, *Naknada štete*, Nomos, Beograd 1998, str. 150. Reč je o publikaciji koju je uredio Z. Ivošević. U njoj su ponovo štampane četiri knjige Obrena Stankovića: Novčana naknada neimovinske štete (doktorska disertacija, 1963), Naknada za pojačane napore i za umanjenje životne aktivnosti (1972), Naknada imovinske štete (1968) i Naknada štete u obliku rente (1975).

¹¹ Odluka Vlade Republike Srbije o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, Službeni glasnik RS, br. 104/2006, poslednje izmene u br. 53/2013.

¹² Komisija za izradu Građanskog zakonika, Prednacrt. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009. Radne verzije pojedinih delova prednacrt građanskog kodeksa i drugi materijal za javnu raspravu obično se objavljuju na sajtu Ministarstva pravde, <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakondavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>.

Druga verzija prednacrta – ovoga puta ne samo druge glave nego celoga zakonika – objavljena je 2015. godine,¹³ a diskusija o kodifikaciji srpskog građanskog prava i dalje traje.¹⁴

Nezavisno od političke i pravne budućnosti toga projekta i konačne sudbine kodifikatorskih napora koji su do sada uloženi, predlozi Komisije delovali su podsticajno na naučnu i stručnu pravničku javnost u Srbiji, u kojoj se već gotovo celu deceniju raspravlja o prednostima i nedostacima postojećih i predloženih rešenja.

Ipak, treba se uzdržati od predviđanja konačnog ishoda takvih kodifikatorskih nastojanja jer sudbina tako velikih projekata redovno zavisi od brojnih promenljivih političkih, društvenih i drugih okolnosti koje se teško sagledavaju i prate. Primera radi, u Švajcarskoj (2000)¹⁵ i Austriji (2005)¹⁶ objavljeni su nacrti zakona čiji je cilj bila sveobuhvatna reforma ustanove građanskopravne odgovornosti. Međutim, austrijski nacrt je „na čekanju“ već duže od decenije, a od švajcarskog nacrtu odustalo se 2009. godine. Kao razlog za odustanak navedena je nemogućnost da se postigne dogovor o pojedinim pitanjima i to što su u međuvremenu neka od predloženih rešenja zastarela.¹⁷

Nasuprot tome, u Francuskoj je konačno zaista sprovedena temeljna reforma obligacionog prava. Tome je prethodila dugotrajna rasprava tokom koje se odustajalo i od nekih potpuno razrađenih predloga. Prvi reformatorski napori preduzeti su odmah po obeležavanju stogodišnjice Napoleonovog kodeksa, a bili su podstaknuti industrijskom revolucijom, promenama u društvenim i trgovačkim običajima te usvajanjem nemačkog Građanskog zakonika. Sledeći pokušaj rekodifikacije građanskog prava započet je 1945. godine s namerom

¹³ Komisija za izradu Građanskog zakonika, Prednacrt. Građanski zakonik Republike Srbije, Vlada Republike Srbije, Beograd 2015 (Prednacrt iz 2015).

¹⁴ Komisija za izradu Građanskog zakonika, Javna rasprava o Prednaccrtu Građanskog zakonika. Radni (pomoćni) materijal za izradu Nacrta Srpskog građanskog zakonika, Vlada Republike Srbije, Beograd 2017.

¹⁵ P. Widmer, P. Wessner, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile: Avant-projet de loi fédérale et Rapport explicatif*, Département fédéral de justice et police, Berne 2000.

¹⁶ B. C. Steininger, New Austrian Tort Law Draft, in: H. Koziol, B. C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2005 Yearbook*, Springer, Vienna – New York 2006, pp. 118–127.

¹⁷ Communiqués DFJP (Département fédéral de justice et police), 21 janvier 2009, www.bj.admin.ch. U zvaničnom saopštenju dalje se navodi da je podsticaj za reformu pravila o odgovornosti potekao iz akademskih krugova i da u praksi ne postoji takva potreba. Za praksu je važnije, kaže se, da se posebno uredi nova pitanja, kao što je odgovornost u oblasti biotehnologije i genetskog inženjeringa, nego da se sistematizuju postojeća pravila.

da osavremenjeni zakonik posluži i kao model državama koje su sticale samostalnost po okončanju Drugog svetskog rata. Međutim, posle dve decenije rada, napušten je i taj projekat. Od tada se osavremenjavanju građanskog prava u Francuskoj pristupa deo po deo. No, i takvim parcijalnim reformama najduže je odolevalo obligaciono pravo.¹⁸

Francusko obligaciono pravo je konačno reformisano tek 2016. godine, kada su 330 članova građanskog kodeksa zamenila nova 332 člana.¹⁹ Tada su uređena neka pitanja o kojima je zakonik izvorno ćutao, primera radi u oblastima pregovora, ponude i prihvata, predugovora, forme ugovora, ustupanja ugovora i drugim. Osim toga, učinjen je pokušaj da se osavremene neka stara rešenja. Ostaje da se vidi koliko je francuski zakonodavac u tome uspeo.²⁰

Iz svega što je rečeno može se zaključiti da sveobuhvatni kodifikatorski projekti – među koje se svakako ubraja i rad Komisije za izradu građanskog zakonika Srbije – pozivaju na konstruktivno uključivanje u raspravu o predlozima koji se nalaze na stolu, ali i opominju na oprez u očekivanjima.

1.5. Sektorska pravila o vanugovornoj odgovornosti

Nisu sva pravila o vanugovornoj odgovornosti u srpskom pravu smeštena u ZOO–SR. Izgleda da postoji tendencija da izvan propisa kojim se kodifikuju

¹⁸ Više o ranijim pokušajima reformisanja francuskog građanskog i posebno obligacionog prava vid. u: G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris 2016, pp. 6–7; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, Paris 2017, pp. 1–6; M. Julienne, *Le régime général des obligations après la réforme*, préface Laurent Aynès, LGDJ, Paris 2017, p. 11; O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, Paris 2016, p. 3 et seq.

¹⁹ Vid. Art. 3, Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République Française* n° 35 du 11 février 2016. Izmene i dopune FGZ stupile su na snagu 1. oktobra 2016. Nedavno je objavljen i zakon koji potvrđuje Ordonansu 2016–131 i stupa na snagu 1. oktobra 2018. Vid. Loi n° 2018–287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République Française* n° 93 du 21 avril 2018. Tim zakonom izvršena je i diskretna „reforma reforme“, odnosno korekcija režima predviđenih Ordonansom 2016–131.

²⁰ Francuska reforma obligacionog prava u velikoj meri utiče na raspravu o kodifikaciji građanskog prava u Srbiji. Vid. M. Đurđević, *Reforme obligacionog prava u Srbiji i Francuskoj*, *Srpska politička misao* 3/2016, str. 207–229.

obligaciono pravo i opšti deo građanskog prava ostanu svi oni oblici građanskopravne odgovornosti koji nisu inicijalno bili predviđeni Skicom, odnosno jugoslovenskim ZOO.

Komisija za izradu građanskog zakonika predlaže da se budućim kodeksom posebno uredi odgovornost za štetu od životinje i odgovornost za štetu od građevine.²¹ Pravila o tim oblicima odgovornosti bila su predložena Skicom,²² ali ih je jugoslovenski zakonodavac izostavio. Nasuprot tome, nikada nije ozbiljno razmatrano da se pravila predviđena Direktivom o odgovornosti za proizvod s nedostatkom unesu u srpski ZOO.²³ To važi za sve potrošačke direktive. Načelno se smatra da harmonizacija srpskog prava s pravom EU u oblasti zaštite potrošača treba da se sprovede sektorskim zakonima, pošto se ta pravila mnogo češće menjaju nego što bi trebalo menjati građanski kodeks.

Izvan ZOO–SR ostala su, na primer, i pravila o odgovornosti za posebne vrste šteta, kao što su nuklearna šteta²⁴ i šteta naneta životnoj sredini²⁵, pravila o odgovornosti poslodavca za štetu koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi s radom, pravila o odgovornosti zaposlenog za štetu koju u istom kontekstu pričinu svome poslodavcu²⁶ te pravila o odgovornosti države za nezakonit ili nepravilan rad državnog službenika²⁷ i sudije.²⁸ Regresni zahtev države prema

²¹ Čl. 323–329 Prednacrt iz 2015.

²² Čl. 142–145 Skice.

²³ Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products, OJ L 210, 7 August 1985, 29–33, amended by Directive 1999/34/EC concerning liability for defective products, OJ L 141, 4 June 1999, 20–21. Danas se ta pravila nalaze u čl. 59–65 Zakona o zaštiti potrošača, Službeni glasnik RS, br. 62/2014, poslednje izmene u br. 44/2018. U srpskom pravu postoje dva režima vanugovorne odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom: stariji i opštiji režim, zasnovan na pravilima iz čl. 179 ZOO, i noviji režim, uređen pravilima ZZP po ugledu na Direktivu. O odnosu ta dva režima: M. Karanikić Mirić, Objektivna odgovornost za štetu, Službeni glasnik, Beograd 2016, str. 198–206.

²⁴ Čl. 72–75 Zakona o zaštiti od jonizujućih zračenja i o nuklearnoj sigurnosti (ZJN), Službeni glasnik RS, br. 36/2009 i 93/2012. Odgovornost za štetu nastalu usled radijacione delatnosti ili nuklearne aktivnosti uređena je odredbama čl. 39 istoga zakona.

²⁵ Čl. 105, 107 i 108 Zakona o zaštiti životne sredine (ZZŽS), Službeni glasnik RS, br. 135/2004, poslednje izmene u br. 14/2016.

²⁶ Čl. 163 i 164 Zakona o radu, Službeni glasnik RS, br. 4/2005, poslednje izmene u br. 113/2017.

²⁷ Čl. 124 Zakona o državnim službenicima, Službeni glasnik RS, br. 79/2005, poslednje izmene u br. 94/2017.

²⁸ „Za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija. Ako je Republika Srbija na osnovu pravnosnažne sudske odluke, odnosno poravnjenja zaključenog pred sudom ili drugim nadležnim organom, isplatila štetu iz stava 1. ovog

sudiji odskora postoji samo ako je sudija štetu prouzrokovao namerno,²⁹ a prema državnom službeniku i u slučaju krajnje nepažnje.

U srpsko pravo uvedena su nedavno i dva nova oblika pravom priznate štete: šteta usled neželjenog rođenja i šteta usled neželjenog života.³⁰

Prvo, zakonom je propisano da lekar odgovara bolesnom detetu za *imovinsku štetu usled neželjenog života*.³¹ U poziciji oštećenika nalazi se dete koje je rođeno s nekom genetski uslovljenom bolešću ili anomalijom koja ga ozbiljno i trajno onesposobljava ili ga čini invalidom ili mu daje lošu životnu prognozu. Specifičnost takvih slučajeva ogleda se u tome što lekar nije prouzrokovao takvo stanje deteta. Nije, dakle, reč o aktivno izazvanoj prenatalnoj šteti. Invaliditet deteta, njegova ozbiljna i trajna onesposobljenost ili loša životna prognoza nisu neposredne posledice pogrešnog postupanja lekara. Ta stanja su genetski uslovljena, a profesionalna krivica lekara sastoji se u propuštanju da se ona blagovremeno medicinski prepoznaju, to jest dijagnostikuju u toku embrionalnog ili fetalnog razvoja oštećenika. Šteta koju dete trpi ne sastoji se u pukoj činjenici rođenja niti u samoj bolesti ili anomaliji s kojom je dete rođeno, nego u povećanim troškovima lečenja i nege za takvo dete.

Drugo, jedan poseban vid psihičkog bola priznat je kao novi oblik neimovinske ili moralne štete.³² Propisano je da lekar odgovara roditeljima za *moralnu štetu usled neželjenog rođenja bolesnog deteta*. Reč je o detetu koje se rodilo s nekom genetski uslovljenom bolešću ili anomalijom, što ga čini invalidom ili ozbiljno i trajno onesposobljenim ili mu daje lošu životnu prognozu. U takvim slučajevi-

člana, može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta prouzrokovana namerno.” Čl. 6 (1) Zakona o sudijama, Službeni glasnik RS, br. 116/2008, poslednje izmene u br. 47/2017.

²⁹ U teoriji se argumentovano kritikuje takav razvoj građanskopravnog imuniteta sudije u srpskom pravu. Ističe se da nema razloga za takvu privilegovanost sudije s obzirom na visoko postavljene zahteve stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti za njihov izbor. Ograničavanje regresne odgovornosti sudije na nameru suprotno je pravnoj tradiciji u Srbiji i u regionu, po kojoj sudija regresno odgovara i za nameru i za grubu nepažnju. Nezavisno od toga, neposredna odgovornost sudije u evropskom kontinentalnom pravu jeste retkost i to zbog potrebe očuvanja sudijske nezavisnosti. Tako: V. Rakić Vodinelić, Ograničena odgovornost sudije za štetu – neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 3–4/2013, str. 736–742.

³⁰ Detaljno o tome: M. Karanikić Mirić, Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: Osvrt na Zojin zakon, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (APFB) 1/2016, str. 105–131.

³¹ Čl. 33 Zakona o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti (Zojin zakon), Službeni glasnik RS, br. 8/2015.

³² Čl. 34 Zojinog zakona.

ma lekar duguje naknadu za duševni bol roditeljima usled genetički uslovljenog zdravstvenog stanja deteta, koje nisu očekivali i na koje nisu bili upozoreni.

2. POSTJUGOSLOVENSKI „ŽIVOT“ PRAVILA O VANUGOVORNOJ ODGOVORNOSTI U SRBIJI

Kakav je, dakle, „život“ jugoslovenskih pravila o vanugovornoj odgovornosti u Srbiji nakon raspada zajedničke države? Može se slobodno kazati – monoton. Jugoslovenski ZOO se u Srbiji primenjuje kao republički propis od 2003. godine.³³ Jugoslovenski ZOO i ZOO–SR imaju identičnu numeraciju.

Određene sadržinske promene sprovedene su 1993. godine. Međutim, u oblasti vanugovorne odgovornosti za štetu te promene su malobrojne i isključivo terminološke, usmerene na to da se jezik zakona prilagodi novim društvenim prilikama.

Tako, primera radi, umesto nekadašnjeg radnika, sada se govori o zaposlenome, umesto izraza organizacija udruženog rada koristi se reč preduzeće (čl. 170), izraz društvena sredstva je prosto brisan (čl. 155), izraz društveno-politička zajednica zamenjen je rečju država, a tamo gde je nekada pominjano ustavom utvrđeno društveno uređenje, sada se govori o državnom uređenju (čl. 180).

Treba stoga pogledati i kako sudovi u Srbiji tumače dobro poznate zakonske odredbe, da bi se videlo da li su se na taj način dogodile promene u oblasti vanugovorne odgovornosti za pričinjenu štetu.

S obzirom na preporučeni obim ovoga rada, držaću se pomenutih nezaobilaznih pitanja o vanugovornoj odgovornosti – nekih detaljnije a ostalih samo u osnovnim crtama – i pokušati da zu ustanovu sagledam iz ptičje perspektive.

2.1. Opšti građanskopravni delikt

U Predgovoru jednog od poznatijih udžbenika engleskog odštetnog prava autor tvrdi da je odgovornost za štetu ono što se nalazi u udžbenicima odštetnog

³³ Vid. čl. 64 (2) Ustavne povelje državne zajednice Srbija i Crna Gora, Službeni list SCG, br. 1/2003, po kojem se u Srbiji i Crnoj Gori od dana stupanja na snagu Ustavne povelje jugoslovenski ZOO primenjuje kao republički. U Crnoj Gori je prestao da važi 2008, stupanjem na snagu tamošnjeg novog Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list CG, br. 47/2008, poslednje izmene u br. 22/2017.

prava i da tu materiju drži na okupu jedino – povez knjige.³⁴ Ta opaska je neretko citirana kao ilustracija načina na koji englesko pravo uređuje oblast vanugovorne odgovornosti za prouzrokovanu štetu.³⁵ Englesko precedentno pravo uređuje brojne pojedinačne građanskopravne delikte propisujući zasebne uslove odgovornosti za svaki od njih. Nasuprot tome, ustanova odgovornosti za prouzrokovanu štetu u kontinentalnoj evropskoj pravnoj tradiciji predstavlja, ili makar pretenduje da bude, koherentan sistem pravila zasnovan na opštim principima i apstraktnim konceptima. Jugoslovenski ZOO je u tom smislu (bio) predstavnik vrste: bez ikakve sumnje pripada kontinentalnoj evropskoj pravnoj tradiciji. Njime nisu predviđeni pojedinačni građanskopravni delikti već je oblast vanugovorne odgovornosti zamišljena kao sistem uređen propisivanjem osnova odgovornosti i postavljanjem opštih uslova pod kojima se odgovornost može zasnovati po određenom osnovu.

Opšti građanskopravni delikt i posebni građanskopravni delikti jesu dva tehnička izraza, a i jedan i drugi opisuju način na koji u nekom pravnom sistemu može da bude ustrojena ustanova vanugovorne odgovornosti za pričinjenu štetu.³⁶ Normativni osnov sistema opšteg građanskopravnog delikta u jugoslovenskom i srpskom pravu jeste načelo zabrane prouzrokovanja štete iz čl. 16 ZOO, koje nalaže svakome da se uzdrži od postupaka kojima može prouzrokovati štetu drugome. Opšta načela odgovornosti za prouzrokovanu štetu, uslovi i osnovi odgovornosti, kao i sadržina obaveze da se šteta naknadi – uređeni su posebnim odeljkom Zakona. Drugim rečima, zakonodavac je postavio jedan zaokružen sistem pravila kojima uređuje vanugovornu odgovornost za prouzrokovanu štetu kao jedinstvenu ustanovu. To se bitno razlikuje od pojedinačnih građanskopravnih delikata precedentnih prava. Pojedinačni delikti su zasebni instituti od kojih svaki ima sopstvenu unutrašnju logiku, a povezani su jedino vrstom zaštite koju pravni poredak garantuje oštećeniku.

³⁴ „Tort is what is in the tort books and the only thing holding it together is the binding.“ Tony Weir, *Tort Law*, OUP, Oxford 2002, p. IX.

³⁵ Reinhard Zimmermann, *Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact*, in: H. Koziol, B. C. Steininger (eds.), *European Tort Law 2003*, Springer, Wien – New York 2004, p. 5.

³⁶ M. Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, str. 39–58.

2.2. Množina osnova odgovornosti

Pod osnovom odgovornosti misli se na razlog iz kojeg se u pravu smatra da određeno lice treba da snosi konačne imovinskopravne posledice činjenice da se šteta dogodila. Redovan tok stvari nosi sobom mnoge gubitke, od kojih se samo neki u pravu kvalifikuju kao šteta. I kada gubitak predstavlja štetu u pravnom smislu, to još ne znači da će za njega neko odgovarati. Osnovno je načelo da slučaj škodi onom koga zgodi (*casum sentit dominus*), pa ako nema posebnog razloga za mešanje pravnog poretka u posledice jednog štetnog događaja, te će posledice ostati da pogađaju onoga koga su inicijalno pogodile. Samo izuzetno, a to je onda kada postoje pravom priznati razlozi za to, konačne imovinskopravne posledice nastanka štete prelaze na drugoga, snosi ih neko drugi a ne onaj kod koga su isprva nastale. Razlozi za „intervenciju“ prava koja se ogleda u preraspodeli štetnih posledica jednog događaja nazivaju se osnovima odgovornosti.³⁷

Osnov odgovornosti predstavlja odgovor na pitanje zašto, zbog čega neko lice odgovara. Taj odgovor u srpskom odštetnom pravu može da bude trojak. Odštetno pravo, za razliku od krivičnog,³⁸ karakteriše *pluralitet osnova odgovornosti*. To ne znači da je za građanskopravnu odgovornost nekog lica potrebno da istovremeno postoji više osnova odgovornosti: Za zasnivanje odgovornosti uvek je dovoljan jedan osnov.

Pod pluralitetom osnova odgovornosti misli se na to da postoji više mogućih razloga da neko odgovara za štetu, i to razloga koji se ne zahtevaju kumulativno. Naprotiv, za zasnivanje odgovornosti uvek je dovoljan jedan iz skupa pravom određenih razloga. Kada se govori o pravnoj prirodi nekog oblika odgovornosti za štetu, misli se pre svega na to kakva je ta odgovornost po svome osnovu.

Savremeno srpsko odštetno pravo poznaje dva glavna i jedan korektivni osnov odgovornosti. Glavni osnovi odgovornosti su krivica i stvoreni ili održavani rizik od štete, dok se kao korektivni osnov javlja pravičnost.³⁹ Kada je osnov

³⁷ M. Karanikić Mirić, Objektivna odgovornost za štetu, str. 6–7 i 25–26.

³⁸ Više o tom odnosu: A. Lazarević, Razlike između građanske i krivične odgovornosti i njen značaj u teoriji i praksi, APFB 5–6/1969, str. 587–600; M. Orlić, Ogled o odnosu građanske i krivične odgovornosti, Pravni život 10/2011, str. 615–636.

³⁹ Odgovornost po osnovu pravičnosti predstavlja korektivan institut u pravnim sistemima u kojima je krivica uslovljena štetnikovom sposobnošću za rasuđivanje. Taj institut je stigao u naše pravo pod uticajem § 1310 austrijskog Građanskog zakonika. Neki smatraju da je tu zapravo reč o objektivnoj odgovornosti kao odgovornosti bez obzira na krivicu a po načelu uzročnosti, zato što odgovara onaj ko ne može biti kriv. Tako: B. Bazala, Odgovornost za

odgovornosti merilo podele na različite vrste odgovornosti za pričinjenu štetu, onda ta odgovornost može da bude subjektivna, objektivna i odgovornost po osnovu pravičnosti. Drugim rečima, odgovor na pitanje zbog čega baš odgovorno lice ima da snosi konačne imovinskopravne posledice štetnog događaja može da glasi: *zbog toga što je upravo to lice krivo za nastanak štete, ili zbog toga što šteta predstavlja realizaciju povećanog rizika koji je upravo to lice stvorilo ili održavalo,*⁴⁰ ili – samo izuzetno i veoma usko shvaćeno – *zbog toga što tako nalaže zahtev pravičnosti.*

Sudovi ne šire krug zakonom propisanih osnova vanugovorne odgovornosti u srpskom pravu. Sud može da proširi ili ograniči domašaj te ustanove interpretacijom zakonom propisanih uslova za zasnivanje odgovornosti ili kvalifikacijom činjenica u pojedinačnom slučaju, ali ne može da konstruiše novi osnov odgovornosti.

2.3. Objektivno shvatanje krivice

U srpskom građanskom pravu prihvaćeno je objektivno shvatanje krivice. Krivica se razume kao socijalni, a ne kao psihički fakt. To je pogrešno postupanje štetnika, a ne njegovo stanje svesti i volje iz vremena preduzimanja štetne radnje. Pod krivicom se ne misli na psihički odnos prema vlastitom činu i posledicama tog čina nego na ponašanje koje odstupa od osnovano očekivanog. Krivica nije mentalno stanje određenih kvaliteta nego postupanje određenih kvaliteta.

Ideju o krivici kao socijalnom faktu najpre je u jugoslovenskoj pravnoj teoriji jasno formulisao Konstantinović.⁴¹ Pod naslovom *Kada postoji krivica*, u čl. 127 Skice stoji:

štetu prouzrokovanu uslijed povećane opasnosti, Naša zakonitost 7/1952, str. 271.

⁴⁰ Sudovi izričito kazuju da stvoreni rizik predstavlja osnov odgovornosti za opasnu stvar. Primera radi: „Za štetu od opasne stvari odgovoran je njen imalac, a imao se smatra sopstvenik stvari, ali se ta odgovornost ne zasniva na krivici, već na stvorenom riziku.“ Presuda VSS, Rev. 173/2006 od 1. februara 2006.

⁴¹ „Kad god se dogodi šteta nečijim postupkom, mi pošto utvrdimo kako se ponašalo lice koje je štetu prouzrokovalo, uporedimo njegovo ponašanje s ponašanjem vrlo pažljivog čoveka. [...] To znači da nije dovoljno ponašati se kao lice prosečne marljivosti, potrebno je ponašati se kao lice vrlo pažljivo i oprezno. Inače, svako drugo ponašanje znači krivicu. To se može reći da se građanska krivica sastoji u tome što se štetnik nije ponašao onako kako je trebalo, kako se moglo osnovano očekivati.“ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969, str. 90.

„Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo ili ne, to jest da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.“

To određenje krivice snažno je uticalo na shvatanja sudova i pravnih pisaca u Srbiji. Formulirano je kao uputstvo za sud koji treba da utvrdi da li je štetnik kriv u konkretnom slučaju. Sud poredi štetnikovo postupanje s postupkom koji se u datim okolnostima mogao u jednom društvu osnovano očekivati od hipotetičkog razumnog i pažljivog čoveka. Ako štetnikovo postupanje po svo- me kvalitetu ne doseže do tog merila, onda je on kriv.

Konstantinovićeva definicija je izostavljena iz jugoslovenskog ZOO. Među- tim, sudovi su postepeno prihvatili pojmovno određenje krivice koje je bilo predloženo Skicom, pa se sada bez sumnje može reći da se krivica u srpskom građanskom pravu razume kao pogrešno postupanje odgovornog lica, a ne kao njegova svest ili volja određenih kvaliteta.⁴² Pri tome, sudovi prosuđuju krivicu *in abstracto*, a to će reći po jednom objektivnom merilu na čiju sadržinu u na- čelu ne utiču lične osobine i prilike štetnika.⁴³ U tom smislu, ako se u budućem građanskom zakoniku krivica definiše kako je predloženo Skicom,⁴⁴ biće to pozakonjenje pravila koje sudovi uveliko primenjuju.

Komisija za izradu građanskog zakonika predlaže i da se profesionalna krivica posebno odredi, i to na sledeći način:⁴⁵

„Ali, pri prosuđivanju da li je lice koje profesionalno obavlja određenu de- latnost (na primer, lekari, veterinari, medicinsko osoblje, inženjeri, arhitekte,

⁴² Vid. naročito: M. Orlić, Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu: razvoj i per- spektive, u: Forum za građansko pravo za jugoistočnu evropu. Izbor radova i analiza. Knjiga I, GTZ, Beograd 2010, str. 331–353; M. Orlić, Esej o krivici, Pravni život 1–2/2009, str. 179–198; M. Orlić, Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu, u: M. Or- lić, Z. Janjić, J. Slavnić (ur.), Odgovornost i osiguranje odgovornosti advokata, Intermex, Beograd 2006, str. 13–26; M. Karanikić Mirić, Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, *passim*.

⁴³ Svako merilo krivice predstavlja spoljašnji standard u odnosu na koji se odmerava štetniko- vo ponašanje. Pri utvrđivanju krivice, shvatanje da nas krivim čine određena svest i htenje svodi se na vrednovanje štetnikovog postupka. Nijedna od teorija o krivici kao psihičkoj činjenici ne objašnjava na koji bi način moglo da se stekne saznanje o štetnikovom men- talnom stanju a da to ne podrazumeva posmatranje njegovog postupanja. Više o tome: M. Karanikić Mirić, *Krivica* kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, str. 167 i dalje, str. 209 i dalje.

⁴⁴ Čl. 299 (1) Prednacrti iz 2015.

⁴⁵ Čl. 299 (2) Prednacrti iz 2015.

advokati, notari) skrivljeno prouzrokovalo štetu, sud vodi računa o pravilima nauke i struke, o životnom iskustvu i o tome šta se od razumnog i pažljivog stručnjaka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.“

To bi takođe bilo pozakonjenje pravila koje u domaćem pravu već dugo važi. Kada prosuđuju da li se lice koje je štetu prouzrokovalo u profesionalnom kapacitetu ponašalo onako kako je trebalo, sudovi se ne pitaju kako bi u istoj situaciji postupio razuman i pažljiv čovek nego razuman i pažljiv stručnjak odgovarajuće specijalizacije.⁴⁶

2.4. Apstraktno merilo krivice

Kada utvrđuju da li je štetnik kriv, sudovi odmeravaju njegovo postupanje prema postupku koji se u datim okolnostima mogao osnovano očekivati od jednog zamišljenog razumnog i pažljivog čoveka, odnosno razumnog i pažljivog stručnjaka odgovarajuće specijalizacije. Ponašanje hipotetičkog čoveka, odnosno stručnjaka određenih kvaliteta služi kao merilo krivice.

Merilo krivice je subjektivno u meri u kojoj na njegovu sadržinu utiču osobine konkretnog štetnika. Procena krivice *in concreto* podrazumeva poređenje štetnikovog ponašanja sa standardom na čiju sadržinu utiču lične osobine, znanja i sposobnosti konkretnog štetnika. U toj konstrukciji odgovor na pitanje šta se od štetnika moglo osnovano očekivati zavisi od toga šta je štetnik *in concreto* mogao da pruži. S druge strane, depersonalizovano, apstraktno merilo krivice podrazumeva da se sadržina osnovanih očekivanja u datoj situaciji u jednom društvu ne usaglašava s ličnim osobinama, znanjima i sposobnostima konkretnog štetnika koji se u takvoj situaciji našao.

Na prvom mestu, postoje dve lične osobine koje će sudovi u Srbiji uvek uzeti u obzir kada utvrđuju krivicu konkretnog štetnika. Prvo je sposobnost za rasuđivanje, koja je po zakonu preduslov svake krivice,⁴⁷ a drugo je štetnikov

⁴⁶ Vid. više u: M. Orlić, Evolucija shvatanja o krivici (u srpskom pravu) sa osvrtom na pojam profesionalne krivice, u: Mirko Vasiljević *et al.* (eds.), *Private Law Reform in South East Europe: Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, str. 263–279. Vid. takođe reprezentative odluke: Presudu VKS, Rev. 1296/2010 od 23. septembra 2010; Presudu VSS, Rev. 1900/2005 od 5. oktobra 2005; Rešenje VSS, Rev. 455/1997 od 3. juna 1998; Presudu VSS, Rev. 3498/2004 od 17. februara 2005; Presudu PAS, Pž. 2213/2011 od 5. jula 2012. Posebno u domenu odgovornosti za štetu koju prouzrokuje lekar vid. Presudu VSS, Rev. 1900/2005 od 5. oktobra 2005; Presudu VSS, Rev. 51/2007 od 14. marta 2007; Presudu VKS, Rev. 1296/2010 od 23. septembra 2010.

⁴⁷ Čl. 159 i čl. 160 jugoslovenskog i srpskog ZOO.

profesionalni kapacitet odnosno to što je štetnik postupao u svojstvu stručnjaka kada je pričinio štetu. Isto tako, sudovi će obično uzeti u obzir činjenicu da je štetnik *de facto* znao, mogao, umeo više nego što bi se u datim okolnostima osnovano očekivalo od hipotetičkog razumnog i pažljivog čoveka, odnosno stručnjaka njegovog formata, pa će pooštriti merilo krivice. Drugim rečima, osnovana društvena očekivanja nalažu da pojedinac upotrebi svoja dodatna znanja, sposobnosti i umenja, ona po kojima prevazilazi pravni standard razumnog i pažljivog čoveka, odnosno stručnjaka određene specijalizacije. Mimo toga, sudovi su skloni da krivicu utvrđuju prema objektivizovanom, depersonalizovanom kriterijumu,⁴⁸ to jest da ne menjaju pretpostavljenu sadržinu osnovanih društvenih očekivanja prema znanjima, sposobnostima, stanjima i ličnim okolnostima konkretnog štetnika.

2.5. Načelo integralne naknade imovinske štete

Jedno od osnovnih načela jugoslovenskog i srpskog prava o odgovornosti za pričinjenu štetu jeste zakonsko načelo integralne ili potpune naknade imovinske štete,⁴⁹ prema kojem sudovi, uzimajući u obzir i okolnosti koje su nastupile posle prouzrokovanja štete, dosuđuju naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja. To znači da se svrha naknade ogleda u postavljanju oštećenika u imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da nije bilo štetnog događaja. Dosuđena naknada ne treba da služi ni kao kazna za štetnika, odnosno odgovorno lice, ni kao izvor bogaćenja za oštećenika. U tom smislu oštećenik ima pravo da mu se naknadi sva šteta i ništa preko pretrpljene štete.

Pravo oštećenika na integralnu ili potpunu naknadu znači da obim naknade na koju oštećenik ima pravo ne zavisi od stepena štetnikove krivice. Bez obzira na to da li je štetnik postupao s najlakšom nepažnjom ili pak od obesti i zluradosti, oštećenik ima pravo samo da zahteva od štetnika, odnosno odgovornog lica da bude postavljen u onu imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da štetna radnja nikada nije preduzeta. Izuzetno, u oblasti zaštite autorskih i srodnih prava, ako je povreda imovinskog prava učinjena namerno ili krajnjom nepažnjom, oštećenik može umesto naknade imovinske štete da zahteva naknadu

⁴⁸ S. Cigoj, u: S. Perović (ur.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I, Savremena administracija, Beograd 1995, čl. 154, str. 369; M. Orlić, Esej o krivici, str. 189–192.

⁴⁹ Čl. 190 jugoslovenskog i srpskog ZOO. Vid. više u: M. Karanikić Mirić, Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, str. 177 i dalje, str. 308 i dalje.

do trostrukog iznosa uobičajene naknade koju bi primio za konkretni oblik korišćenja predmeta zaštite da je to korišćenje bilo zakonito.⁵⁰

Načelo integralne naknade podrazumeva da ni vrsta materijalne štete za koju oštećenik može da zahteva naknadu ne zavisi od stepena štetnikove krivice. To znači da oštećenik može da zahteva naknadu i stvarne štete i izmakle dobiti, bez obzira na osnov štetnikove odgovornosti, a ako je odgovornost štetnika subjektivna, onda bez obzira na stepen njegove krivice.

Pravni značaj stepenovanja krivice i inače je sasvim ograničen. Krajnja nepažnja je po svojim pravnim posledicama izjednačena s namerom,⁵¹ a posebne pravne posledice namere su veoma retke.⁵² Samo izuzetno oštećenik može imati pravni interes da dokaže da štetnikova krivica doseže viši stepen od pretpostavljene obične nepažnje.

2.6. Zakonska pretpostavka krivice

Oboriva zakonska pretpostavka štetnikove krivice ubraja se u markantna obeležja vanugovorne odgovornosti u jugoslovenskom i srpskom građanskom pravu. Istovremeno, teret dokazivanja krivice predstavlja jedno od najvažnijih pitanja koja je jugoslovenski zakonodavac uredio drugačije nego što je to bilo predloženo Skicom. Naime, Konstantinović je smatrao da opšta pravila dokazivanja treba da važe i u tom slučaju te da na oštećeniku treba da bude da dokazuje ispunjenost svih uslova za zasnivanje subjektivne odgovornosti, uključujući štetnikovu krivicu.⁵³ Nasuprot tome, jugoslovenski ZOO je propisivao da se krivica štetnika oborivo pretpostavlja uvek kada oštećenik dokaže postojanje štete i uzročne veze.⁵⁴ U srpskom pravu je i danas tako.

⁵⁰ Čl. 206 Zakona o autorskom i srodnim pravima, Službeni glasnik RS, br. 104/2009, poslednje izmene u br. 29/2016.

⁵¹ Pravilo o jednakim pravnim posledicama namere i krajnje nepažnje (*culpa lata dolo aequiparatur*) potiče iz postklasičnog perioda rimskog prava i uvažava činjenicu da je nepažljiv čovek ponekad opasniji od onoga ko postupi s namerom da drugome naškodi. Više o tome: J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris 2002, p. 954; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil. Tome deuxième, 1er volume – Obligations: Théorie générale*, 9e édition par François Chabas, Montchrestien, Paris 1998, p. 454.

⁵² Kao izuzetni slučajevi mogu se navesti direktna odgovornost zaposlenog za štetu koju je na radu ili u vezi s radom namerno prouzrokovao trećem licu (čl. 170 (2) ZOO–SR) ili nemogućnost da prebijanjem prestane potraživanje nastalo namernim prouzrokovanjem štete (čl. 341 (3) ZOO–SR).

⁵³ Čl. 123 Skice.

⁵⁴ Čl. 154 jugoslovenskog i srpskog ZOO.

Jugoslovenski zakonodavac nije precizirao stepen krivice na koji se odnosi oboriva zakonska pretpostavka. U kratkom periodu nakon donošenja jugoslovenskog ZOO bilo je pravnih pisaca koji su smatrali da treba pretpostaviti nameru kao najviši stepen krivice.⁵⁵

Međutim, jugoslovenski sudovi su već 1980. godine zauzeli stav da se zakonska pretpostavka krivice lica koje je drugome pričinilo štetu odnosi samo na običnu nepažnju.⁵⁶ Sve preko toga mora da dokaže oštećenik u svojstvu tužioca. Naravno, materijalni i procesni položaj oštećenika značajno se poboljšava i kada se domašaj pretpostavke ograniči na običnu nepažnju pošto je za zasniavanje odgovornosti u građanskom pravu načelno dovoljan upravo taj, najblaži stepen štetnikove krivice.

U jugoslovenskoj teoriji građanskog prava zastupani su oprečni stavovi o zakonskoj pretpostavci krivice.⁵⁷ Prema jednom shvatanju, zakonodavac je s pravom ovlastio sud da oborivo pretpostavi krivicu onoga ko drugome pričinio štetu jer je poželjno da se na taj način poprave i materijalnoppravna i procesnoppravna pozicija oštećenika.⁵⁸ Ta težnja da se poboljša pravni položaj oštećenika bila je karakteristična za pravne sisteme nekadašnjih socijalističkih država Evrope.⁵⁹

Drugi su pak smatrali da je potreba za oborivom pretpostavkom krivice možda i postojala pre nego što je ustanova objektivne odgovornosti dobila svoj današnji značaj. Međutim, opravdanje za takvo zakonsko pravilo više ne postoji u modernim pravnim sistemima koji poznaju objektivnu odgovornost za povećani rizik.⁶⁰ Pojedini autori su isticali da zakonska pretpostavka krivice

⁵⁵ D. Radoman, O pretpostavkama odgovornosti za štetu u Zakonu o obligacionim odnosima, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 7–8/1979, str. 7.

⁵⁶ Zaključak sa XIV Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26. marta 1980, ZSO, knj. V, sv. 1, 18.

⁵⁷ Jedna od prvih doktorskih disertacija pisanih posle donošenja jugoslovenskog ZOO obrađuje upravo opštu zakonsku pretpostavku štetnikove krivice. Vid. T. Ačanski, Pretpostavljena krivica kao osnov odgovornosti za štetu prema saveznom Zakonu o obligacionim odnosima, doktorska disertacija, 1981, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, umnoženo za odbranu.

⁵⁸ D. Stojanović, Osnov odgovornosti u građanskom pravu, u: Građanska odgovornost. Referati i diskusija sa Simpozijuma održanog 11 i 12. februara 1966. godine u Beogradu, Institut društvenih nauka, Beograd 1966, str. 17–18; B. Blagojević, Diskusija, u: Građanska odgovornost, str. 305.

⁵⁹ J. Radišić, Obligaciono pravo. Opšti deo, sedmo izdanje, Nomos, Beograd 2004, str. 193; S. Cigoj, u: S. Perović (ur.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I, Savremena administracija, Beograd 1995, čl. 154, str. 316.

⁶⁰ D. Machiedo, Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu, u: Građanska odgovornost, str. 46.

ne odgovara potrebama praktičnog života te da se pretpostavljanjem krivice ne balansiraju na odgovarajući način suprotstavljeni interesi štetnika i oštećenika.⁶¹ Naposljetku, u savremenoj teoriji građanskog prava zastupljeno je i shvatanje da opšta pretpostavka krivice nekog lica na osnovu činjenice da je to lice prouzrokovalo štetu drugome dovodi do neopravdanog objektivizovanja celokupne ustanove vanugovorne odgovornosti. Kada se krivica procenjuje *in abstracto* i razume kao društvena a ne kao psihička činjenica – kao što je to slučaj u srpskom pravu – onda je pravilo o pretpostavljenoj krivici nepotrebno.⁶² Naime, sudovi su ionako prirodno skloni da kao pogrešan kvalifikuju baš onaj postupak koji je prouzrokovao štetu i obratno – da u pogrešnom postupku prepoznaju uzrok štete.

Kao osnovni razlog za zakonsko pretpostavljanje krivice u jugoslovenskoj i srpskoj teoriji građanskog prava navodi se, dakle, jačanje položaja oštećenika u dokaznom postupku. Međutim, to što je dokazivanje neke činjenice teško – ne može po sebi da opravda odstupanje od opšteg pravila da je teret dokazivanja na tužiocu. Drugi razlozi koji se navode u prilog zakonskom pretpostavljanju krivice svode se na istorijsku vezu domaćeg prava s pravima nekadašnjih socijalističkih država Evrope.

U savremenom srpskom pravu postoji množina osnova građanskopravne odgovornosti i opšta zakonska norma o objektivnoj odgovornosti za realizaciju povećanog rizika. Pojam krivice je objektivizovan, a za utvrđivanje krivice načelno se koristi apstraktno, depersonalizovano merilo razumnog i pažljivog čoveka odnosno stručnjaka odgovarajuće specijalizacije. Pretpostavka krivice je konceptijski višak u jednom takvom sistemu.⁶³

Komisija za izradu građanskog zakonika razmatra dve mogućnosti: da se ukinu oboriva zakonska pretpostavka štetnikove krivice ili da se takva pretpostavka zadrži uz pozakonjenje pravila da se pretpostavlja samo obična nepažnja.⁶⁴

Koji bi bio razlog da se zakonska pretpostavka krivice ipak ne ukine? Pre svega to što ustanove građanskog prava ne treba olako menjati. Drugim rečima, teret treba da bude na onome ko tvrdi da staro pravilo treba da se promeni ili

⁶¹ S. Perović, Predgovor u: Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list, Beograd 1995, str. 48.

⁶² „Prosudivanje *in abstracto* objektivizuje krivicu, uvođenje pretpostavke o krivici objektivizuje odgovornost.” Tako: M. Orlić, Esej o krivici, str. 198.

⁶³ U tom smislu: M. Karanikić, Pretpostavka krivice u građanskom pravu, Pravni život 11/2009, str. 941–958.

⁶⁴ Vid. čl. 295 Prednacrta iz 2015.

ukine, a ne na onome ko smatra da je pravilo dobro takvo kakvo jeste. Radikalna izmena zakonske odredbe koja se primenjuje već četiri decenije stvorila bi potrebu za navikavanjem i obukom nosilaca pravosudnih funkcija. To ne znači, naravno, da pravila o građanskopravnoj odgovornosti nikada ne treba radikalno menjati već samo da radikalne promene ne treba preduzimati ako postojeće pravilo ne stvara probleme u praksi, a i tada samo ako su ti praktični problemi dobro dokumentovani i istraženi i ako se osnovano očekuje da će ih predložena promena umanjiti ili otkloniti.

2.7. Protivpravnost štetne radnje

Prouzrokovanje štete je neophodno ali nije dovoljno za zasnivanje subjektivne odgovornosti. Subjektivna odgovornost se dalje uslovljava određenim kvalitetom postupka kojim je izazvana štetna posledica. Drugim rečima, odgovornost se ne može zasnovati ako nema štete, ali kada šteta postoji, subjektivna odgovornost može da se zasnjuje jedino ako postupak kojim je šteta pričinjena ima određene karakteristike.

Ovaj naredni uslov vanugovorne odgovornosti ogleda se u nekim pravnim sistemima u protivpravnosti štetne radnje. U toj konstrukciji je za krivicu kao četvrti uslov odgovornosti – osim štete, uzročnosti i protivpravnosti štetne radnje – sačuvana sfera subjektivnog ili unutrašnjeg. Krivica se tu razume kao psihički fakt, mentalni odnos štetnika prema vlastitom činu, njegova svest i volja određenih kvaliteta. Posmatrano s drugog kraja: u onim pravnim sistemima u kojima se prihvata subjektivno shvatanje krivice kao psihičke činjenice protivpravnost štetne radnje razmatra se redovno kao poseban uslov subjektivne odgovornosti za pričinjenu štetu.

U pravnim sistemima u kojima pak protivpravnost štetne radnje ne figuriše kao uslov subjektivne odgovornosti štetnikov postupak se vrednuje formiranjem suda o skrivljenosti tog postupka. U toj paradigmi krivica obično zauzima sferu objektivnog, odnosno spoljašnjeg. Tu se krivica posmatra kao socijalna činjenica, a skrivljenim se smatra postupak koji odstupa od osnovanih društvenih očekivanja. Kada se krivica razume objektivno, smanjuje se potreba da se protivpravnost štetne radnje izdvoji kao poseban uslov subjektivne odgovornosti.

Protivpravnost štetne radnje ubraja se u opšte uslove subjektivne odgovornosti u mnogim pravnim sistemima kontinentalne Evrope. A kada se protivpravnost štetne radnje doda na spisak uslova za zasnivanje subjektivne odgovornosti –

uz štetu, uzročnost i krivicu – onda svako ko drugome skrivljeno prouzrokuje štetu može da se oslobodi vanugovorne odgovornosti dokazujući da radnja kojom je pričinio štetu nije bila protivpravna.

U srpskom pravu nije tako.⁶⁵ U praksi sudova u Srbiji protivpravnost štetne radnje ne utvrđuje se kao poseban uslov odgovornosti čija bi se ispunjenost zahtevala pored štetnikove krivice. Protivpravno postupanje se po pravilu razume kao vid pogrešnog postupanja, kao način da se skrivi, odnosno pogreši.⁶⁶ Drugim rečima, to što je štetnikova radnja protivpravna po pravilu znači da je štetnik postupio na način na koji nije trebalo da postupi. Međutim, kao pogrešna, to jest skrivljena može da se kvalifikuje i ona štetna radnja koja nije protivna pravu. Za zasnivanje odgovornosti za štetne posledice nečijeg skrivljenog čina ne traži se da taj čin još bude i protivpravan.

U utvrđivanju odgovornosti po osnovu krivice, u središtu pažnje srpskih sudova nalazi se sadržina osnovanih društvenih očekivanja prema konkretnom štetniku u datim okolnostima, a ne postojanje i sadržina prethodne, starije obaveze koju je štetnik povredio preduzimanjem radnje kojom je pričinio štetu. Kada utvrđuje ima li na štetnikovoj strani krivice, sud polazi od pitanja kako se ponašanje moglo osnovano očekivati od štetnika u datim okolnostima – a ne od pitanja da li je štetnom radnjom povređena pravna obaveza koju je štetnik imao odranije. Drugim rečima, štetnikov postupak može da se kvalifikuje kao skrivljen i ako ne predstavlja povredu neke starije pravne obaveze.⁶⁷

⁶⁵ M. Karanikić Mirić, Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, str. 284–285 i *passim*.

⁶⁶ Konstantinović je rano izneo ovo gledište: „Meni se čini da bi se u ovoj oblasti trebalo osloboditi pojma protivpravnosti i krivicu pojmiti tako da protivpravnost kao poseban pojam i uslov odgovornosti sasvim otpadne. Može se reći da je kriv svaki onaj koji se nije ponašao onako kako se osnovano moglo očekivati od njega. To očekivanje ne mora biti osnovano na pravu, dovoljno je ako je osnovano na običaju, opštim navikama. Kad idem desnom stranom kao što je običaj, ja očekujem da će i drugi ići desnom stranom i tako izbeći sudar sa mnom. Onaj koji ne čini tako, nego ide levom stranom i sudari se sa mnom koji idem pravo, kriv je za štetu koja tako nastane bez obzira na sve drugo, jer sam ja legitimno, osnovano verovao da će se on prema navikama grada kretati desnom stranom kao i ja. Tako shvaćena krivica znatno proširuje domen takozvane subjektivne odgovornosti i čini neosnovanim neke kritike te teorije.” M. Konstantinović, Diskusija, u: Građanska odgovornost, str. 332.

⁶⁷ Ovo se može ilustrovati rezonovanjem Vrhovnog suda Hrvatske u jednoj odluci iz 1980. godine: „Advokatske kancelarije redovito šalju pravne lekove preporučenom pošiljkom. Stoga, kada postupi drukčije (žalba je upućena običnom pošiljkom pa je propušten rok za žalbu) a to se može pripisati samo grešci u poslovanju advokatske kancelarije, ta okolnost može predstavljati opravdan razlog za propuštanje.“ Ne postoji opšta pravna obaveza advokatskih kancelarija da šalju podneske preporučenom pošiljkom: takvo što nije propisano ni zakonom

Pojam protivpravnosti štetne radnje uvodi se u tu konstrukciju samo izuzetno, kada se sud okrene pravnoj normi ili pravilu struke koji obavezuju štetnika, da bi utvrdio šta se od štetnika moglo osnovano očekivati u datim okolnostima. Do toga po pravilu dolazi kada štetu prouzrokuje organ pravnog lica. U ovim slučajevima samo odgovorno pravno lice predstavlja pravnu tvorevinu, postupa donoseći akte kao izraze odluka svojih organa i upravo postupanje njegovih organa dovodi do štete.

Merilo krivice pravnog lica sasvim je apstraktno. Sadržina tog merila utvrđena je obično pravnim propisima i pravilima struke. U postupku utvrđivanja krivice pogrešno postupanje organa pravnog lica sudovi ponekad nazivaju nezakonitim, protivpravnim ili nepravilnim. Nezakonitost i nepravilnost rada ne zahtevaju se kumulativno nego alternativno. Pod nezakonitim radom sudovi misle na postupanje suprotno zakonu ili drugom opštem aktu, uključujući propuštanje da se zakon ili drugi opšti akt primeni, ili čak postupanje protivno običajima, odnosno pravilima morala. Pojam nepravilnog rada mnogo je složeniji. Tu spada postupanje protivno pravilima određene struke, odnosno službe ili delatnosti, zatim rad koji se ne obavlja po protokolu i na uobičajen način. Takođe, kao nepravilan rad u praksi sudova se kvalifikuje pristrasno, zlonamerno, šikanozno, u opštem smislu nesavesno, protivno osnovanim očekivanjima u datim okolnostima, pa čak nedomaćinsko postupanje organa pravnog lica. Kao merilo pravilnog rada organa pravnog lica pominje se u teoriji još i vršenje normalne i dobre službe.⁶⁸

Pojam krivice u srpskom građanskom pravu i inače je objektivizovan – krivica se razume kao pogrešno postupanje, a ne kao psihički odnos subjekta prema vlastitom činu i posledicama tog čina. Međutim, merilo krivice objektivizuje se dodatno prilikom prosuđivanja da li je organ pravnog lica koji je pričinio štetu nekom trećem postupao onako kako je trebalo. Standard osnovano očekivanog

ni nižim pravnim aktom od zakona. Takođe, verovatno je da ugovor između advokatske kancelarije i njenog klijenta ne propisuje obavezu kancelarije da podneske šalje na tačno određen način. Međutim, advokatske kancelarije redovno šalju pravne lekove preporučenom pošiljkom i na toj praksi su zasnovana očekivanja koja se u našem društvu smatraju osnovanim. Sa stanovišta tih očekivanja, postupak advokatske kancelarije koja je poslala žalbu običnom poštom kvalifikuje se kao pogrešan. Odluka VSH, Gž. 596/80 od 27. avgusta 1980. godine, Pregled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti 18/1980, odluka br. 132. Nav. prema: M. Orlić, Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu, str. 14.

⁶⁸ Vid. pregled sudske prakse u: M. Karanikić Mirić, Tip odgovornosti pravnog lica po čl. 172 ZOO, u: Đ. Ignjatović (ur.), Kaznena reakcija u Srbiji, IV deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, str. 174–175.

ponašanja tu je preciznije utvrđen: pravno lice je manje slobodno u svom postupanju od fizičkog lica, osobito ako to pravno lice ima i određena javna ovlašćenja. Naime, osnovana društvena očekivanja u pogledu postupanja pravnih lica obično su izričito normirana, uobličena u pravnu zapovest o ponašanju. Međutim, to što postupanje pravnog lica u konkretnom slučaju nije protivno nijednoj takvoj zapovesti – još uvek ne znači da postupanje nije pogrešno. Standard društveno prihvatljivog ponašanja je određeniji, preciznije postavljen kada se odnosi na pravna lica. Ponašanja pravnih lica su po prirodi stvari detaljnije uređena, pa se njihovo pogrešno, to jest skrivljeno postupanje češće svodi na postupanje protivno osnovanim društvenim očekivanjima koja su pretočena u pravnu normu. Međutim, pogrešno je i ono postupanje pravnog lica koje nije protivno pravnoj zapovesti ali nije ni razborito, pažljivo, savesno u dovoljnoj meri.⁶⁹

2.8. Opšta norma o objektivnoj odgovornosti

U većem broju evropskih pravnih sistema objektivna odgovornost je uređena metodom enumeracije izvora povećane opasnosti štete. Zakonodavac nabraja opasne stvari ili opasne delatnosti, to jest propisuje šta se sve smatra povećanim rizikom štete za koji se vezuje odgovornost bez obzira na krivicu. Drugim rečima, objektivna odgovornost se uvodi posebnim zakonima, odnosno specijalnim zakonskim odredbama.⁷⁰ Svaki poseban slučaj objektivne odgovornosti predstavlja izuzetak od opšteg pravila da se odgovornost za štetu ne može zasnovati bez krivice.⁷¹ Tako je, primera radi, u austrijskom, nemačkom i švajcarskom pravu.⁷²

U manjem broju evropskih pravnih sistema postoji opšta norma o objektivnoj odgovornosti. Primera radi, u savremenom francuskom pravu odredba čl. 1241(1) Građanskog zakonika⁷³ razume se kao načelna, opšta, generalna

⁶⁹ Detaljno o tome: M. Karanikić Mirić, Tip odgovornosti pravnog lica po čl. 172 ZOO, str. 166–187.

⁷⁰ Cimerman to naziva ad hoc legislativom. R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford – New York 1999, p. 1133.

⁷¹ B. A. Koch, H. Koziol, *Comparative Conclusions*, in: B. A. Koch, H. Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer Law International, The Hague 2002, pp. 395–396.

⁷² Austrijski sudovi ponekad šire krug zakonom određenih izvora povećane opasnosti štete zaključivanjem po analogiji. B. A. Koch, H. Koziol, *Austria*, in: B. A. Koch, H. Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, p. 14. Nemački i švajcarski sudovi se u to ne upuštaju.

⁷³ Pre reforme to je bio čuveni čl. 1384(1) francuskog Građanskog zakonika.

odredba o objektivnoj odgovornosti za štetu od stvari u posedu ili pod kontrolom odgovornog lica (*responsabilité du fait des choses*).⁷⁴ U toj konstrukciji nema konačne liste povećanih izvora opasnosti za koje se odgovara po objektivnom principu već postoji opšta, generalna odredba o uslovima za zasnivanje objektivne odgovornosti. Sudovi određuju granice te opšte norme, i to interpretacijom zakonom propisanih uslova za zasnivanje objektivne odgovornosti i kvalifikacijom činjenica u pojedinačnim, konkretnim slučajevima.

Srpsko pravo se po ovom kriterijumu svrstava uz francusko. To važi i za ostale pravne sisteme koji baštine opštu odredbu jugoslovenskog ZOO o objektivnoj odgovornosti za štetu od stvari ili delatnosti od kojih potiče povećana opasnost od štete za okolinu.⁷⁵

Ne postoji *numerus clausus* izvora povećane opasnosti štete po okolinu za koje se odgovara po objektivnom principu. Osim stvari i delatnosti koje je zakonodavac odredio kao opasne, propisujući da se za njih odgovara bez obzira na krivicu, sudovi su zakonom ovlašćeni da prepoznaju povećani rizik štete i da odgovornost za njegovu realizaciju utvrđuju po objektivnom principu. To nije dovelo do neopravdane ekspanzije objektivne odgovornosti u praksi srpskih sudova.

Opšte pravilo o objektivnoj odgovornosti za štetu od stvari ili delatnosti koje predstavljaju izvor povećane opasnosti nije moglo da nastane na osnovu Zakona o nevažnosti, to jest pozivanjem na predratna pravna pravila. Takva opšta odredba nije postojala ni u jednom od izvora koji su važili 6. aprila 1941. godine.

Naprotiv, to opšte pravilo se postepeno razvijalo u posleratnoj praksi jugoslovenskih sudova u uslovima pomenute pravne praznine.⁷⁶ Ono je rezultat

⁷⁴ Vid. detaljno i umesto svih: P. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation 2018–2019*, Dalloz, Paris 2017, pp. 901 et seq.

⁷⁵ Vid. čl. 154 st. 2 jugoslovenskog ZOO.

⁷⁶ Odluke jugoslovenskih sudova s kraja četrdesetih godina XX veka u kojima se odgovornost za štetu od opasnog oruđa ili opasne delatnosti zasniva bez obzira na krivicu citirane su u: M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, str. 134; B. Bazala, *Odgovornost za štetu prouzrokovanu uslijed povećane opasnosti*, str. 272, B. Bazala, *Odgovornost za štetu prouzročenu pogonom cestovnih motornih vozila*, *Naša zakonitost* 3/1956, str. 104; M. Vuković, *Obvezno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1956, str. 184; S. Mihajlović, *Odgovornost za štetu pričinjenu izvorom povećane opasnosti*, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 3/1975, str. 19.

produženog intelektualnog napora domaćih sudova, pravnih teoretičara i, na kraju, zakonodavca.

Uz opšte pravilo o odgovornosti bez obzira na krivicu, u srpskom pravu postoji i niz izvedenih, odnosno posebnih režima. Prvo, u posebne oblike objektivne odgovornosti koje je kao takve odredio zakonodavac spadaju: odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom, odgovornost imalaca motornih vozila za štetu koju u slučaju udesa pretrpe treća lica, odgovornost države za štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, odgovornost organizatora priredbe te odgovornost za štetu od divlje životinje.⁷⁷

Osim toga, postoje i oblici objektivne odgovornosti, čija se posebnost zasniva na sledećem: (a) u predratnom srpskom pravu bili su priznati kao zasebni oblici (ne nužno objektivne) odgovornosti; (b) Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima poznaje ih kao zasebne oblike objektivne odgovornosti;⁷⁸ (c) domaći sudovi tretiraju ih kao zasebne, izvedene oblike odgovornosti, ali to ne čine na osnovu nekakvih posebnih pravila važećeg ZOO nego na osnovu zakonskog ovlašćenja da stvar ili delatnost kojom je pričinjena šteta kvalifikuju kao opasnu i podvedu pod režim objektivne odgovornosti. Sudovi to čine uz određena odstupanja od pravila koja inače važe za osnovni slučaj objektivne odgovornosti i ta su odstupanja umnogome inspirisana Skicom. U takve izvedene oblike objektivne odgovornosti treba ubrojati: odgovornost za štetu od građevine i odgovornost za štetu od domaće životinje.

Osim toga, srpsko pravo poznaje i slučajeve odgovornosti za drugog koje treba, s obzirom na osnov, kvalifikovati kao oblike objektivne odgovornosti. To su odgovornost poslodavca za štetu koju njegov zaposleni pričinu trećem licu na radu ili u vezi s radom i odgovornost roditelja za štetu koju prouzrokuje dete mlađe od sedam godina za vreme dok se nalazi pod roditeljskim nadzorom.

Ovo nabranje nije konačno. Posebni oblici odgovornosti bez obzira na krivicu predviđeni su i sektorskim zakonima. Primera radi, zakonom je propisana objektivna odgovornost za zagađivanje životne sredine i štetne posledice zagađenja.⁷⁹ Ta odgovornost je posebna, između ostalog, i zato što se ne vezuje za određeni izvor povećane opasnosti štete po okolinu nego za vrstu prou-

⁷⁷ Tu još mogu da se svrstaju odgovornost u vezi s obavezom zaključenja ugovora (čl. 183 ZOO–SR) i ona u vezi s vršenjem poslova od opšteg interesa (čl. 184 ZOO–SR). U domaćoj pravnoj nauci postoje različita shvatanja o njihovoj pravnoj prirodi.

⁷⁸ Čl. 142–145 Skice.

⁷⁹ Vid. čl. 103 ZZŽS.

zrokovane štete. Zagađivač odgovara po objektivnom principu, i za ekološku štetu (štetu na prirodnim resursima na kojima se štiti javnopravni interes) i za tradicionalne oblike štete koji su se dogodili usled zagađenja životne sredine, a u oba slučaja bez obzira na to da li je šteta potekla od nekog izvora povećane opasnosti. Drugim rečima, odgovornost za zagađenje i štetne posledice zagađenja zasniva se po objektivnom principu i kada zagađenje nije izazvano nikakvom opasnom stvari ni opasnom delatnošću.⁸⁰

Posebni (izvedeni) vidovi objektivne odgovornosti, ma kako brojni bili, ne dovode u pitanje postojanje opšteg režima objektivne odgovornosti. Ti slučajevi upravo su posebni *u odnosu na opšti režim*. Specijalnim ih čini to što na neki način odstupaju od opšteg, centralnog slučaja objektivne odgovornosti. Njih, dakle, ne treba mešati sa sistemom enumeracije, kao načinom na koji je u pretežnom broju evropskih pravnih sistema uređena objektivna odgovornost. To što zakonodavac izdvaja neke slučajeve odgovornosti bez obzira na krivicu i posebno ih uređuje ne menja činjenicu da je objektivna odgovornost u srpskom pravu uređena opštom normom.

Opšta norma o objektivnoj odgovornosti predstavlja uzorno i veoma moderno nasleđe jugoslovenskog obligacionog prava. Uostalom, slično opšte pravilo sadrže i Principi evropskog odštetnog prava, kojima je predviđena objektivna odgovornost lica koje obavlja neku abnormalno opasnu delatnost za štetu prouzrokovanu realizacijom rizika koji je tipičan za tu delatnost.⁸¹

2.9. Odgovornost za drugoga

Vanugovorna odgovornost za štetu deli se na odgovornost za vlastiti čin i odgovornost za drugoga. Za razliku od krivičnog prava u kojem može da se odgovara samo za sopstveni i to skrivljeni postupak, u građanskom pravu mo-

⁸⁰ Više o tome M. Karanikić Mirić, *Odgovornost za zagađivanje životne sredine*, Pravni život 9/2007, str. 455–479. Osim toga, srpsko pravo poznaje poseban režim objektivne odgovornosti za nuklearne štete, zatim, za štetu prouzrokovanu objavljivanjem neistinite ili nepotpune informacije koja potiče od organa javne vlasti odgovara država bez obzira na krivicu (čl. 116 (2) Zakona o javnom informisanju i medijima (ZJIM), Službeni glasnik RS, br. 83/2014, poslednje izmene u br. 12/2016). Isto tako, pacijent koji zbog medicinskog istraživanja pretrpi štetu na svome telu ili zdravlju ima pravo na naknadu te štete bez obzira na krivicu odgovornog lica. Čl. 25 (8) Zakona o pravima pacijenata, Službeni glasnik RS, br. 45/2013.

⁸¹ The European Group on Tort Law (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Wien 2005, p. 104 (Art. 5:101).

guće je da jedan odgovara za štetu koju je pričinio neko drugi. Nekada je čak moguće da se odgovara za drugoga bez ikakve sopstvene krivice.

Naravno, odgovornost za drugoga jeste izuzetak i ne može se zasnovati ako nije predviđena zakonom. Neophodno je, dakle, da zakonodavac utvrdi da između odgovornog lica i štetnika postoji određeni odnos, kao što je odnos između roditelja i deteta ili poslodavca i zaposlenog, koji opravdava da pod određenim uslovima prvi odgovara za štetu koju je pričinio onaj drugi.

Definišuća karakteristika odgovornosti za drugoga jeste to što se uloge štetnika i odgovornog lica ne stiču u jednom subjektu. Tu se pojmovi štetnika i odgovornog lica razdvajaju, pa se kao štetnik kvalifikuje onaj ko je svojom radnjom doveo do štete, a kao odgovorno lice onaj ko za tog štetnika odgovara.

Kategorija odgovornosti za drugoga nije formirana prema pravnom osnovu.⁸² Ona može da bude objektivna, subjektivna ili zasnovana na pravičnosti. Kada je subjektivna, odgovornost za drugoga može da bude zasnovana na pretpostavljenoj ili na dokazanoj krivici.

Primerice, odgovornost poslodavca za zaposlenog u jugoslavenskom i srpskom pravu jeste jedan vid objektivne odgovornosti. Poslodavac odgovara bez obzira na sopstvenu krivicu, a pretpostavljena krivica zaposlenog predstavlja samo uslov a nikako osnov poslodavčeve odgovornosti. Osnov subjektivne odgovornosti može da bude samo sopstvena krivica, a ne krivica drugoga.⁸³ Dalje, odgovornost za maloletnika može da bude objektivna, kao što je odgovornost roditelja za štetu koju prouzrokuje dete staro do sedam godina dok je pod roditeljskim nadzorom, ali i subjektivna, i to zasnovana na pretpostavljenoj krivici odgovornog lica, kao što je odgovornost ustanove kojoj je maloletnik poveren na čuvanje. Osim toga, odgovornost za maloletnika može da bude subjektivna ali zasnovana na dokazanoj krivici odgovornog lica, kao što je posebna odgovornost roditelja za grešku u vaspitanju. Konačno, odgovornost za maloletnika može da se zasniva i na pravičnosti. S druge strane, odgovornost za duševno bolesne i zaostale u umnom razvoju zasniva se isključivo na pretpostavljenoj krivici odgovornog lica.⁸⁴

⁸² Suprotno: O. Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2009, str. 475. Antić razume odgovornost za drugog kao objektivnu odgovornost u užem smislu.

⁸³ L. Bach, *Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1977/1, p. 27.

⁸⁴ Pojedini pravni pisci smatraju da i odgovornost pravnog lica za štetu koju prouzrokuje

U kontekstu odgovornosti za drugoga postavila su se u praksi sudova određena pitanja u vezi s važenjem privilegovanog roka zastarelosti iz čl. 377 (1) jugoslovenskog i srpskog ZOO.

Naime, zakonom je propisano da potraživanje naknade prouzrokovane štete zastareva za tri godine od kada je oštećenik doznao za štetu i za lice koje je štetu prouzrokovalo, a u svakom slučaju za pet godina od kada je šteta nastala (čl. 376 (1 i 2) ZOO). Međutim, kada je šteta prouzrokovana krivičnim delom, onda važi posebno pravilo. U takvom slučaju, ako je za krivično gonjenje predviđen duži rok zastarelosti od rokova propisanih opštim pravilom o zastarelosti prava na naknadu štete, zakonodavac propisuje da potraživanje naknade štete prema odgovornom licu zastareva kada istekne vreme određeno za zastarelost krivičnog gonjenja.

Praksa jugoslovenskih i srpskih sudova dugo je bila neujednačena u odgovoru na pitanje da li produženi rok zastarelosti potraživanja naknade štete koja je pričinjena krivičnim delom važi samo kada je zahtev za naknadu štete upravljen prema štetniku ili i onda kada je taj zahtev upravljen prema odgovornom licu, to jest prema onome ko odgovara za štetnika. Osim toga, za sudove je dugo bilo sporno može li se produženi rok zastarelosti potraživanja naknade štete primeniti u slučaju da postojanje krivičnog dela kojim je prouzrokovana šteta nije utvrđeno pravnosnažnom krivičnom presudom, odnosno može li parnični sud, za potrebe utviđivanja ispunjenosti uslova za primenu produženog roka zastarelosti potraživanja naknade štete, da rešava o postojanju krivičnog dela kao prethodnom pitanju.⁸⁵

Posle rasprave koja je vođena u akademskoj i stručnoj javnosti, Ustavni sud Srbije je u julu 2011. godine stao na stanovište da produženi rok zastarelosti prava na naknadu štete ne teče samo prema štetniku koji je krivičnim delom prouzrokovao štetu nego i prema licu koje odgovara za tog štetnika po pravilima o odgovornosti za drugoga. To pravilo važi ako je protiv štetnika vođen krivični postupak i doneta pravosnažna presuda kojom je utvrđeno postojanje krivičnog dela i okrivljeni oglašen krivim za to delo, ali i ako je krivični postu-

njegov organ predstavlja jedan oblik odgovornosti za drugoga. Tako: Ž. Đorđević, V. Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1987, str. 417. Međutim, pravno lice ne može da deluje na drugi način nego putem svojih organa. Organ je sastavni deo pravnog lica, a pravno lice nema drugih svojih voljnih radnji do radnji organa. Više o tome: M. Karanikić Mirić, *Tip odgovornosti pravnog lica* po čl. 172 ZOO, str. 167–168.

⁸⁵ Detaljno o tim pitanjima: M. Karanikić Mirić, *Zastarelost potraživanja naknade štete prouzrokovane krivičnim delom*, APFB 1/2011, str. 178–204.

pak obustavljen, odnosno nije ni mogao da se pokrene usled smrti ili duševne bolesti štetnika. Isto važi i ako postoje druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje i krivičnu odgovornost štetnika, kao što su amnestija i pomilovanje.⁸⁶

2.10. Subjektivna koncepcija neimovinske štete

Suprotstavljenost subjektivnog i objektivnog shvatanja o neimovinskoj šteti odavno je poznata u pravnoj nauci.⁸⁷ U jugoslavenskom pravu bila je razrešena u korist čiste subjektivne koncepcije neimovinske štete. Pod uticajem shvatanja koje je u pravnoj teoriji tog vremena zastupao Obren Stanković,⁸⁸ jugoslavenski zakonodavac se priklonio ideji o neimovinskoj šteti kao oštećenikovom intimnom trpljenju.

U subjektivnoj paradigmi neimovinsku štetu čine oštećenikov bol ili strah, odnosno povreda oštećenikove intimne sfere koja je izazvala poremećaj u njegovoj psihičkoj ravnoteži. Suprotno od toga, pod objektivnom koncepcijom neimovinske štete misli se na svako razumevanje te štete kao povrede ličnog dobra ili objekta neimovinskog prava ili samog neimovinskog prava ili pravom zaštićenog neimovinskog interesa, a u svakom slučaju bez obzira na to da li je ta povreda imala za rezultat bol ili strah, odnosno oštećenikovo intimno trpljenje.

U Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima Konstantinović je bio ostavio prostora za otklon od čisto subjektivnog shvatanja moralne štete. On je moralnu ili neimovinsku štetu odredio široko kao (1) povredu svakog zakonitog interesa, (2) povredu prava ličnosti: slobode, časti, ugleda, stida, ličnog i porodičnog mira i drugih ličnih dobara i (3) nanošenje drugome fizičkog ili psihič-

⁸⁶ Stav USS koji se odnosi na rok zastarelosti za naknadu štete prouzrokovane krivičnim delom, Su broj: I-400/1/3-11 od 14. jula 2011.

⁸⁷ O različitim koncepcijama neimovinske štete pisala sam na drugim mestima i drugim povodima, a naročito u ovim publikacijama: M. Karanikić Mirić, Objektivizovanje moralne štete, Zbornik Matice srpske za društvene nauke 3/2015, str. 487–503; M. Karanikić Mirić, Non-Pecuniary Loss in Serbian Tort Law: Time for a Change in Paradigm?, in: SEE | EU Cluster of Excellence in European and International Law Series of Papers, Vol. 2, Alma Mater, Saarbrücken 2016, pp. 25–40; M. Karanikić Mirić, Nasledivost prava na naknadu moralne štete, Pravni život 5–6/2015, str. 37–56; M. Karanikić Mirić, Istorija ideje o moralnoj šteti u modernom srpskom građanskom pravu, str. 183–194; M. Karanikić Mirić, Objektivna odgovornost, str. 116–128; M. Karanikić Mirić, Subjektivna koncepcija neimovinske štete, u: Z. Slakoper, M. Bukovac Puvača, G. Mihelčić (ur.), Liber Amicorum Aldo Radolović, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2018, str. 395–414.

⁸⁸ O. Stanković, Naknada štete. Novčana naknada neimovinske štete, str. 150.

kog bola.⁸⁹ To određenje dopušta iskorak iz sfere intimnog trpljenja u slučaju da je povređeno neko oštećenikovo lično dobro ili zakoniti interes, bez obzira na to da li je takva povreda praćena duševnim ili telesnim patnjama.

Ipak, jugoslovenski zakonodavac je redukovao Skicom predloženi pojam moralne štete na prouzrokovani bol ili strah, to jest na telesne i duševne patnje dovoljnog trajanja i intenziteta. U slučaju povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti smatra se da neimovinska šteta postoji samo ako je usled te povrede oštećenik trpeo psihički bol.

Čista subjektivna koncepcija neimovinske štete imala je status dogme za najviše jugoslovenske sudove, koji su 1986. godine zauzeli sledeći zajednički stav:⁹⁰

„Pod nematerijalnom štetom u smislu ZOO podrazumevaju se fizički bol, psihički bol i strah. Stoga se oštećenom novčana naknada na ime nematerijalne štete može dosuditi samo kada se povreda manifestovala u jednom od navedenih vidova te štete i pod uslovom da jačina i trajanje bolova i straha i druge okolnosti to opravdavaju, da bi se kod oštećenog uspostavila narušena psihička ravnoteža. Oštećenom se zbog povrede (nematerijalnih) prava ličnosti novčana naknada može dosuditi samo kada su se posledice te povrede manifestovale u jednom od vidova nematerijalne štete. I kada je neki od vidova nematerijalne štete nastao, oštećenom se novčana naknada može dosuditi samo kada jačina i trajanje bolova i straha ili druge okolnosti slučaja to opravdavaju, da bi se kod oštećenog uspostavila narušena psihička ravnoteža.“

Isto shvatanje zadržalo se u srpskom pravu do danas. U praksi sudova u Srbiji neimovinska šteta se ne sastoji u povredi nekog ličnog neimovinskog prava oštećenika, pa ni u povredi objekta tog njegovog prava, nego u intimnom trpljenju koje obično nastaje baš povodom takve povrede. Međutim, ako povodom povrede prava ličnosti ili objekta prava ličnosti ne dođe do bola ili straha dovoljnog intenziteta, onda u izloženoj subjektivnoj konstrukciji nema ni neimovinske štete.⁹¹ Neimovinska šteta se, dakle, razume kao snažno i trajno subjektivno trpljenje, to jest povreda oštećenikove intimne sfere koja uzrokuje poremećaj u njegovoj psihičkoj ravnoteži.

⁸⁹ Vid. čl. 124 Skice.

⁹⁰ Zaključak savetovanja predstavnika Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986.

⁹¹ Rešenje VKS, Rev. 584/2010 od 11. februara 2010: Najviši sud, između ostalog, nalaže prvostepenom sudu da utvrdi da li je povodom neosnovanog lišenja slobode oštećenik trpeo strah čija jačina i trajanje opravdavaju dosuđivanje naknade. Neosnovanost lišenja slobode nije dovoljna.

Kada je o duševnim bolovima reč, kao neimovinska šteta mogu da se kvalifikuju isključivo oni koji su pomenuti u iscrpnom zakonskom katalogu (recimo, duševni bol usled naruženosti, duševni bol zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica i ostalo). Srpski sudovi su rigidni u tom pogledu i ne šire krug duševnih bolova koji su zakonom priznati kao šteta.⁹² Recimo, ne dosuđuju naknadu za duševni bol usled gubitka stvari, čak ni kada je reč o umetničkom delu, zato što to nije zakonom priznat oblik neimovinske štete.⁹³

Sudovi su sasvim izuzetno spremni da prošire krug srodnika koji imaju pravo na naknadu za duševni bol usled smrti bliskog lica, pod uslovom da je postojala trajna zajednica života umrlog i daljeg srodnika, pri čemu se sam pojam neimovinske štete ne menja.⁹⁴

U graničnim slučajevima, kao što je gubitak nerođenog deteta, sudovi kao sporno razrešavaju pitanje postojanja lica koje bi bilo u odgovarajućem stepenu srodstva s oštećenikom pa tužbene zahteve odbijaju ako se ustanovi da izgubljeni plod ne bi mogao da opstane van majčine utrobe.⁹⁵ U nastojanju

⁹² Da srpski sudovi i dalje čvrsto stoje uz subjektivnu koncepciju moralne štete, proizlazi i iz pregleda sudske prakse u: Snežana Andrejević, Ljubica Milutinović, Zdravko Petrović, Promena stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete, u: Naknada nematerijalne štete, Izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo 1998–2008, GTZ, Beograd 2009, str. 92–107. Pojedine sudije predlažu objektivizovanje pojma neimovinske štete zakonodavnom intervencijom sa ciljem pružanja jače zaštite pravima ličnosti. Vid. primera radi: Jelena Borovac, Odgovornost za neimovinsku štetu zbog povrede prava ličnosti, u: Naknada nematerijalne štete, Izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo 1998–2008, str. 127.

⁹³ Rešenje VSS, Rev. I 2749/2004 od 25. novembra 2004. Vid. takođe: „Oštećena nema pravo na naknadu štete za umanjeni izbor pri udaji koji bi joj mogao biti sužen zbog pretrpljene povrede, jer ne postoji ovakav vid štete kao samostalan vid, već je obuhvaćen naknadom za duševne bolove zbog estetske naruženosti.“ Presuda OS u Valjevu, Gž. br. 899/05 od 2. juna 2005. U istom ključu: „Osnovan i intenzivan strah roditelja za sudbinu deteta nije pravno priznata nematerijalna šteta.“ Zaključak savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 14. i 15. septembra 1983.

⁹⁴ „Deda ima pravo na naknadu štete za pretrpljene duševne bolove zbog smrti unuka koga je on odgajao i vaspitavao umesto bioloških roditelja još od njegovog najranijeg detinjstva.“ Presuda VSS, Rev. 2392/2002 od 3. jula 2002.

⁹⁵ „Duševni bol zbog gubitka fetusa ne predstavlja poseban zakonom priznat vid nematerijalne štete, niti se fetus poistovećuje sa licem. Majci se, izuzetno, može dosuditi naknada štete za duševni bol usled smrti nerođenog deteta, pod uslovom da je trudnoća imala normalan tok, da se po redovnom toku stvari moglo očekivati da se dete rodi živo i da je fetus bio razvijen do stepena koji ga čini sposobnim za život izvan majčinog tela. [...] Osnovanost zahteva za naknadu štete ovde zavisi od sposobnosti zametka za vanmaterični život.“ Presuda

da izbegnu jednu logičku zamku (dosuđivanje naknade za duševni bol zbog smrti bliskog lica kojega nije ni bilo), sudovi zapadaju u drugu, pa odbijanje tužbenog zahteva obrazlažu time što fetus ne bi mogao da opstane van majke u vreme štetnog događaja. Međutim, pitanje njegovog opstanka van majčine utrobe ne bi se ni postavljalo da nije bilo štetnog događaja.⁹⁶

Postavlja se pitanje može li u subjektivnoj paradigmi intimno trpljenje da se kvalifikuje kao šteta i kada to trpljenje nije posledica povrede oštećenikovog prava ličnosti, odnosno nekog njegovog neimovinskog dobra kao objekta takvog prava.⁹⁷ Značaj tog pitanja je isključivo teorijski jer se zna da jugoslovenska i srpska subjektivna koncepcija podrazumeva iscrpni zakonski katalog, to jest *numerus clausus* intimnih trpljenja koja se pravno priznaju kao neimovinska šteta.

Karbonije (*Carbonnier*) izričito navodi da moralna šteta može da se odnosi i na povredu moralnih interesa ili osećanja kojima ne odgovara nijedno definisano pravo ličnosti, odnosno koja nisu objekat nijednog takvog prava.⁹⁸

Kao primer za to može da se navede naknada za duševni bol usled teškog invaliditeta bliskog lica. Reč je o intimnom trpljenju oštećenika usled povrede tuđeg prava ličnosti. Taj oblik neimovinske štete u okvirima objektivne koncepcije nalaže da se tuđi telesni integritet sagleda kao oštećenikovo lično dobro, odnosno da se prihvati da oštećenik ima vlastito neimovinsko pravo da ne dođe do povrede ličnog dobra nekog drugog lica. Taj isti oblik neimovinske štete lakše se priznaje u subjektivnoj paradigmi – kao duševni bol koji jedno lice podnosi zbog povrede koja je naneta tuđem ličnom dobru. Pri krajnje

AS u Beogradu, Gž. 11030/2010 od 12. januara 2012. Isto: Presuda VSS, Rev. 2606/1999 od 6. oktobra 1999.

⁹⁶ U istom duhu: „Dete koje je rođeno posle povređivanja oca nema pravo na naknadu nematerijalne štete zbog naročito teškog invaliditeta bliskog lica, jer u vreme nastanka štetnog događaja nije bilo ni začeto.“ Presuda VSS, Rev. 5998/2000 od 30. januara 2002, s tim što ovde sud kao presudan uzima trenutak začeca, a ne vreme kada je fetus postao sposoban za život van utrobe majke.

⁹⁷ Radišić ne odgovara izričito na to pitanje, ali kaže da se neimovinska šteta svodi na psihičko uznemiravanje čovekovo, u vidu duševnog ili fizičkog bola, patnji, straha, neugodnih osećanja, izazvano povredom nekog njegovog ličnog, neimovinskog dobra. J. Radišić, *Obligaciono pravo*, str. 199. On naravno uočava da povreda neimovinskog dobra može da ima za posledicu i imovinsku i neimovinsku štetu. Recimo, povreda tela može da ima za posledicu troškove lečenja, s jedne strane, i telesni bol, s druge strane.

⁹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome 2. Les biens, Les obligations, P.U.F., Paris 2004, pp. 2272–2273.

objektivno shvaćenoj neimovinskoj šteti, povreda tuđeg ličnog prava mora biti posebno izdvojena kao vid takve štete.

U ZOO–SR je predviđeno i posebno pravno sredstvo za otklanjanje povrede prava ličnosti kao takve.⁹⁹ Sud može da naredi da se na trošak štetnika objavi presuda ili ispravka, ili da štetnik povuče izjavu kojom je učinjena povreda, odnosno da se učini nešto drugo¹⁰⁰ čime može da se ostvari ista svrha. Sud to može i kada je povređeno neko neimovinsko dobro pravnog lica,¹⁰¹ pošto se ne traži da je usled povrede prava ličnosti imalac tog prava trpeo još i psihički bol, fizički bol ili strah.¹⁰²

Sudovi dopuštaju kumulaciju pravnih sredstava za otklanjanje povrede prava ličnosti i pravične novčane naknade za pretrpljenu neimovinsku štetu.¹⁰³ Međutim, osnovno sredstvo za popravljavanje neimovinske štete u subjektivnoj paradigmi jeste satisfakcija u novcu. Sredstva kojima se pravno sankcioniše povreda prava ličnosti mogu marginalno da doprinesu oštećenikovom zadovoljenju, ali osnovno sredstvo ostaje novčana naknada neimovinske štete.

U praktičnoj dimenziji, kada se neimovinska šteta razume kao duševni bol, telesni bol ili strah, naknadu takve štete može da zahteva samo ono fizičko lice koje ima sposobnost za intimno trpljenje. Tu mogu da budu sporni slučajevi kada oštećenik usled povrede ostane bez svesti, odnosno u dugotrajnom ili konačnom stanju kome, pa ne oseća bol i strah, ili nije u stanju da nas o tome obavesti, ili su nedovoljna ljudska saznanja o tome šta on može da oseća, odnosno da li su snaga i trajanje njegovih negativnih senzacija i osećanja takvi da opravdavaju naknadu. Nekada je bol koji oštećenik trpi umanjen ili potpuno eliminisan lekovima protiv bolova.¹⁰⁴ I uzrast oštećenika može da bude prepreka da

⁹⁹ Vid. čl. 199 ZOO–SR.

¹⁰⁰ Primerice, da se umesto presude objavi tekst sadržine koju predlaže tužilačka strana. Presuda VSS, Rev. 229/2004/2 od 21. aprila 2004.

¹⁰¹ Isto vredi za pravna sredstva iz čl. 101 ZJIM (primera radi, brisanje audio ili video zapisa kojim je povređeno pravo na privatnost).

¹⁰² Bitne činjenice za odlučivanje o osnovanosti zahteva da se o trošku tuženog objavi izreka presude kojom je utvrđena povreda žiga jesu intenzitet napada na povređeno dobro, način i sredstva kojima je povreda učinjena, količina robe kojom je povreda učinjena, uslovi pod kojima pravni subjekti posluju, ponašanje odgovornog lica nakon izvršene povrede, negativne ekonomske posledice povrede po nosioca žiga i tome slično. Parafraza izvoda iz Rešenja VTS, Pž. 6348/2008(3) od 29. januara 2009.

¹⁰³ Zaključak Savetovanja građanskih i građansko–privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986.

¹⁰⁴ D. Medić, Značaj vještačenja u parnicama za naknadu nematerijalne štete, Vještak 1/2014,

oseti duševni bol ili strah. Sudovi se trude da te i druge sporne slučajeve pokriju širim tumačenjem zakonskog pravila, ako je to moguće razložno učiniti.¹⁰⁵

Subjektivnu koncepciju neimovinske štete obično prati pravilo o nenasledivosti prava na naknadu te štete. Specifična funkcija novčane naknade neimovinske štete jeste da se oštećeniku omogući da pribavi neko zadovoljstvo koje će doprineti uspostavljanju njegove psihičke ravnoteže koja je narušena trpljenjem fizičkog ili psihičkog bola. Smatra se da tako shvaćena moralna šteta i funkcija njene naknade obesmišljavaju obvezivanje odgovornog lica da naknadi neimovinsku štetu nakon oštećenikove smrti.¹⁰⁶ Stoga je nasledivost prava na naknadu neimovinske štete u srpskom pravu i dalje ograničena na slučajeve kada je oštećeniku za života to pravo priznato pismenim sporazumom s odgovornim licem ili pravosnažnom odlukom suda.¹⁰⁷

str. 22. Medić ukazuje i na pokušaj da se to što čovek zbog nesvesti gubi određeni broj dana u životu predstavi kao poseban oblik duševne patnje, ali zaključuje da to ne može uspeti jer se po pravilima ZOO novčana naknada daje za tačno određene duševne bolove. *Loc. cit.* Sudovi smatraju da je i za trpljenje straha potrebna svest u punom obimu: Ako oštećeni izgubi svest usled povrede mozga, a pošto dođe svesti ne može da se seti štetnog događaja, onda on ne može da oseća strah. Presuda OS u Valjevu, Gž. 1259/2007(1) od 13. novembra 2007. Vid. detaljno u: M. Karanić Mirić, Objektivizovanje moralne štete, str. 498–500.

¹⁰⁵ „Tek rođeno dete ima pravo na naknadu nematerijalne štete za pretrpljene duševne bolove zbog smrti bliskog lica, jer će ono doživljavati bol razvojem svesti i duševnim sazrevanjem.“ Zaključak Savetovanja predstavnika Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda o problemima nematerijalne štete od 15. i 16. oktobra 1986. Dosuđuje se, dakle, buduća neimovinska šteta kada je to moguće. Međutim, kada bi se radilo o naknadi za apstraktnu povredu prava ličnosti, ta naknada bi morala da bude veća jer povreda prava postoji *ex tunc*, a duševni bolovi će tek uslediti.

¹⁰⁶ Vid. na primer: O. Stanković, Sukcesija prava na naknadu neimovinske štete, APFB 4/1961, str. 656–670; O. Stanković, „Još ponešto o nasleđivanju prava na naknadu neimovinske štete“, APFB 1–3/1972, str. 499–508.

¹⁰⁷ Međutim, tada i nije reč o nasleđivanju prava na naknadu moralne štete nego o nasleđivanju prava iz ugovora o poravnanju ili iz pravosnažne odluke suda. Vid. čl. 204 jugoslovenskog i srpskog ZOO. Time je pozakonjeno shvatanje jugoslovenskih sudova koje se razvilo krajem šezdesetih godina prošlog veka: „Samo pravosnažno dosuđeno ili pismenim sporazumom priznato potraživanje naknade za neimovinsku štetu prelazi na naslednike oštećenog.“ Zaključak savetovanja predstavnika građanskih odeljenja republičkih vrhovnih sudova i sudija Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije od 18. i 19. jula 1968. Oštećenikovi naslednici ne mogu ni da pokrenu ni da nastave postupak za naknadu neimovinske štete koja je oštećeniku pričinjena za života. Tako: S. Perović, u: S. Perović (ur.), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I, čl. 204, str. 474. Oni mogu, naravno, da ostvaruju vlastito pravo na naknadu neimovinske štete koja im je prouzrokovana ostaviočevom smrću, ali to je sasvim druga stvar: članovi uže porodice preminulog imaju to pravo i kada nisu njegovi naslednici. Detaljno o nasledivosti prava na naknadu neimovinske štete u uporednom pravu i u srpskom pravu *de lege lata* i *de lege ferenda* vid. u: M. Karanić

Međutim, u momentu prouzrokovanja neimovinske štete u imovinu oštećenika ulazi jedno imovinsko pravo – pravo da od odgovornog lica zahteva pravičnu novčanu naknadu. Odgovorno lice garantuje za tu obavezu svom svojom imovinom. Izvor obaveze da se naknadi moralna šteta nalazi se u povredi tuđe intimne sfere, u nanošenju drugome bola ili straha koji se u pravu priznaju kao šteta, ali se sadržina te obaveze sastoji u *predaji određene sume novca* koja bi oštećeniku trebalo da pomogne da lakše prebrodi definitivnan uštrb u intimnoj sferi. Kalodera je zato tvrdio da je pravo na naknadu neimovinske štete – imovinsko pravo:¹⁰⁸ priroda tog prava nije određena svrhom radi koje je priznato nego činjenicom da zahtev za naknadu moralne štete glasi na imovinsku vrednost. Nije, dakle, sporno da lično pravo, odnosno lično dobro nije nasledivo nego se tvrdi da je pravo na naknadu štete prouzrokovane povredom tog prava odnosno dobra – imovinsko pravo. Nema razloga da ono ne uđe zaostavštinu oštećenika. Kada se to prihvati, onda je jasno da subjektivna koncepcija neimovinske štete po sebi ne sprečava nasledivost prava na njenu naknadu.

Komisija za izradu građanskog zakonika razmatra nekoliko varijanti: da zadrži postojeće pravilo po kojem je pravo na naknadu neimovinske štete prenosivo i nasledivo samo ako je priznato pismenim sporazumom ili pravosnažnom odlukom; da propiše da je pravo na naknadu neimovinske štete prenosivo i nasledivo samo ako je priznato ugovorom (bez obzira na formu) ili ako je o tom pravu poveden spor i, konačno, da izričito propiše neograničenu prenosivost i nasledivost prava na naknadu štete.¹⁰⁹ Osim toga, Komisija predlaže da se pojam neimovinske štete zakonički odredi onako kako je to učinjeno u Skici,¹¹⁰ to jest da se prihvati pomenuta Konstantinovićeva mešovita koncepcija.

2.11. Novčana naknada neimovinske štete

U periodu nakon Drugog svetskog rata bilo je onih koji su smatrali da je nemoralno da se naknada neimovinske štete iskazuje u novcu. Danas se smatra da u tome nema ničeg zazornog.¹¹¹ Naknada neimovinske štete dosuđuje se u

Mirić, Nasledivost prava na naknadu moralne štete, str. 37–56.

¹⁰⁸ M. Kalodera, Naknada neimovinske štete: rasprava iz komparativnog prava, Gaj, Zagreb 1941, str. 281.

¹⁰⁹ Vid. čl. 365 Prednacrt iz 2015.

¹¹⁰ Vid. čl. 124 Skice.

¹¹¹ M. Konstantinović, Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja, str. 84–86. Bilo je i drugih mišljenja, recimo, da je novčana naknada štete po svojoj prirodi moguća jedino ako se šteta može proceniti u novcu, što je pak moguće samo ako je šteta imovinska. S. Jakšić, Obliga-

novcu kao jedan vid moralne satisfakcije za pretrpljeni bol ili strah.¹¹² Polazi se od toga što pravična naknada u novcu omogućava oštećeniku da pribavi neko dobro po sopstvenom izboru ili da učini nešto drugo što bi mu pomoglo da lakše podnese nepopravljiv gubitak koji je pretrpeo u neimovinskoj sferi.

Sudovi su prinuđeni da kvantifikuju primerenu naknadu za pretrpljenu neimovinsku štetu. U subjektivnom modelu sudovi utvrđuju iznos pravične naknade koja treba da pruži satisfakciju oštećeniku za definitivan moralni gubitak. Tako je u Srbiji. Međutim, i u objektivnoj paradigmi neimovinske štete sudovi utvrđuju naknadu koja je primerena jednoj neopipljivoj, sasvim apstraktnoj povredi, određuju iznos koji bi trebalo da predstavlja pravičan odgovor na povredu prava ličnosti.

U odmeravanju pravične naknade neimovinske štete sudovi u Srbiji oslanjaju se na smernice Vrhovnog suda. Naime, na sednici Građanskog odeljenja VSS, koja je održana 8. februara 1999. godine, usvojen je jedan dokument pod nazivom „Pregled najviših orijentacionih iznosa pravične naknade“ za različite vrste neimovinske štete. Taj dokument nije formalno obavezujući, ali iza njega stoji najviši sud u zemlji snagom svoga autoriteta. Niži sudovi se stoga okvirno drže preporučenih iznosa naknade neimovinske štete, s tim što ih redovno valorizuju mesečnim indeksom potrošačkih cena.

2.12. Pravo pravnog lica na naknadu neimovinske štete

Sudovi u Srbiji i dalje čvrsto stoje na stanovištu da pravno lice ne može da bude titular prava na naknadu neimovinske štete. U sudskoj praksi nije sporno da je dobar ugled preduzeća pravom zaštićeno neimovinsko dobro. Međutim, povreda tog neimovinskog dobra nije zakonom priznat oblik neimovinske štete, pa preduzeće nema pravo na naknadu u takvom slučaju, izuzev ako je usled povrede ugleda pretrpelo neku pravom priznatu imovinsku štetu.¹¹³

Najviši sud uporno ističe da pravno lice nema pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda jer to nije zakonom priznata šteta. Sud naglašava da se nikome ne osporava pravo „da zagovara zakonsko

ciono pravo, Veselin Masleša, Sarajevo 1960, str. 305.

¹¹² Čl. 200 i čl. 202 jugoslovenskog i srpskog ZOO.

¹¹³ Odluka VSS, Prev. 611/2001 od 25. decembra 2002. Vid. takođe: Presudu VTS, Pž. 7022/2002 od 30. oktobra 2002, Presudu VTS, Pž. 6501/2004/2 od 29. oktobra 2004, Rešenje VSS, Prev. 127/1997 od 26. marta 1997, Presudu VSS, Prev. 265/2007 od 10. juna 2008.

priznanje tog prava pravnim licima, uz napomenu da je teško pronaći opravdane naučne i životne osnove za to“.¹¹⁴

U odlukama koje potvrđuju taj stav srpski sudovi često citiraju razloge koje je za to da se pravnom licu ne prizna pravo na naknadu neimovinske štete navodio Obren Stanković. Recimo, Stanković je ovako pisao:¹¹⁵

„Da bi se govorilo o pravu pravnih lica na novčanu naknadu nematerijalne štete u smislu u kome se može govoriti kada je reč o fizičkim licima nedostaju osnovne materijalnopravne pretpostavke: mogućnost da novčana naknada ostvari svoju funkciju u ličnosti žrtve i postojanje same štete shvaćene kao fizičke odnosno psihičke patnje.“

Ista rečenica nalazi se u jednoj presudi najvišeg suda iz 2001. godine.¹¹⁶ To nije usamljen slučaj. Domaći sudovi preuzimaju čitave rečenice i argumente iz Stankovićevih dela o šteti i njenoj naknadi, po pravilu bez navođenja izvora.¹¹⁷

Razlozi zbog kojih je Stanković smatrao da pravno lice ne može da pretrpi neimovinsku štetu, pa ni da zahteva njenu naknadu, proizlazili su iz Stankovićeve čiste subjektivne koncepcije takve štete. Kada se zauzme stav da povreda ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti ne predstavlja štetu već se kao pravom priznata šteta odredi psihički bol usled takve povrede, zaključak je da pravno lice ne može biti oštećenik jer ono nema kapacitet za psihičku patnju. Ta argumentacija ne negira postojanje ugleda pravnog lica kao pravom zaštićene vrednosti već se zadržava na tome što pravno lice povodom povrede svog ugleda ne može da oseti duševni bol.

¹¹⁴ Pravno shvatanje Građanskog odeljenja VSS od 5. februara 2001. Drugačije je jednom prilikom sudio Savezni sud: „Ako pravno lice može za svoje postupke i propuštanja da odgovara po osnovu krivice, iako tu krivicu ne doživljava, jer ono nema namere i ne može da bude u nehatu, onda na isti način treba tumačiti nemogućnost da pravno lice doživi psihički bol zbog narušenog poslovnog ugleda.“ Presuda Saveznog suda, GZS 5/1999 od 30. septembra 1999. Međutim, ta analogija ne stoji jer se u srpskom građanskom pravu krivica razume kao postupanje koje je pogrešno sa stanovišta osnovanih društvenih očekivanja koja mogu da budu usmerena i prema pravnom licu, a ne kao psihički fakt odnosno stanje svesti i volje određenih kvaliteta.

¹¹⁵ O. Stanković, Naknada štete. Novčana naknada neimovinske štete, str. 86.

¹¹⁶ Vid. Presudu VSS, Prev. 611/2001 od 25. decembra 2002.

¹¹⁷ Upor., primera radi, O. Stanković, Naknada štete. Novčana naknada neimovinske štete, str. 84, i presudu VTS, Pž. 7022/2002 od 30. oktobra 2002. Tu sud odbacuje shvatanje da „ako pravno lice nema srca, ono ima čast, uvaženje“. Reč je o prevodu razlogā iz kojih braća Mazo (*Mazeaud*) i Tenk (*Tunc*) prihvataju mogućnost da pravno lice trpi moralnu štetu. Taj prevod dao je Stanković i potom kritikovao izrečeni stav.

U srpskom pravu priznata je imovinska šteta koju usled povrede ugleda pretrpi pravno lice, a koja se javlja kao umanjeno njegove imovine ili izostanak njenog uvećanja. Najviši sudovi smatraju da subjektivna koncepcija neimovinske štete, koja je prihvaćena u čl. 155 i 200 ZOO–SR, ne dopušta da se priznaju eventualne negativne posledice koje povreda ugleda pravnog lica ostavlja u neimovinskoj sferi. Pravo na naknadu moralne štete ne može da se prizna pravnim licima sve dok se takva šteta razume kao pretrpljeni bol ili strah.¹¹⁸ Ta mogućnost može da se stvori zakonodavnom intervencijom u pravcu objektivizovanja pojma moralne štete – naravno, ako se utvrdi da je takvo nešto potrebno jer zaštita koju pravna lica već uživaju nije dovoljna.

Komisija za izradu građanskog zakonika razmatra priznavanje pravnim licima prava na pravičnu naknadu štete zbog povrede ugleda ili drugih vrednosti koje proizlaze iz prirode njihovog subjektiviteta.¹¹⁹

ZNAČAJNIJI RADOVI O VANUGOVORNOJ ODGOVORNOSTI U SRBIJI OBJAVLJENI U POSTJUGOSLOVENSKOM PERIODU

1. Knjige (izbor)

- Acin, Isidora, Odgovornost proizvođača za proizvode s nedostatkom i zaštita potrošača, Zadužbina Andrejević, Beograd 2011.
- Antić, Oliver, Obligaciono pravo, Pravni fakultet i Službeni glasnik, Beograd 2009.
- Babić, Ilija, Građansko pravo, Knjiga 4, Obligaciono pravo: opšti deo, Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Babić, Ilija, Leksikon obligacionog prava, 4. izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2018.
- Jankovec, Ivica, Ugovorna odgovornost, Poslovna politika, Beograd 1993.
- Karanikić Mirić, Marija, Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu, predgovor napisao Miodrag Orlić, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2009.
- Karanikić Mirić, Marija, Serbia, International Encyclopaedia of Laws: Tort Law (ed. Ingrid Boone), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2015.

¹¹⁸ Ima autora koji to ne vide kao problem. Pravo pravnog lica, kao kolektiviteta, na naknadu neimovinske štete Karbonije naziva priviđanjem duhova (*fantasme de fantômes*), ističući penalni karakter te ustanove. J. Carbonnier, Les obligations, p. 2273.

¹¹⁹ Vid. različite varijante u čl. 361 Prednacrta iz 2015. O pravu pravnog lica na naknadu neimovinske štete afirmativno je pisao I. Jankovec, Ugovorna odgovornost, Poslovna politika, Beograd 1993, str. 34–36.

- Karanikić Mirić, Marija, *Objektivna odgovornost za štetu*, Službeni glasnik, Beograd 2016. (prvo izdanje 2013).
- Konstantinović, Mihailo, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list, Beograd 1996.
- Loza, Bogdan, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2000.
- Marković, Lazar, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd 1997.
- Mrvić Petrović, Nataša, Mihailović, Nikola, Petrović, Zdravko, *Vanugovorna odgovornost države za štetu pričinjenu njenim građanima*, Vojnoizdavački zavod, Beograd 2003.
- Naknada nematerijalne štete*, Izbor radova sa savetovanja Udruženja za odštetno pravo 1998–2008, GTZ, Beograd 2009,
- Nikolić, Dušan, *Građanskopravna sankcija: geneza, evolucija i savremeni pojam*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 1995.
- Orlić, Miodrag, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1992.
- Orlić, Miodrag, Janjić, Zoran, Slavnić, Jovan, *Odgovornost i osiguranje odgovornosti advokata*, Intermex, Beograd 2006.
- Pajtić, Bojan, Radovanović, Sanja, Dudaš, Atila, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2018.
- Perović, Slobodan (ur.), *Šteta i njena naknada. Tom I i II*, Pravni život 9–12/1992.
- Perović, Slobodan (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1995.
- Petrović, Zdravko, *Naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti*, Vojna knjiga, Beograd 1996.
- Petrović, Zdravko, Radovanov, Aleksandar, *Deliktna odgovornost i naknada štete*, Pravo, Novi Sad 2001.
- Petrović, Zdravko, Todorović, Vesna, *Naknada štete u obliku rente*, Nomos, Beograd 2004.
- Petrović, Zdravko, Mrvić Petrović, Nataša, *Naknada štete zbog povrede fizičkog integriteta ličnosti*, Vojnoizdavački zavod, Beograd 2008.
- Petrović, Zdravko, Mrvić Petrović, Nataša, *Naknada štete zbog smrti, telesne povrede ili oštećenja zdravlja*, Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Beograd 2008.
- Petrović, Zdravko, Knežević, Veljko, *Naknada štete nastale u saobraćajnoj nezgodi*, Glosarijum, Beograd 2009.
- Petrović, Zdravko, Mrvić Petrović, Nataša, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, Beograd 2012.
- Radišić, Jakov, *Predugovorna odgovornost*, Institut društvenih nauka, Beograd 1991.
- Radišić, Jakov, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd 2004.
- Radišić, Jakov, *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenata*, Nomos, Beograd 2007.
- Radišić, Jakov, *Obligaciono pravo. Opšti deo*, Pravni fakultet – Centar za publikacije, Niš 2014. (prvo izdanje 1979).

- Radovanov, Aleksandar, Petrović, Zdravko, Naknada štete: zbornik sudske prakse, Privredna akademija, Novi Sad 2009.
- Salma, Jožef, Obligaciono pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2007 (prvo izdanje 1985).
- Simonović, Dragoljub, Naknada štete prema Zakonu o obligacionim odnosima, Službeni glasnik, Beograd 2009.
- Sjeničić, Marta, Pacijent kao oštećeni u građanskom pravu i njegova sukrivica, Institut društvenih nauka, Beograd 2013.
- Stanković, Obren, Naknada štete, Nomos, Beograd 1998 [ur. Zoran Ivošević, ponovljeno izdanje četiri knjige O. Stankovića: Novčana naknada neimovinske štete (doktorska disertacija, 1963), Naknada za pojačane napore i za umanjenje životne aktivnosti (1972), Naknada imovinske štete (1968) i Naknada štete u obliku rente (1975)].
- Šemić, Milan, Orlić, Miodrag, Prouzrokovanje i naknada štete: teorijski pristup, zakonodavna rešenja, jugoslovenska sudska praksa, Gradska narodna biblioteka „Žarko Zrenjanin“, Zrenjanin 1999.

2. Članci (izbor)

- Alajdin, Ališani, Odgovornost za štetu usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 6/1995.
- Dudaš, Atila, Naknada štete zbog povrede ličnih prava autora, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2006.
- Đurović, Radomir, Predgovor, Zakon o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd 2003.
- Jakšić, Aleksandar, Kvalifikacija ugovorne i vanugovorne odgovornosti za štetu, Pravni život 9–10/1992.
- Jankovec, Ivica, Odnos ugovorne i vanugovorne odgovornosti za štetu, Pravo: teorija i praksa 1/1998.
- Karamarković, Leposava, Odgovornost više lica za istu štetu, Pravni život 9–10/1992.
- Karanikić, Marija, Odgovornost za razvojne rizike, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2005.
- Karanikić, Marija, Normativno u poimanju uzročnosti kao osnova građanskopravne odgovornosti, Pravni život 10/2005.
- Karanikić Mirić, Marija, Odgovornost za zagađivanje životne sredine, Pravni život 9/2007.
- Karanikić Mirić, Marija, Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika, Crimen 1/2011.
- Karanikić Mirić, Marija, Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2012.

- Karanikić Mirić, Marija, *Odgovornost države za štetu usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), II deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Karanikić Mirić, Marija, *Građanskopravna odgovornost zbog uskraćivanja pomoći*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, (ur. Đorđe Ignjatović), III deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013.
- Karanikić Mirić, Marija, *Tip odgovornosti pravnog lica po čl. 172 ZOO*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), IV deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.
- Karanikić Mirić, Marija, *Odgovornost javnih beležnika u srpskom građanskom pravu*, *Pravni život* 10/2014.
- Karanikić Mirić, Marija, *Odgovornost za štetu po srpskom Građanskom zakoniku: jedan osnov ili njihova množina?*, u: *170 godina od usvajanja srpskog Građanskog zakonika* (ur. Milena Polojac, Zoran S. Mirković, Marko Đurđević), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014.
- Karanikić Mirić, Marija, *Objektivizovanje moralne štete*, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 152, 3/2015.
- Karanikić Mirić, Marija, *Nasledivost prava na naknadu moralne štete*, *Pravni život* 5–6/2015.
- Karanikić Mirić, Marija, *Non-Pecuniary Loss in Serbian Tort Law: Time for a Change in Paradigm?*, in: *SEE | EU Cluster of Excellence in European and International Law Series of Papers, Volume 2*, Alma Mater, Saarbrücken 2016.
- Karanikić Mirić, Marija, *Građanskopravni tretman životinje u štetnom događaju*, u: *Životinje i pravo* (ur. Igor Vuković, Marko Davinić, Marija Karanikić Mirić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.
- Karanikić Mirić, Marija, *Istorija ideje o moralnoj šteti u modernom srpskom građanskom pravu*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), VI deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.
- Karanikić Mirić, Marija, *Prilog razumevanju pravila o solidarnoj odgovornosti imalaca motornih vozila (čl. 178 st. 4 ZOO)*, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (ur. Stevan Lilić), Knjiga 6, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016.
- Karanikić Mirić, Marija, *Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: Osvrt na Zojin zakon*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016.
- Karanikić Mirić, Marija, *General Clause on Strict Liability in Comparative Perspective*, in: *Law and Transition* (eds. Tatjana Jevremovic Petrović, Bojan Milisavljević, Miloš Živković), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.
- Karanikić Mirić, Marija, *Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evropskog suda pravde*, *Srpska politička misao* 4/2017.
- Karanikić Mirić, Marija, *Pretpostavka krivice u građanskom pravu*, *Pravni život* 11/2009.

- Karanikić Mirić, Marija, Subjektivna koncepcija neimovinske štete, u: *Liber Amicorum Aldo Radolović* (ur. Zvonimir Slakoper, Maja Bukovac Puvača, Gabriela Mihelčić), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2018.
- Konstantinović, Mihailo, Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu, *Pravni život* 9–10/1992 (članak preuzet iz Arhiva za pravne i društvene nauke 3/1952).
- Nikolić, Đorđe, Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći, *Pravni život* 9–10/1992.
- Nikolić, Đorđe, Pravičnost kao osnov odgovornosti usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, *Pravni život* 10/1995.
- Orlić, Miodrag, Negativni ugovorni interes, *Pravni život* 9–10/1992.
- Orlić, Miodrag, Predugovorna odgovornost u sudskoj praksi, *Pravni život* 10/1995.
- Orlić, Miodrag, Esej o krivici – u građanskom pravu, *Pravni život* 1–2/2009.
- Orlić, Miodrag, Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu, *Pravni život* 10/2010.
- Orlić, Miodrag, Ogled o odnosu građanske i krivične odgovornosti, *Pravni život* 10/2011.
- Orlić, Miodrag, Pravna i moralna odgovornost, *Pravni život* 10/2012.
- Orlić, Miodrag, Evolucija subjektivne deliktne odgovornosti u srpskom pravu, *Pravni život* 10/2017.
- Perović, Slobodan, Komutativna pravda i naknada štete, *Pravni život* 9–10/1992.
- Perović, Slobodan, Pravičnost i princip naknade ugovorne i deliktne štete, *Pravni život* 5–6/2000.
- Perović, Slobodan, Osnov ugovorne i deliktne odgovornosti, *Pravni život* 3–4/2004.
- Perović, Slobodan, Predgovor, *Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni glasnik, Beograd 2009.
- Popović, Dejan, Hiber, Dragor, Poreski tretman, naknada štete i reparacija iz osiguranja u svetlu načela integralne naknade, *Pravni život* 9–10/1992.
- Popović, Dragoljub, Objektivna odgovornost za štetu po Srpskom građanskom zakoniku, u: *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844–1994)*, (ur. Miodrag Jovičić), SANU, Beograd 1996.
- Popović, Dragoljub, Uslovi objektivne odgovornosti po nemačkom pravu, *Pravni život* 10/1997.
- Radišić, Jakov, Lekarska greška u svetlosti pravnih razmatranja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1995.
- Radišić, Jakov, Odgovornost lekara i medicinskih ustanova zbog sekundarnih šteta“, *Pravni život* 9/1996.
- Radišić, Jakov, Uzročna veza kao osnov i kao mera odgovornosti zbog lekarske stručne greške, *Pravni život* 9/1998.
- Radišić, Jakov, O odgovornosti lekara uopšte, *Pravo: teorija i praksa* 3–4/2000.
- Radišić, Jakov, Protivpravnost kao zaseban uslov građanske odgovornosti, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–4/2001.

- Radišić, Jakov, Medicinski standard i odgovornost lekara, *Pravni život* 9/2008.
- Radišić, Jakov, Estetska operacija i građanska odgovornost operatora, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012.
- Rakić Vodinelić, Vesna, Odmeravanje visine naknade štete slobodnom ocenom, *Pravni život* 9–10/1992.
- Salma, Jožef, Uzročnost u deliktnom pravu, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 6/1997.
- Salma, Jožef, Uzročnost kao determinanta subjekata i obima odgovornosti za štetu, *Pravni život* 10/1997.
- Salma, Jožef, Odgovornost za štete od dejstava stvari: deliktne i kvazideliktne odgovornost, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2009.
- Salma, Jožef, Odgovornost za štetu prouzrokovanu nesavesnim vođenjem pregovora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2010.
- Salma, Jožef, Apsolutna i relativna građanskopravna odgovornost za atomske štete, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012.
- Stojanović, Dragoljub, Istorijski razvoj i ciljevi građansko-pravne odgovornosti za prouzrokovanu štetu, *Pravni život* 9–10/1992.
- Subić, Milan, Odgovornost za štetu koju prouzrokuju maloletnici, *Pravni život* 9–10/1992.
- Šemić, Milan, Odgovornost za drugoga, *Pravni život* 9–10/1992.
- Šemić, Milan, Odgovornost za štetu od opasne stvari i opasne delatnosti, *Pravni život* 10/1997.
- Šulejić, Predrag, Konkurencija deliktne i ugovorne odgovornosti: problem izbora odštetnog zahteva, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–3/1991.
- Vukotić, Miloš, *The Liability of the State for Damage Caused by Terrorist Acts and During Public Demonstrations and Manifestations under Article 180 of the Serbian Obligations Act, De iure publico: Z dziejów prawa publicznego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2014.
- Vukotić, Miloš, *Social Policy in Serbian Tort Law: The Case of Vicarious Liability for Employees*, *Pomniki prawa na przestrzeni wieków*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2017.

3. Elektronske baze sudskih odluka

Baza sudske prakse Vrhovnog kasacionog suda; Paragraf Lex; Intermex; Službeni glasnik.

Neupravičena obogatitev v ZOR: zasnova in razvoj

dr. Karmen Lutman

asistentka, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Pravo neupravičene obogatitve je samostojna veja obligacijskega prava, ki temelji na rimskopravni maksimi, po kateri ne sme nihče postati bogatejši na račun škode in krivice, ki sta bili prizadejani drugemu.¹ Na videz preprosto pravilo je Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR),² tako kot številni tuji pravni redi, v malce predrugačenem besedilu uzakonil kot generalno klavzulo obogatitvenega prava, za katero stoji razvejan sistem kondicijskih in verzijskih zahtevkov. Ureditev neupravičene obogatitve v ZOR je bila za tisti čas (razen nekaterih določb) sodobna in ni skoraj v ničemer zaostajala za zakonskimi ureditvami drugih pravnih redov. To lahko še danes večinoma trdimo za ureditev v Obligacijskem zakoniku (OZ),³ ki skoraj v celoti temelji na nekdanji ureditvi v ZOR.

¹ *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiozem* («Po naravnem pravu je prav, da se nihče ne obogati na škodo drugega.» Prevod povzet po: J. Kranjc, Latinski pravni reki, Cankarjeva založba, Ljubljana 2006, str. 131); D 50, 17, 206 in D 12, 6, 14.

² Uradni list SFRJ, št. 29/78, zadnja sprememba 82/15.

³ Uradni list RS, št. 83/01, zadnja sprememba 20/18.

V slovenskem pravnem prostoru je pravo neupravičene obogatitve preučeval predvsem Stojan Cigoj. V Zborniku znanstvenih razprav je leta 1958 objavil najprej članek Kondikcije in verzije *de iure condendo*,⁴ leta 1981 pa še članek Neupravičena pridobitev.⁵ Omeniti je treba tudi njegovo s primerjalnopravnimi argumenti podkrepljeno razlago določb neupravičene obogatitve v Velikem komentarju Zakona o obligacijskih razmerjih.⁶ V novejši slovenski teoriji so posamezne vidike neupravičene obogatitve obravnavali predvsem Damjan Možina,⁷ Ada Polajnar Pavčnik,⁸ Renato Vrenčur,⁹ Mile Dolenc,¹⁰ Zvone Strajnar¹¹ in Miha Juhart.¹²

Ureditev neupravičene obogatitve v ZOR po štiridesetih letih v bolj ali manj nespremenjeni obliki živi naprej, pri čemer smo v primerjalnem pravu priča novim dilemam in izzivom, ki se v tujih pravnih redih pojavljajo na tem področju in s katerimi se včasih bolj včasih manj uspešno spopada tudi slovensko pravo. Predmet aktualnih razprav v tujini je vnovičen razmislek o enotnosti prava neupravičene obogatitve,¹³ ustreznost uporabe restitucijskega režima neupravičene obogatitve za razvezo dvostranskih pogodb oziroma potreba po

⁴ S. Cigoj, Kondikcije in verzije *de iure condendo*, v: Zbornik znanstvenih razprav, letn. 27 (1958), str. 17–57.

⁵ S. Cigoj, Neupravičena pridobitev, Zbornik znanstvenih razprav, letn. 41 (1981), str. 5–72.

⁶ S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij. Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984.

⁷ D. Možina, So diamanti res večni? Darilna pogodba, družinska razmerja in spremenjene okoliščine, v: Podjetje in delo, št. 5/2014, str. 833–846; D. Možina, Protipravno pridobljen dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 462–478; D. Možina, Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka, v: D. Možina (ur.), Razsežnosti zasebnega prava, *Liber amicorum* Ada Polajnar Pavčnik, Pravna fakulteta v Ljubljani in Litteralis, Ljubljana 2017, str. 143–168; D. Možina, Obresti in plodovi pri neupravičeni obogatitvi, v: Pravni letopis 2019, str. 163–175.

⁸ A. Polajnar Pavčnik, Neveljavnost pogodb (s posebnim ozirom na nedopustnost), Doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 1980; A. Polajnar Pavčnik, v: Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, čl. 190–198.

⁹ R. Vrenčur, Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti, v: Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjžnega prava, 2010, str. 81–100.

¹⁰ M. Dolenc, Pravne posledice ničnosti pogodbe (o nekaterih problemih kondikcijskih zahtevkov), v: Pravni letopis (2011), str. 19–32.

¹¹ Z. Strajnar, Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopравnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki, v: Pravosodni bilten, št. 33/1 (2012), str. 11–32.

¹² M. Juhart, Kondikcijski zahtevki pri cesiji in nekaterih drugih večosebnih razmerjih, v: Zbornik znanstvenih razprav, letn. 52, str. 1–13.

¹³ Glej na primer N. Jansen, Farewell to Unjustified Enrichment?, *Edinburgh Law Review*, letn. 20, št. 2, str. 123–148.

vzpostavitvi ločenega niza pravil,¹⁴ odvzem neupravičeno pridobljenega dobička¹⁵ ter pravila vračanja, med katerimi velja izpostaviti pravilo o odpadu obogatitve¹⁶ ter obveznost plačila obogatitvenih obresti.¹⁷

V slovenski sodni praksi se največ sporov iz neupravičene obogatitve nanaša na plačilo uporabnine zaradi neupravičene uporabe tuje ali solastne stvari ter povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino, pri čemer se zlasti pri slednjih odpira vprašanje ustreznosti razlage obogatitvenega načela kot osrednjega pravila veljavnega restitucijskega režima iz naslova neupravičene obogatitve. Prispevek obravnava zasnovo in razvoj jugoslovanskega prava neupravičene obogatitve, poudari njegove prednosti in pomanjkljivosti ter analizira izbrana pravila oziroma razlage, ki so se pri uporabi tega instituta pokazali kot problematični.

2. NEUPRAVIČENA OBOGATITEV – RAZVOJ OD KONSTANTINVIČEVE SKICE DO ZAKONA O OBLIGACIJSKIH RAZMERJIH TER VELJAVNA UREDITEV V OBLIGACIJSKEM ZAKONIKU

Na slovenskem ozemlju vse od formalne razveljavitve Občega državlanskega zakonika (ODZ) leta 1946 do sprejetja Zakona o obligacijskih razmerjih leta 1978 ni bilo predpisa, ki bi enotno in celovito urejal področje neupravičene obogatitve. V tem obdobju so se kot neformalni pravni vir še vedno uporabljale določbe ODZ, saj je veljalo, da je neupravičena obogatitev institut, ki je v

¹⁴ Podrobneje: S. Meier, Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge: Neue europäische Entwicklungen, v: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 80 (2016) 4, str. 851–887; P. Hellwege, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.

¹⁵ K. Boosfeld, *Gewinnausgleich, Vergleichende und systematisierende Gegenüberstellung der französischen, niederländischen und englischen Tradition*, Mohr Siebeck, Tübingen 2015; De J. Werra in C. Chappuis, v: C. Huguenin, R. M. Hilty, *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*, Schulthess Verlag, Zürich 2013, čl. 69 OR 2020; E. Hondius in A. Janssen, *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*, v: M. Schauer in B. Verschaegen (ur.), *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer, 2017, str. 115–134.

¹⁶ Glej na primer: J. Gordley, *Restitution without enrichment? Change of position and Wegfall der Bereicherung*, v: R. Zimmermann, *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005; E. Bant, *The Change of Position Defence*, Hart Publishing, Portland 2009.

¹⁷ C. Schäfer, *Der Zins im Bereicherungsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2002.

skladu s temeljnimi načeli socialističnega prava.¹⁸ V ODZ so bili obogatitveni zahtevki urejeni razpršeno, na različnih mestih v zakoniku, tako da ni bilo mogoče govoriti o neupravičeni obogatitvi kot enotnem institutu. Jugoslovanska zakonodaja je sprva na novo uredila le obogatitvene zahtevke na posameznih področjih – tako denimo zahtevke za vrnitev zaplenjenega premoženja v času okupacije, zahtevke za vrnitev darila ob prenehanju zakonske zveze, zahtevke za povrnitev izdatkov zaradi preživljanja drugega, obogatitvene zahtevke iz meničnih in čekovnih razmerij ter zahtevke za vrnitev zemljišča v družbeni lastnini.¹⁹ Teorija je opozarjala, da je treba obogatitvene zahtevke urediti v okviru enega instituta, po enotnih načelih in pravilih,²⁰ saj da ti še vedno »kakor eratične formacije blodijo po zasebnopravnem sistemu«, kot je to v separatu o reparacijskih zahtevkih leta 1927 zapisal Stanko Lapajne.²¹ To idejo je najprej udeležil Mihajlo Konstantinović v *Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima* (t. i. »Konstantinovičeva skica«), kasneje pa ji je sledil ZOR.

2.1. Uvedba enotnega koncepta neupravičene obogatitve v Konstantinovičevi skici

Drugače kot ODZ, ki je kondikijske in verzijske zahtevke urejal razpršeno, ter Civilni zakonik za Kraljevino Srbijo, ki je poznal le *condictio indebiti*, je imela Konstantinovičeva skica poseben oddelek o neupravičeni obogatitvi (srb. *neosnovano obogaćenje*),²² na začetek katerega je bila postavljena generalna klavzula.²³ Pred Skico se je v jugoslovanskem pravnem prostoru taki ureditvi

¹⁸ S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, Opšti dio, Veselin Masleša, Sarajevo 1957, str. 338; tako tudi J. Danilović, *Neosnovano obogaćenje*, v: S. Ristić (ur.), *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Novinsko-izd. ustanova Službeni list SFRJ, Beograd 1978, str. 403, r. št. 53.

¹⁹ Podrobneje o posameznih predpisih glej: S. Cigoj, *Kondikcije in verzije de iure condendo*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, letn. 27 (1958), str. 17–20.

²⁰ Prav tam, str. 20.

²¹ S. Lapajne, *Reparacije civilnega prava*, v: *Slovenski Pravnik*, Ljubljana, 1927, str. 1. Lapajne je reparacijske zahtevke (mednje je uvrščal kondikcije, verzije, gestije, izpodbojne zahtevke, revokacijske zahtevke, jamčevalne zahtevke, regresne zahtevke, *ius tollendi*, zahtevke za povrnitev potroškov in zahtevke iz kvazideliktov) preučeval z namenom unifikacije civilnega prava Kraljevine Jugoslavije in pri tem izdal dva separata s področja neupravičene obogatitve: *Današnje kondikcije* (1926) in *Reparacije civilnega prava* (1927).

²² Čl. 168–175 Skice.

²³ Zanimivo je, da se je Mihajlo Konstantinović kot pripadnik tako imenovane francoske šole odločil za rešitev, ki je bila takratnemu francoskemu pravu tuja. Francoski *Code civil* je namreč urejal le *condictio indebiti*, verzijski zahtevek pa se je razvil v praksi. Francosko pravo

še najbolj približal Obči imovinski zakonik za Črno goro, ki je predvideval posebno poglavje o neupravičeni obogatitvi (čg. *O dugovima od neopravdana koristovanja tuđim*),²⁴ v katerem je poleg različnih kondikcijskih zahtevkov urejal tudi splošni verzijski zahtevk.²⁵

Generalna klavzula v Skici je bila pravna podlaga za vse vrste obogatitvenih zahtevkov. Kljub enotni dikciji je teorija tistega časa še vedno razlikovala med kondikcijskimi in verzijskimi zahtevki,²⁶ pri čemer se je to razlikovanje ohranilo vse do danes. Skica je poleg splošnega zahtevka vsebovala posamezna pravila kondikcijskih zahtevkov (*condictio indebiti*,²⁷ *condictio causa finita*,²⁸ *condictio causa data causa non secuta*,²⁹ *condictio ob turpem vel iniustam causam*³⁰) ter pravilo o tristranskih obogatitvenih razmerjih.³¹ Pomanjkljivost je bila gotovo v tem, da ni določala pravil vračanja, ne v okviru poglavja o neupravičeni obogatitvi ne drugje, zato ni jasno, katera pravila bi se pri restituciji uporabila. Prav tako ni bilo uravnoteženo razmerje med posameznimi vrstami obogatitvenih zahtevkov, saj verzijam ni bila namenjena nobena specialna določba. Prednost skice pa je bila gotovo ta, da je v skladu s takratnimi trendi v primerjalnem pravu sledila konceptu samostojnega poglavja o neupravičeni obogatitvi in se pri tem oprla na nemško in švicarsko pravo, ki sta kot prva uvedla generalno klavzulo za vse vrste obogatitvenih zahtevkov. Zanimivo je tudi to, da je Skica drugače kot pozneje ZOR predvidevala posebno določbo o tristranskih obogatitvenih raz-

tako ni poznalo enotnega koncepta neupravičene obogatitve z generalno klavzulo. Za tak pristop se je, drugače, pod vplivom naravnega prava zavzemala pandektna znanost, katere ideje so bile uzakonjene v nemškem *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) in švicarskem OR.

²⁴ Čl. 595–602 OIZ.

²⁵ Splošni verzijski zahtevk, ki ga zasledimo tudi v nekaterih drugih civilnih zakonikih tistega časa (tako na primer Pruskem civilnem zakoniku) ali sodni praksi (francosko Kasacijsko sodišče je v primeru *Boudier* (sodba z dne 15. junija 1892) razvilo splošni verzijski zahtevk, saj je *Code civil* določal le *condictio indebiti*) in na podlagi katerega se je zgodovinsko gledano razvila generalna klavzula za vse obogatitvene zahtevke, se je v čl. 601 OIZ glasil: »*I u opšte, što god ko bez opravdana uzroka, na koji drago način, iz tuđega imetka primi [...], treba da povrati ili inače nadomjesti i namiri.*«

²⁶ Tako na primer S. Cigoj, *Kondikcije in verzije de iure condendo*, v: *Zbornik znanstvenih razprav*, letn. 27 (1958), str. 17–57.

²⁷ Čl. 169–172 Skice.

²⁸ Čl. 173 Skice.

²⁹ Prav tam.

³⁰ Čl. 175 Skice.

³¹ Čl. 174 Skice.

merjih, ki danes velja za enega najkompleksnejših vprašanj prava neupravičene obogatitve.³²

2.2. Ureditev v ZOR

Zakon o obligacijskih razmerjih je z nekaterimi spremembami sledil predlaganim rešitvam v Skici. Drugače kot Skica, ki je poglavje naslovlila z *Neosnovano obogačenje*, ga je ZOR poimenoval Neupravičena pridobitev (srb. *Stjecanje bez osnove*). Razlogov za spremembo izrazja iz »obogatitev« v »pridobitev« ni zaslediti, čeprav bi lahko nakazovala na drugačen pristop k vrednotenju koristi (v smislu konkretne koristi, ki jo je prejemnik pridobil, kar je pojasnjeno v nadaljevanju prispevka). Opazimo le, da sta se izraza že takrat uporabljala kot sopomenki.³³ Enako kot Skica je izhajal iz enotnega koncepta neupravičene obogatitve in na začetek poglavja postavil generalno klavzulo. Pomanjkljivost je bila ta, da je bilo njeno besedilo daljše in po nepotrebnem bolj zapleteno od tistega v Skici.³⁴ Poleg splošnega pravila je ZOR prevzel določbe posameznih kondicij iz Skice in iz ODZ dodal nekaj verzijskih zahtevkov.³⁵ Dodal je pra-

³² Več o tristranskih obogatitvenih razmerjih v: K. Lutman, Neupravičena obogatitev v večosebnih razmerjih, v: Pravni letopis 2019, str. 199–216.

³³ Glej na primer B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Obćidio, Osnove obveznih odnosa, 1. in 2. knjiga, Zagreb 1978, str. 946; S. Cigoj, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 786.

³⁴ Splošno pravilo čl. 210 ZOR se je glasilo: »(1) Če je družbeno sredstvo, ki ga upravljajo delavci oziroma drugi delovni ljudje v določeni družbeni pravni osebi, na kakršenkoli način prešlo med družbena sredstva, ki jih upravljajo delavci oziroma drugi delovni ljudje v drugi družbeni pravni osebi, ali med premoženje neke osebe, pa ta prehod nima podlage v nekem samoupravnem sporazumu ali v nekem drugem pravnem poslu ali v zakonu, ga mora pridobitelj vrniti, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti vrednost dosežene koristi. (2) Določba prejšnjega odstavka se smiselno uporablja, če je kakšen del premoženja neke osebe na kakršenkoli način prešel med družbena sredstva, ki jih upravljajo delavci oziroma drugi delovni ljudje v družbeni pravni osebi, ali med premoženje neke druge osebe, pa ta prehod nima podlage v samoupravnem sporazumu ali v nekem drugem pravnem poslu ali v zakonu. (3) S prehodom družbenega sredstva oziroma premoženja je mišljena tudi pridobitev koristi z izvršitvijo dejanja. (4) Obveznost vrnitve oziroma nadomestitve vrednosti nastane tudi, če kdo nekaj prejme glede na podlago, ki se ni uresničila ali je pozneje odpadla.« Da je bila generalna klavzula v ZOR v primerjavi s tisto v Konstantinovičevi skici okornejša in razvlečena, ugotavlja tudi Cigoj v Velikem komentarju Zakona o obligacijskih razmerjih, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 803.

³⁵ Zahtevki zaradi uporabe stvari v tujo korist (čl. 217 ZOR), izdatek za drugega (čl. 218 ZOR) in zahtevki zaradi uporabe tuje stvari v svojo korist (čl. 219 ZOR), pri čemer sta kot vzor teh zakonskih določb najverjetneje služila §§ 1041 in 1042 ODZ.

vila vračanja (o plodovih, zamudnih obrestih in stroških ter po vzoru ruskega civilnega zakonika tudi določbo o ugovoru odpada obogatitve v primeru ne-utemeljeno plačanih zneskov odškodnine, ki pa je bila pri nas zaradi splošno uveljavljenega obogatitvenega načela odveč³⁶).³⁷ Kljub temu ta niso urejala vseh vprašanj, kot bi bilo za popoln in sklenjen sklop restitucijskih pravil potrebno. Tako denimo ni bilo nikjer določeno, ali in koliko se pri vračanju upoštevajo naknadne spremembe na prejeti koristi (če je bila denimo stvar naknadno uničena, spremenjena ali odsvojena); kakšna pravila veljajo za vračanje koristi od uporabe stvari; ali je tudi dobroverni prejemnik denarnega zneska dolžan plačati obresti in če, po kakšni obrestni meri (čl. 132. ZOR je namreč obveznost plačila zamudnih obresti pri vračanju zaradi razveljavljene dvostranske pogodbe vzpostavljala tudi za dobrovernega); ali in pod kakšnimi pogoji velja obveznost vračila neupravičeno pridobljenega dobička. Tudi Cigoj je v Velikem komentarju ZOR zapisal, da »norme zakona niso povsem izdelane in da mnoga vprašanja ostajajo nerešena, tako da se bo o njih morala izjaviti šele judikatura s svojo interpretacijo«. ³⁸ Pri tem je opozarjal zlasti na nedorečenost pojma koristi in izgube ter na pomanjkanje pravil glede prenosa koristi v verigi več oseb in obsegu povračilnega zahtevka.³⁹ Kot je bilo že omenjeno, je Skica vsebovala tudi pravilo o tristranskih obogatitvenih razmerjih (izpolnitev obveznosti tretjemu in odsvojitve tuje stvari),⁴⁰ ki pa ga je ZOR iz neznanega razloga izpustil.

³⁶ Tako tudi A. Galič, Kdaj je mogoče prejeti obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR), v: Odvetnik, december 2003, str. 7, op. 8.

³⁷ Čl. 214, 215 in 216 ZOR.

³⁸ S. Cigoj, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 786.

³⁹ Prav tam. Glede pravil vračanja podobno tudi B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Obći dio, Osnove obveznih odnosa, 1. in 2. knjiga, Zagreb 1978, str. 972 in nasl. Vizner pojasnjuje, da zakonska ureditev ne vsebuje pravil vračanja, če prejeti predmet v vmesnem času propade, se spremeni ali ga prejemnik odsvoji. Pri tem navaja, da verjame, da bo sodni praksi uspelo napolniti pravne praznine s pomočjo splošnih pravil vračanja zaradi neupravičene obogatitve ter načel, ki izvirajo iz same narave stvari ter instituta neupravičene obogatitve.

⁴⁰ V čl. 174 je Skica vzpostavljala obveznost tistega, ki prejme izpolnitev tuje terjatve, da prejeta odstopi pravemu upniku. Poleg tega je vsebovala tudi pravilo glede odtujitve tuje stvari, in sicer da jo lahko v takem primeru lastnik zahteva neposredno od tretjega, če ta odsvojitelju še ni plačal.

2.3. Veljavna slovenska ureditev v OZ

Ureditev neupravičene obogatitve v OZ je bila z manjšimi spremembami⁴¹ prevzeta iz ZOR. Primerjalnopravno gledano se najbolj približa veljavni švicarski ureditvi,⁴² ki prav tako izhaja iz enotne generalne klavzule. Ta namreč drugače kot nemška v zakonskem besedilu ne razlikuje med obogatitvami, do katerih je prišlo z izpolnitvenim ravnanjem, in tistimi, ki so nastale »na drug način«, čeprav teorija po vzoru taksonomije obogatitvenih zahtevkov Wilburg/von Caemmerer⁴³ te deli na izpolnitvene in neizpolnitve kondikcije, kar pri nas ustreza delitvi na kondikcije in verzije.

Ob sprejemu OZ zakonodajalec ni izpopolnil poglavja o neupravičeni obogatitvi, kot je to predlagal Cigoj ob uveljavitvi ZOR.⁴⁴ Pravila vračanja so zato še vedno pomanjkljiva, kar je za razmeroma tehnično naravo restitucijskih pravil in njihovo pogosto uporabo v praksi neustrezno. Določbe o obrestih so neuskklajene s pravili o vračanju zaradi prenehanja dvostranskih pogodb.⁴⁵ Pravila vračanja neupravičene obogatitve se uporabljajo tudi za primere ničnih, razveljavljenih in razvezanih pogodb (če gre za razvezo z učinkom *ex tunc*), kolikor zanje ne obstaja poseben restitucijski režim, ki ga OZ določa za razvezo dvostranskih pogodb (čl. 111 OZ).⁴⁶ Ker pa čl. 111 OZ ne vzpostavlja

⁴¹ OZ je poenostavil besedilo generalne klavzule ter izpustil določbo o dvakratnem plačilu dolga (prej čl. 212 ZOR), ki je bila nepotrebna, saj je ta dejanski stan izhajal že iz splošnega pravila čl. 190 OZ.

⁴² Čl. 62–67 OR.

⁴³ Gre za delitev obogatitvenih zahtevkov, ki jo je prvi utemeljil Walter Wilburg (v svoji monografiji *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, Gradec 1934), izpopolnil pa Ernst von Caemmerer (E. von Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, v: H. Döllte, M. Rheinstein in K. Zweigert (ur.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Bd. 1, Mohr, Tübingen 1954, str. 333–403). Gre za tipologijo, ki razlikuje med različnimi skupinami obogatitvenih zahtevkov in na kateri temelji tako imenovana teorija ločevanja (nem. *Trennungstheorie*).

⁴⁴ S. Cigoj, *Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 786.

⁴⁵ Določba čl. 111 OZ (učinki razvezane pogodbe) za tistega, ki vrača denar, vzpostavlja obveznost plačila obresti, pri čemer iz določb o neupravičeni obogatitvi izhaja le obveznost plačila zamudnih obresti za nepoštenega prejemnika in tistega, ki jamči postroženo (čl. 193 OZ).

⁴⁶ Tako je veljalo že v ZOR (posledice razveze dvostranskih pogodb je urejal čl. 132 ZOR). Konstantinovičeva skica je v čl. 85 določala, da se mora tisto, kar je bilo izpolnjeno na podlagi nične ali razveljavljene pogodbe, povrniti. Pravila vračanja niso bila urejena, niti pri posledicah ničnosti oziroma izpodbojnosti niti pri neupravičeni obogatitvi. Za prenehanje dvostranskih pogodb je Skica določala posebno določbo čl. 102 (pozneje čl. 132 ZOR in čl. 111 OZ).

popolnega in zaključenega niza restitucijskih pravil, ga je treba dopolniti s pravili neupravičene obogatitve, kar velja zlasti za pravila o plodovih in stroških. Dodatna težava v našem pravnem redu so naknadno sprejeta restitucijska pravila v Stvarnopravnem zakoniku (SPZ),⁴⁷ ki se sicer uporabljajo za lastniško-posestna razmerja, vendar nekatera vprašanja (na primer glede uporabnine, plodov in stroškov) rešujejo drugače kot pravila neupravičene obogatitve v OZ, kar je z vidika enake obravnave enakih ali bistveno podobnih pravnih položajev najmanj vprašljivo.

Kot je bilo že omenjeno, je slovenska (jugoslovanska) ureditev neupravičene obogatitve še najbolj podobna švicarski, pri čemer pa je treba omeniti, da v švicarskem pravu že potekajo priprave na reformo splošnega dela obligacijskega prava, vključno z ureditvijo neupravičene obogatitve. Osnutek reformnega predloga »OR 2020«⁴⁸ predvideva nekatere posodobitve instituta neupravičene obogatitve⁴⁹ ter poseben režim restitucijskih pravil za primere prenehanja dvostranskih pogodb.⁵⁰ Ločena pravila za vračanje pogodbenih izpolnitev je z reformo *Code civil* leta 2016 uvedla tudi Francija.⁵¹ To je razlog več za vnovičen premislek o veljavni ureditvi neupravičene obogatitve v OZ, ki je bila že v času veljavnosti ZOR deležna kritik.

⁴⁷ Uradni list RS, št. 87/02, zadnja sprememba 91/13.

⁴⁸ *Obligationenrecht 2020* (skr. OR 2020) je štirijezični osnutek novega splošnega dela švicarskega Obligacijskega zakonika, ki je bil pripravljen zaradi posodobitve več kot sto let starega obstoječega splošnega dela. Ta naj bi bil namreč mestoma nepopoln, preveč podroben in notranje neuskkljen. Avtorji osnutka predlagane reforme so znanstveniki iz različnih švicarskih fakultet, ki so predlog pripravili s finančno podporo švicarskega državnega sklada. Besedilo osnutka je dostopno na: <http://or2020.ch/>.

⁴⁹ Tako je denimo nova določba o civilni restituciji (v primeru te se kot merilo uporabi tržna vrednost stvari, pri čemer ima dobroverni prejemnik na voljo, da izbira med vrednostjo v času prejema obogatitve ali vrednostjo v času restitucije, kadar pa je prejemnik slaboveren, možnost izbire pripade prikrajšanemu – čl. 66 (2) OR 2020); določba o tem, da dokazno breme odpada obogatitve nosi obogateni (čl. 65 (2) OR 2020); določba o plačilu uporabnine, ki ureditev izenačuje s stvarnopravnimi restitucijskimi pravili (čl. 67 (1) OR 2020); določba o restituciji neupravičeno pridobljenega dobička (čl. 69–71 OR 2020).

⁵⁰ Čl. 79–84 OR 2020.

⁵¹ Čl. 1352–1352-9 *Code civil*.

3. RAZVOJ NEUPRAVIČENE OBOGATITVE V SLOVENSKEM PRAVU – IZBRANA PRAVILA VRAČANJA

3.1. Vrednost dosežene koristi kot merilo civilne restitucije in obogatitveno načelo

OZ je prevzel temeljno pravilo vračanja iz ZOR, v skladu s katerim je treba prejeta vrniti v naravi; če to ni mogoče, pa nadomestiti vrednost dosežene koristi.⁵² Tako pravilo je vsebovala že Skica.⁵³ Dosežena korist se v praksi praviloma ugotavlja pri storitvah, vlaganjih v tujo nepremičnino ter uporabi tuje stvari ali pravice, kjer vrnitev v naravi ni mogoča in pride v poštev civilna restitucija. Za vrednotenje dosežene koristi se po prevladujočem stališču teorije in sodne prakse uporablja objektivno merilo.⁵⁴ Slednje je neodvisno od volje strank in ga določajo zunanji dejavniki, običajno trg (če gre za tržno vrednost) ali država (če gre za zakonsko predpisane vrednosti).

Ne glede na skupno izhodišče o uporabi objektivnega merila v slovenski sodni praksi lahko zasledimo dva pristopa k vrednotenju dosežene koristi.⁵⁵ Po prvem pristopu je relevantna konkretna vrednost tistega, kar je obogateni prejel. Za merilo se praviloma uporablja tržna vrednost. Tako mora obogateni, če stvari nima več, prikrajšanemu povrniti njeno tržno vrednost. Če pa je denimo neupravičeno uporabljal tujo nepremičnino, mora plačati tržno najemnino za čas uporabe.⁵⁶

⁵² Čl. 190 (1) OZ.

⁵³ Glej čl. 168 (2) Skice, pri čemer ni povsem jasno, zakaj v drugem odstavku omenja obe možnosti restitucije, v tretjem odstavku pa je predvidena le nadomestitev vrednosti dosežene koristi. Tudi sicer ni povsem jasno, kakšno je razmerje med tema dvema določbama, saj je dejanski stan tretjega odstavka obsežen že z določbo drugega odstavka (čl. 168 (2): »Kad je neki deo imovine jednog lica prešao na bilo koji način u imovinu nekog drugog, a taj prelaz nema svoj osnov u nekom pravnom poslu ili u zakonu, sticalac je dužan vratiti ga kad je to moguće, inače naknaditi vrednost postignutih koristi.«; čl. 168 (3): »[...] Ko se neosnovano koristovao tuđim, dužan je naknaditi vrednost postignutih koristi.«).

⁵⁴ D. Možina, Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka, v: D. Možina (ur.), Razsežnosti zasebnega prava, Litteralis, Ljubljana 2017, str. 156 (uporaba merila tržne vrednosti oziroma običajne vrednosti stvari).

⁵⁵ Podobno za nemško pravo ugotavlja G. Dannemann, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2009, str. 135.

⁵⁶ Glej na primer sodbe in sklepe Vrhovnega sodišča RS v zadevah II Ips 698/2009 z dne

Po drugem pristopu pa ni relevantna konkretna vrednost prejetega, temveč rezultat, ki ga je ta korist povzročila v prejemnikovem premoženju. Obseg obogatitvenega zahtevka je v tem primeru odvisen od tega, koliko se je zaradi prejete koristi povečalo prejemnikovo premoženje. Ta koncept se v slovenski sodni praksi uporablja za neupravičene obogatitve, ki nastanejo kot posledica učinkov stvarnega prava⁵⁷ – najpogosteje pri zahtevkih zaradi vlaganj v tujo nepremičnino (čl. 48 SPZ), kjer lahko graditelj od lastnika nepremičnine zahteva le toliko, za kolikor se je tržna vrednost nepremičnine zaradi opravljenih del povečala.⁵⁸ Sodišča namreč štejejo za nesklepčne zahtevke, s katerimi tožnik zahteva povrnitev vrednosti vlaganj, z obrazložitvijo, da lahko vrednost dosežene koristi pri obogatenemu predstavlja kvečjemu povečana vrednost nepremičnine.⁵⁹ Vzemimo za primer obnovo strehe na hiši, ki je vlagatelja stala 15.000 evrov. V skladu z uveljavljeno metodo vrednotenja dosežene koristi glede na rezultat vlagatelj ni upravičen zahtevati vrednosti vlaganj v višini 15.000 evrov, temveč le toliko, za kolikor se je vrednost nepremičnine zaradi obnove povečala.⁶⁰ Če se je vrednost nepremičnine povečala za več, kot so znašala vlaganja, je restitucijski zahtevek po stališču sodne prakse navzgor omejen z vrednostjo dolžnikovega prikrajšanja, tj. višino vlaganj (gre za uporabo francoskega pravila *double plafond*⁶¹).

V slovenski sodni praksi se za večino obogatitvenih zahtevkov uporablja prvi pristop, drugi pa, kot rečeno, za verzijske zahtevke, ki nastanejo zaradi učinkov

28. oktobra 2010, II Ips 974/2008 z dne 9. februarja 2012, II Ips 687/2007 z dne 26. avgusta 2010, II Ips 533/2001 z dne 23. maja 2002, II Ips 852/2007 z dne 5. novembra 2009, II Ips 85/1997 z dne 21. maja 1998 (višina najemnine enakovredne nepremičnine) in II Ips 772/1993 z dne 3. aprila 1995 (merilo krajevno običajnih najemnin za podobna stanovanja) ter sodbe in sklepe Višjega sodišča v Ljubljani v zadevah II Cp 1644/2001 z dne 30. januarja 2002, I Cp 4512/2008 z dne 2. februarja 2011, II Cp 1805/2009 z dne 16. septembra 2009 in I Cp 2541/2012 z dne 8. maja 2013.

⁵⁷ Tako pojasnjujeta N. Plavšak in R. Vrenčur, v: N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur, *Obligacijsko pravo: splošni del*, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 689.

⁵⁸ Tako na primer Višje sodišče v Ljubljani v odločbah I Cp 1003/2016 z dne 6. julija 2016 in I Cp 1486/2015 z dne 19. avgusta 2015 ter Vrhovno sodišče RS v sklepih II Ips 78/2014 z dne 19. novembra 2015, tč. 8 in II DoR 312/2016 z dne 17. novembra 2016.

⁵⁹ Glej na primer sklep Vrhovnega sodišča RS II Ips 78/2014 z dne 19. novembra 2015.

⁶⁰ Glej na primer sodbe in sklepe Vrhovnega sodišča RS v zadevah II Ips 97/2016 z dne 11. avgusta 2016, II Ips 78/2014 z dne 19. novembra 2015, II Ips 64/2015 z dne 27. avgusta 2015, II Ips 125/2011 z dne 8. decembra 2011 in I Cp 2184/2009 z dne 21. oktobra 2009.

⁶¹ Pravilo, po katerem je restitucijski zahtevek omejen z dveh strani – na eni strani z višino obogatitve, na drugi pa z višino prikrajšanja. Glej: P. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Bd. 1, Mohr Siebeck, Tübingen 2000, str. 370.

stvarnega prava.⁶² Vendar niti v teoriji niti v sodni praksi ni zaslediti utemeljenih razlogov za uporabo dveh različnih konceptov. Teorija in sodna praksa uporabo drugega pristopa praviloma utemeljujeta s sklicevanjem na obogatitveno načelo, po katerem naj bi bil prejemnik dolžan vrniti le toliko, za kolikor je (še) obogaten, kar naj bi se kazalo v večvrednosti nepremičnine.⁶³ Tako stališče izhaja iz posplošenega in napačnega razumevanja tega načela, kar je pojasnjeno v nadaljevanju. Tudi drugi argumenti govorijo v korist rešitvi, da naj se v prihodnje za vse primere uporablja koncept konkretnega vrednotenja prejete koristi.

Prvi razlog je gotovo ta, da je prikrajšanemu praviloma znano le, koliko so znašala njegova vlaganja, povečanje vrednosti nepremičnine oziroma druge spremembe v dolžnikovem premoženju pa je v zaznavni sferi tega. Zato je z vidika pravične porazdelitve dokaznega bremena neustrezno, da bi moral vlagatelj dokazovati, za koliko se je zaradi njegovih vlaganj povečala vrednost dolžnikovega premoženja.

Drugi argument je povsem praktične narave. Za ugotavljanje večvrednosti nepremičnine je treba v postopek pritegniti izvedenca finančno-ekonomske stroke, kar postopek bistveno podraži in podaljša. Prav tako so spremembe v tržni vrednosti nepremičnin odvisne od številnih in nepredvidljivih razmer na trgu, pri čemer je pogosto od opravljenih vlaganj preteklo več let in so se razmere na trgu lahko bistveno spremenile. Zato je vprašljivo, s kolikšno stopnjo gotovosti (če sploh) je mogoče ugotoviti, ali in koliko so k povečanju vrednosti prispevala prav opravljena vlaganja.

Tretji argument izvira iz napačne razlage obogatitvenega načela. To načelo naj bi izhajalo iz čl. 190 (1) OZ, po katerem mora obogateni prejemnik (če vrnitev v naravi ni mogoča) nadomestiti vrednost dosežene koristi.⁶⁴ Avtorji ga razlagajo kot načelo, da je (dobroverni) okoriščenec dolžan vrniti le korist, ki jo še

⁶² Tako pojasnjujeta N. Plavšak in R. Vrenčur, v: N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur, *Obligacijsko pravo: splošni del*, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 689.

⁶³ M. Tratnik, v: *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Uradni list RS, Ljubljana 2016, str. 332; Vrhovno sodišče RS v sodbi II Ips 97/2016 z dne 11. avgusta 2016, tč. 17.

⁶⁴ Tako denimo A. Polajnar Pavčnik v: *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 46. Strajnar pojasnjuje, da če bi želel zakonodajalec z določbo čl. 190 OZ uzakoniti vrnitveno načelo, bi določil, da mora pridobitelj vrniti prejeeto, če je to mogoče, sicer pa nadomestiti njegovo protivrednost (Z. Strajnar, *Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopравnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki*, v: *Pravosodni bilten*, št. 33/1 (2012), str. 14).

ima.⁶⁵ Taka razlaga velja tudi v sodni praksi.⁶⁶ Nekateri ga razumejo kot načelo, da je okoriščenec dolžan vrniti le toliko, za kolikor je bil obogaten, vendar ne več, kot je druga stranka prikrajšana.⁶⁷ Strajnar povzema stališča jugoslovanske in slovenske teorije glede uporabe obogatitvenega načela in pojasnjuje:

»če je prejemnik stvar podaril tretjemu in od stvari nima ničesar več, ne dolguje ničesar; če je stvar prodal, mora vrniti kupnino le do višine vrednosti stvari; če jo je prodal po višji ceni, obdrži višek; obogatitev ne obstaja iz razlike med prejšnjim in sedanjim stanjem tožnikovega premoženja, ampak se morata primerjati premoženji obeh strank, pri čemer obogatitev toženca nikdar ne presega tožnikovega prikrajšanja.«⁶⁸

Čeprav se slovensko pravo neupravičene obogatitve precej približa švicarskemu, v slednjem »obogatitvenega načela« v tem smislu ne omenjajo.⁶⁹ Velja pa,

⁶⁵ S. Cigoj, Teorija obligacij: splošni del obligacijskega prava, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2003, str. 259; A. Polajnar Pavčnik v: Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 47; R. Vrenčur, Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti, v: Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, 2010, str. 83; A. Galič, Kdaj je mogoče prejeti obdržati: neupravičena obogatitev in 195. člen OZ (216. člen ZOR), v: Odvetnik, 5/4 (2003), str. 7. Nasprotje je vrnitveno načelo, v skladu s katerim je neupravičeno prikrajšani upravičen zahtevati vrnitev tega, kar je dal, ne glede na to, ali ima druga stranka (še) kakšno korist od prejetega. Glej: R. Vrenčur, Splošna razvrstitev obogatitvenih obveznosti, v: Zbornik 2. Dnevov stvarnega in zemljiškoknjižnega prava, 2010, str. 83; N. Plavšak in R. Vrenčur, v: N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur, Obligacijsko pravo: splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 667; Z. Strajnar, Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopравnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki, v: Pravosodni bilten, št. 33/1 (2012), str. 14. Tako tudi sodna praksa; glej na primer odločbe Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 3667/2012 z dne 28. avgusta 2013, II Cp 879/2012 z dne 19. decembra 2012, in I Cp 651/2014 z dne 15. aprila 2014 ter sodbo Vrhovnega sodišča RS II Ips 193/2010 z dne 21. novembra 2013. S primerjalnopravnega vidika o tem načelu zlasti Cigoj, ki navaja, da sta se v tujini uveljavili dve teoriji – teorija o vračanju in teorija o obogatitvi – ter dodaja, da se teorija o obogatitvi uporablja v nemškem, švicarskem, madžarskem, češkoslovaškem in francoskem pravu (glej: S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij: Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 810).

⁶⁶ Glej na primer odločbi Vrhovnega sodišča RS II Ips 15/2016 z dne 16. novembra 2017 in Ips 321/2015 z dne 13. julija 2017 ter odločbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 1137/2017 z dne 25. maja 2017 ter I Cp 2316/2015 z dne 25. novembra 2015.

⁶⁷ N. Plavšak in R. Vrenčur, v: N. Plavšak, M. Juhart in R. Vrenčur, Obligacijsko pravo: splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 667; Z. Strajnar, Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopравnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki, v: Pravosodni bilten, št. 33/1 (2012), str. 14.

⁶⁸ Z. Strajnar, Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopравnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki, v: Pravosodni bilten, št. 33/1 (2012), str. 14.

⁶⁹ Obogatitvenega načela ne omenjajo niti nemško, avstrijsko, italijansko in francosko pravo.

da je obogatitev (nem. *Bereicherung*) merilo restitucijske obveznosti. Besedilo švicarske generalne klavzule namreč določa, da mora dolžnik upniku povrniti vrednost obogatitve, pri čemer se po stališču novejšje teorije in sodne prakse ta razlaga kot vrednost konkretne koristi, ki jo je obogateni prejel, kar velja tudi v nemškem pravu.⁷⁰ Tako v nemškem kot tudi švicarskem pravu, ki izrecno priznavata ugovor odpada obogatitve⁷¹ in po katerih sta se zgledovala jugoslovanski in slovenski zakonodajalec, velja, da mora upnik zatrjevati in dokazati vrednost tistega, kar je dolžnik brez veljavnega pravnega temelja prejel (metoda konkretnega vrednotenja prejete koristi), »obogatitev« v smislu celotne spremembe v dolžnikovem premoženjskem položaju (metoda abstraktnega vrednotenja koristi) pa se presoja le izjemoma, in sicer če se dobroverni dolžnik sklicuje na to, da za prejeto korist ni (več) obogaten oziroma ni toliko obogaten, kot je bila vrednost primarno prejete koristi (ugovor odpada obogatitve).⁷² Preneseno v izrazje, ki se uporablja pri nas, velja, da je izhodišče vrnitveno načelo, obogatitveno načelo – v smislu spremembe v dolžnikovem premoženjskem položaju – pa se uporabi zgolj v primeru (utemeljenega in izkazanega) ugovora odpada obogatitve. Tako bi veljalo pri nas tudi v prihodnje razlagati obogatitveno načelo.

Taka razlaga že zdaj velja za nekatere položaje neupravičene obogatitve. Denimo pri čl. 195 OZ, ki ureja odpad obogatitve v primeru neutemeljeno plačanih zneskov odškodnine.⁷³ Podobne določbe Skica ni predvidevala, jo je pa po vzoru sovjetskega ruskega zakonika (ki ni poznal splošnega ugovora odpada

⁷⁰ S. Hartmann, *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln*, Schultess, Zürich, Basel in Ženeva 2005, str. 100, r. št. 240; P. Holenstein, *Wertersatz oder Gewinnherausgabe?*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, Zürich 1983, str. 123; za nemško pravo glej: H. J. Musielak, *Zum Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruches*, v: *Juristische Arbeit*, št. 2017/1, str. 5 in nasl.; U. Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, Beck, München 2007, str. 129 in nasl.; M. Schwab, v: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB)*, Bd. 6, 7. izdaja, Verlag C. H. Beck, München, § 818, r. št. 85. V nemškem pravu je govora o »slovesu od obogatitve kot osrednjega pojma prava neupravičene obogatitve« (nem. *Abschied von der »Bereicherung« als Zentralbegriff des Bereicherungsrechts*), saj se obogatitev v smislu celotne spremembe v dolžnikovem premoženju presoja le izjemoma, če so izpolnjeni pogoji za ugovor odpada obogatitve.

⁷¹ § 818 (3) BGB, čl. 64 OR.

⁷² M. Schwab, v: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB)*, Bd. 6, 7. izdaja, Verlag C. H. Beck, München, § 818, r. št. 127.

⁷³ Po obstoječi razlagi se namreč čl. 195 OZ uporabi le, če je prejemnik odškodnino že porabil (S. Cigoj, *Komentar obligacijskih razmerij: Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 842).

obogatitve) vpeljal ZOR.⁷⁴ Sodna praksa dopušča zahtevke, s katerimi upniki zahtevajo celoten znesek neutemeljeno plačane odškodnine, morebitna dobroverna poraba in posledična omejitev zahtevka za obstoječo korist pa se upošteva le na dolžnikov ugovor.⁷⁵ Ni videti razloga, da bi se ob enotnih pravilih vračanja v OZ obogatitvene zahtevke obravnavalo različno. Zato je pravilno, da v prihodnje v vseh primerih dopustimo zahtevke, s katerimi se zahteva povrnitev vrednosti tistega, kar je brez pravnega temelja prešlo v roke dolžnika.

Pri vlaganjih v tujo nepremičnino bi bilo smiselno za določanje obsega restitucije uporabiti pravila o povrnitvi stroškov (čl. 194 OZ),⁷⁶ saj je prihranek pri stroških tista konkretna korist, ki jo je dolžnik neupravičeno prejel.⁷⁷ V zgoraj navedenem primeru bi to pomenilo, da bo vlagatelj upravičen zahtevati povrnitev vrednosti opravljenih vlaganj (15.000 evrov, kot je znašala obnova strehe), saj gre za koristen, če ne celo potreben strošek, dolžnik pa bo lahko ugovarjal, da za prejeta ni več obogaten oziroma ni obogaten toliko, kot so znašala vlaganja (ker imajo denimo izvedena dela napake).⁷⁸

3.2. Postročena odgovornost in zamudne obresti

Določba čl. 193 OZ poleg vračila plodov vzpostavlja obveznost plačila zamudnih obresti, in sicer, »če je bil pridobitelj nepošten, od dneva pridobitve, drugače pa od dneva vložitve zahtevka«. Enako določbo je poznal že ZOR (čl. 214), Skica pa je ni predvidevala (tako kot tudi ne drugih pravil vračanja). Ker se zamudne obresti dolgujejo le pri denarnih obveznostih, jih je dolžnik zavezan plačati le takrat, kadar je neupravičeno prejel denarni znesek. Tu bi bilo treba opozoriti na drugačno obravnavo prejemnika, ki prejeta korist vrača v naravi, v primerjavi s tistim, ki vrača denarni znesek in mora plačati tudi zamudne obresti. Drži sicer, da mora tudi pri naturalni restituciji prejemnik

⁷⁴ S. Cigoj, Komentar obligacijskih razmerij: Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih, 2. knjiga, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana 1984, str. 841. Upoštevajoč tendence v primerjalnem pravu, bi kazalo *de lege ferenda* v OZ uzakoniti splošno določbo o ugovoru odpada obogatitve (ki se v današnji slovenski teoriji in sodni praksi že priznava) in ukiniti določbo čl. 195 OZ.

⁷⁵ Tako na primer sodba Vrhovnega sodišča RS II Ips 532/2009 z dne 8. aprila 2010.

⁷⁶ Če bi šlo za lastniško-posestno razmerje, bi se uporabila pravila o stroških čl. 95 in 96 SPZ.

⁷⁷ Po tem pravilu je pošteni vlagatelj upravičen do potrebnih in koristnih stroškov, nepošteni pa le do koristnih, in sicer do zneska povečanja vrednosti ob vrnitvi.

⁷⁸ Podrobneje o metodi vrednotenja dosežene koristi pri vlaganjih v: K. Lutman, Povrnitev vlaganj v tujo nepremičnino, v: Pravni letopis 2019, str. 177–198.

poleg stvari povrniti tudi korist od uporabe v obliki plačila uporabnine (čl. 198 OZ), vendar drugače kot pri uporabnini pri zamudnih obrestih ne gre zgolj za nadomestilo zaradi uporabe tujega kapitala,⁷⁹ temveč za civilno sankcijo, saj so po višini take, da dolžnika spodbujajo k pravočasni izpolnitvi obveznosti (preventivna funkcija).⁸⁰

V določbi čl. 193 OZ ne gre za zamudo, temveč za položaj postrožene odgovornosti, ki je glede pravnih posledic primerljiv z zamudo. Postrožena odgovornost velja za nepoštenega prejemnika⁸¹ vse od takrat, ko je korist neuteemeljeno prejel, za poštenega pa takrat, ko je postal nepošten – tj. ko je izvedel oziroma bi mogel izvedeti za to, da do prejete koristi ni upravičen. Postrožena odgovornost velja tudi za tistega, zoper katerega je bila vložena tožba za vrnitev prejete koristi. Tako pravni sistem tožencu nalaga skrbnejše razpolaganje s prejeto koristjo, saj obstaja verjetnost, da jo bo v prihodnje moral vrniti. *De lege ferenda* bi bilo to pravilo smiselno poenotiti z ustrežnejšim pravilom čl. 95 (8) SPZ, v skladu s katerim postrožena odgovornost velja od trenutka, ko je prejemniku vročena tožba. Šele takrat se praviloma prejemnik z njo seznanil in lahko temu ustrezno prilagodi svoja ravnanja. Dopusten pa je dokaz, da se je prejemnik z vloženo tožbo seznanil že prej, tako da postrožena odgovornost v tem primeru velja od tega trenutka naprej.

3.3. Dilema »obogatitvenih« obresti

Prejemnik denarnega zneska, za katerega velja režim postrožene odgovornosti, mora po veljavni ureditvi neupravičene obogatitve, kot je bilo prikazano, plačati zamudne obresti. Drugače velja za dobrovernega, za katerega zakon v okviru pravil o neupravičeni obogatitvi ne določa obveznosti plačila obresti. Drugačna je situacija v restitucijskem režimu, ki velja za razvezo dvostranskih pogodb, saj mora po čl. 111 (5) OZ tisti, ki vrača denar, plačati obresti od dneva, ko je prejel izplačilo, pri čemer pravilo ne razlikuje med dobrovernim in slabovernim prejemnikom.⁸² Tako določbo sta po vzoru haaškega Enotnega

⁷⁹ Oziroma »nadomestilo za uporabo denarja v obdobju zamude«, kot izhaja iz kompenzacijske funkcije zamudnih obresti.

⁸⁰ N. Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 536 in 537.

⁸¹ To je tisti, ki ve ali bi mogel vedeti, da do prejetega ni upravičen.

⁸² Pri tem ni jasno, ali za slabovernega velja obveznost plačila zamudnih obresti po čl. 193 OZ in ima ta prednost pred obveznostjo iz čl. 111 (5) OZ, ali pa slednji pomeni specialno pravilo in se čl. 193 OZ za razvezo dvostranskih pogodb ne uporablja.

zakona o prodajni pogodbi⁸³ poznala že Skica⁸⁴ in ZOR.⁸⁵ Skica je določala, da se dolgujejo zakonske obresti (pri čemer iz odseka o zakonskih obrestih⁸⁶ izhaja, da gre za zamudne obresti po šestodstotni obrestni meri), ZOR pa je dikcijo izrecno spremenil v zamudne obresti. V razmerah inflacije so imele namreč v Jugoslaviji zamudne obresti tudi valorizacijsko funkcijo (funkcijo ohranjanja realne kupne moči denarja).⁸⁷ Obveznost plačila zamudnih obresti je še vedno določena v hrvaškem⁸⁸ in srbskem⁸⁹ pravu. OZ je izpustil besedo »zamudne«, slovenska teorija in sodna praksa pa sta danes enotni, da gre za drugo vrsto obresti.⁹⁰ To so tako imenovane obogatitvene obresti, ki pomenijo povračilo za korist, ki jo je imel prejemnik od prejetega denarja. Tako kot je namreč stranka, ki je na podlagi razvezane pogodbe prejela stvar, dolžna povrniti korist od njene uporabe,⁹¹ je k temu zavezana tudi stranka, ki je prejela denarni znesek. Primerjalnopravno gledano se obogatitvene obresti določajo po različnih konceptih, bodisi enotni (pavšalni) obrestni meri ali po različnih obrestnih merah, glede na lastnost subjekta, ki je denarni znesek prejel. Pri nas zasledimo uporabo šestodstotne obrestne mere iz čl. 382 OZ,⁹² vodilno

⁸³ *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)*, in sicer čl. 78 in 81.

⁸⁴ Čl. 102 (5) Skice

⁸⁵ Čl. 132 (5) ZOR.

⁸⁶ Čl. 223–225 Skice.

⁸⁷ N. Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 527 in 528.

⁸⁸ Čl. 368 (5) *Zakona o obveznim odnosima*.

⁸⁹ Čl. 132(5) *Zakon o obligacionim odnosima*.

⁹⁰ M. Juhart, v: M. Juhart in N. Plavšak (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 1. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 591 in 592; D. Možina, Vsebina in obseg obogatitvenega zahtevka, v: D. Možina (ur.), *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, Pravna fakulteta v Ljubljani in Litteralis, Ljubljana 2017, str. 156 in 157; Z. Strajnar, Verzije – predpostavke, obseg vračanja ter razmerje med obligacijskopравnimi in stvarnopravnimi povračilnimi zahtevki, v: *Pravosodni bilten*, št. 33/1 (2012), str. 19; K. Lutman, Vračanje izpolnitev zaradi prenehanja pogodbe – razvojne tendence, v: D. Možina (ur.), *Razsežnosti zasebnega prava, Liber amicorum Ada Polajnar Pavčnik*, Pravna fakulteta v Ljubljani in Litteralis, Ljubljana 2017, str. 185. V sodni praksi glej na primer sodbo in sklep Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 358/2016 z dne 26. aprila 2016, tč. 33, in sodbo istega sodišča I Cp 3540/2011 z dne 30. novembra 2011, tč. 8.

⁹¹ Čl. 111 (4) OZ.

⁹² Sodba Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 1668/2013 z dne 8. januarja 2014 in sodba Višjega sodišča v Kopru Cpg 66/2017 z dne 11. maja 2017, iz katere izhaja, da je prvostopenjsko sodišče uporabilo šestodstotno obrestno mero.

obrestno mero Evropske centralne banke (ECB)⁹³ ali obrestno mero, ki jo za denarne vloge (dolgoročne depozite) ponujajo komercialne banke.⁹⁴

Čeprav v sodni praksi ni zaslediti zahtevkov za plačilo obogatitvenih obresti zunaj dosega čl. 111 OZ (razen v okviru posebne ureditve napačno ali preveč odmerjenega davka po Zakonu o davčnem postopku (ZDavP-2)⁹⁵), bi kazalo tudi pri zahtevkih iz neupravičene obogatitve pridobitelju denarnega zneska naložiti plačilo obogatitvenih obresti. Položaj, v katerem bi bil prejemnik stvari dolžan povrniti korist od njene uporabe (čl. 198 OZ), taka obveznost za prejemnika denarnega zneska pa ne bi obstajala, gotovo ne more biti sprejemljiv. Navsezadnje ta obveznost izhaja že iz generalne klavzule čl. 190 OZ, v skladu s katero je obogateni dolžan vrniti vso korist, ki jo je pridobil brez pravnega temelja.

Podrobnejša obravnava višine obogatitvenih obresti bi preseгла okvire tega prispevka, kljub temu pa je treba omeniti, da je treba tudi pri obrestih slediti izhodiščnemu pravilu prava neupravičene obogatitve, po katerem naj dobroverni prejemnik odgovarja le do višine dejansko dosežene koristi. V izhodišču naj bo torej dobroverni prejemnik dolžan plačati le obresti, ki jih je dejansko dosegel. Ker je znesek dejansko doseženih obresti v vplivni sferi prejemnika, bi kazalo upniku dokazno breme olajšati z uporabo (objektivno) določene obrestne mere, ki bi pomenila izpodbojno domnevo glede doseženih koristi od denarja. Pri tem je smiselno, da se domnevana obrestna mera obogatitvenih obresti razlikuje glede na to, ali je prejemnik denarnega zneska potrošnik ali pa morda banka oziroma druga institucija, v dejavnost katere spadajo denarne

⁹³ V skladu s tretjim odstavkom 2. člena Zakona o predpisani obrestni meri zamudnih obresti (ZPOMZO-1), Uradni list RS, št. 56/03, zadnja sprememba 105/06; tako na primer sodba Višjega sodišča v Mariboru I Cp 310/2014 z dne 8. julija 2014.

⁹⁴ *Obiter dictum* v sodbi Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 3540/2011 z dne 30. novembra 2011, tč. 9. Tudi iz odločbe Višjega sodišča v Ljubljani I Cp 364/2017 z dne 24. maja 2017 izhaja, da je prvostopenjsko sodišče uporabilo to merilo, pri čemer je pritožbeno sodišče odločbo prvostopenjskega sodišča zaradi prekoračitve zahtevka razveljavilo. Hkrati je pojasnilo, da je tožbeni izrek v obrestnem delu, »da mora tožena stranka od prisojenega zneska plačati obresti po obrestni meri, ki jih za dolgoročne depozite plačuje N., d. d., od 21. 9. 2007,« nedoločen oziroma nedoločljiv, saj »višina obrestne mere ni določno opredeljena z navedbo odstotka, temveč opisno, pa še to pomanjkljivo. Sodišče prve stopnje ni upoštevalo, da višina obrestne mere za depozite variira glede na različne možnosti sklenitve dolgoročnih depozitov (tj. izbiro fiksne ali variabilne obrestne mere, izbiro sprotnega izplačila obresti) ter čas sklenitve depozita, banke pa cenike mesečno spreminjajo.« Glej tč. 32 obrazložitve.

⁹⁵ Uradni list RS, št. 13/11, zadnja sprememba 13/18. Obogatitvene obresti po ZDavP-2 (čl. 99 v zvezi s čl. 96) se odmerijo po pavšalni 0,0274-odstotni dnevni obrestni meri (tj. približno desetodstotni letni obrestni meri).

naložbe. Ker gre za izpodbojno domnevo, se bo prejemnik lahko skliceval na to, da je dosežena korist od denarja manjša od domnevane.⁹⁶

3.4. Možnosti za odvzem neupravičeno pridobljenega dobička

Eno pomembnih vprašanj prava neupravičene obogatitve je tudi odvzem neupravičeno pridobljenega dobička. V večini primerov ta nastane kot posledica posega v upnikovo pravno sfero, ki ima znake protipravnega ravnanja.⁹⁷ Glede na to, da slovensko odškodninsko pravo za zdaj še ne določa celovitih mehanizmov za odvzem protipravno pridobljenega dobička,⁹⁸ lahko pravo neupravičene obogatitve na to vprašanje ponudi ustrezne odgovore. Ravno pravo neupravičene obogatitve je namreč tisto, ki obravnava izčrpanje neupravičeno pridobljenih koristi. Slovenska ureditev neupravičene obogatitve izrecnih določb o odvzemu dobička ne pozna. Kljub temu pa bi bilo mogoče dobiček obravnavati kot plod v smislu čl. 193 OZ, pri čemer bi kazalo razlikovati med dobičkom, ki je posledica stvari same, in dobičkom, ki je nastal zaradi posebnih lastnosti obogatene. Po analogiji s pravnoposlovnimi surogati⁹⁹ predmet restitucije ne more biti dobiček, ki je posledica posebnih lastnosti obogatene, zato je v okviru prava neupravičene obogatitve mogoče odvzeti le dobiček, ki izhaja iz stvari same. Pravna podlaga za odvzem dobička je lahko tudi določba čl. 198 OZ, v skladu s katero mora obogateni prikrajšanemu nadomestiti korist, ki jo je imel od uporabe, pri čemer lahko med »korist od uporabe« šteje-

⁹⁶ Več o obogatitvenih obrestih v: D. Možina, Obresti in plodovi pri neupravičeni obogatitvi, Pravni letopis 2019, str. 163–175.

⁹⁷ Podrobneje o tej problematiki glej: E. von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, v: H. Döhlte, M. Rheinstein in K. Zweigert (ur.), Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1, Mohr, Tübingen 1954, str. 333–403; K. Boosfeld, Gewinnausgleich, Vergleichende und systematisierende Gegenüberstellung der französischen, niederländischen und englischen Tradition, Mohr Siebeck, Tübingen 2015; De J. Werra in C. Chappuis, v: C. Huguenin in R. M. Hilty, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess Verlag, Zürich 2013, čl. 69 OR 2020; E. Hondius in A. Janssen, Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World, v: M. Schauer in B. Verschraegen (ur.), General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law, Springer, 2017, str. 115–134.

⁹⁸ Več o tem: D. Možina, Protipravno pridobljen dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 462–478.

⁹⁹ Velja namreč, da obveznost restitucije surogatov obstaja le, kadar ti izvirajo iz stvari same (*commodum ex re*), ne pa tudi takrat, kadar so posledica dolžnikovega pravnoposlovnega razpolaganja (*commodum ex negotiatione*). Glej: M. Schwab, v: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB), Bd. 6, 7. izdaja, Verlag C. H. Beck, München, § 818, r. št. 44; U. Loewenheim, Bereicherungsrecht, Beck, München 2007, str. 138.

mo tudi dobiček. Kot tretjo možno pravno podlago za odvzem protipravnega dobička v okviru prava neupravičene obogatitve bi lahko šteli tudi določbo čl. 189 OZ, v skladu s katero lahko oškodovanec po zastaranju odškodninskega zahtevka od odgovorne osebe zahteva, naj mu odstopi tisto, kar je dobila z dejanjem, s katerim je bila povzročena škoda. Če sprejmemo stališče, da je ta določba uporabljiva tudi, če odškodninski zahtevak še ni zastaral, se lahko na njeni podlagi zahteva povrnitev protipravno pridobljenega dobička.

4. NAMESTO ZAKLJUČKA – OCENA VELJAVNE UREDITVE NEUPRAVIČENE OBOGATITVE V OZ

Veljavna ureditev v OZ skoraj v celoti temelji na štirideset let stari ureditvi iz ZOR in se primerjalnopravno gledano najbolj približa švicarski. Primerjava s tujimi pravnimi redi in modelnimi zakoniki¹⁰⁰ omogoča ugotovitev, da je ureditev večinoma ustrezna. Vpogled v zakonsko besedilo kaže na to, da so določbe zasnovane precej splošno. Tako imajo slovenska sodišča veliko manevrskega prostora, kar je načeloma dobrodošlo. Gotovo pa bi kazalo v prihodnje nekatere razlage veljavnih pravil izboljšati, zakonsko besedilo pa ponekod dopolniti in uskladiti z drugimi določbami v OZ in SPZ.

Prvi predlog se nanaša na razlago obogatitvenega načela, ki velja za enega od gradnikov veljavnega restitucijskega režima iz naslova neupravičene obogatitve. V prihodnje bi bilo treba kot izhodišče uporabiti vrnitveno načelo, v skladu s katerim je upnik upravičen zahtevati vrnitev tistega, kar je brez pravnega temelja prešlo v roke dolžnika. Tako se obogatitev vrednoti kot konkretna korist, ki jo je dolžnik neupravičeno prejel. Obogatitveno načelo v smislu vrednotenja prejete koristi glede na rezultat, ki ga je ta korist povzročila v prejemnikovem premoženju, pa pride v poštev šele v drugi fazi – če se prejemnik uspešno sklicuje na ugovor odpada obogatitve, torej ugovor, da za prejeto korist ni (več) obogaten oziroma ni obogaten toliko, kot zatrjuje upnik.

Drugi predlog se nanaša na obveznost plačila obogatitvenih obresti. Ta je izrecno določena le pri posledicah razvezane pogodbe (čl. 111 OZ), kjer mora stranka, ki vrača denar, plačati obresti od dneva, ko je prejela plačilo. Kljub temu je treba to obveznost vzpostaviti tudi pri zahtevkih iz neupravičene obo-

¹⁰⁰ Tako denimo *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* in *Principles of European law of Unjustified enrichment (PEL Unj. Enr.)*.

gativne, saj bi bilo nevzdržno, da bi moral prejemnik stvari plačati nadomestilo za uporabo, prejemnik denarnega zneska pa bi bil te obveznosti prost. Glede na to, da je dokazovanje dejansko doseženih koristi od denarja v praksi težko, bi bilo smiselno uporabiti izpodbojno domnevo o doseženi koristi z uporabo vnaprej določene obrestne mere, ki se lahko razlikuje glede na vrsto prejemnika (potrošnik, banka itd.).

Tudi sicer bi bilo treba pravila vračanja izpopolniti, saj gre za razmeroma tehnično naravo pravil, ki zahtevajo večjo stopnjo pozitivnopravne določ(e)nosti. Tako denimo obveznost plačila uporabnine iz čl. 198 OZ, za katero ni povsem jasno, ali jo morata plačati tako dobroverni kot tudi nedobroverni uporabnik. Dobroverni posestnik je namreč po izrecni dikciji čl. 95 (2) SPZ te obveznosti prost. Hkrati pa je treba upoštevati, da mora po čl. 111 (4) OZ dobroverni sopogodbениk plačati nadomestilo za uporabo, pri čemer ni videti razloga, da bi dolžnika pri neupravičeni obogatitvi obravnavali drugače kot pri razvezi dvostranskih pogodb. *De lege ferenda* bi bilo dobrodošlo v poglavje o neupravičeni obogatitvi vključiti tudi določbo o odvzemu neupravičeno pridobljenega dobička ter ukiniti določbo čl. 195 OZ, saj je ob splošno priznanem ugovoru odpada obogatitve v teoriji in sodni praksi odveč.

V primeru morebitnih zakonodajnih sprememb v prihodnje bi bilo smiselno tudi poenotiti različna pravila, ki so posledica ločenih restitucijskih režimov iz naslova neupravičene obogatitve v OZ ter lastniško-posestnih razmerij v SPZ. Potreba po uskladitvi se nanaša zlasti na plodove, stroške in obveznost plačila uporabnine, saj ni videti utemeljenih razlogov za različno obravnavo bistveno podobnih položajev.

IV.

Splošne obligacijskopravne teme

Razvoj obligacijskega prava v RS zunaj OZ

dr. Miha Juhart

profesor, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. SPLOŠNI IN POSEBNI VIRI OBLIGACIJSKEGA PRAVA OB SPREJEMU ZOR

1.1. Posebne okoliščine ob sprejemanju ZOR

Ob uveljavitvi 1. januarja 1979 je Zakon o obligacijskih razmerjih (ZOR) prinesel razmeroma celovito in enovito ureditev obligacijskega prava, zato ga teorija povsem upravičeno označuje kot kodifikacijo obligacijskega prava.¹ Vendar je pri tem treba upoštevati dve pomembni zgodovinski okoliščini, ki sta vplivali na oblikovanje nekaterih zakonskih določb. To sta ureditev zakonodajne pristojnosti med tedanjo federacijo in republikami, kot jo je določala takrat veljavna ustava SFRJ, ter obstoj družbene lastnine ter združenega dela, ki sta bila izraz takratnega socialističnega družbeno ekonomskega sistema. Prva okoliščina je pomembno vplivala na celovitost ZOR.

»Posebnost jugoslovanskega prava je, da ni vsa obligacijska snov v zakonodajni kompetenci federacije, marveč imajo nekatere kompetence tudi republike. Tako je določeno v členu 281 ustave iz leta 1974 v točki 4, da temelje obligacijskih razmerij, splošni del obligacij ter pogodbe in druga obligacijska

¹ Glej S. Cigoj, Teorija obligacij, Uradni list, Ljubljana 1980, str. 12 in 13.

razmerja na področju prometa blaga in storitev ureja federacija po zveznih organih.«²

Ureditev preostalih obligacijskih razmerij pa je bila v zakonodajni pristojnosti takratnih (socialističnih) republik. Zato zakonodajalec ob sprejemu ZOR ni imel zakonodajne kompetence, da sprejme celovito kodifikacijo obligacijskega prava, in nekatera posebna obligacijska razmerja so ostala neurejena oziroma so se za ta razmerja še naprej uporabljala pravna pravila, ki so veljala pred tem. Na območju Slovenije so se tako še naprej uporabljala pravna pravila ODZ in pravna pravila nekaterih posebnih zakonov.³ Poleg tega pa so bila že od same uveljavitve ZOR nekatera posebna pogodbeno razmerja urejena v specialnih zakonih, ki so urejali nekatera posebna področja opravljanja gospodarskih dejavnosti. Takšen tipičen primer so prevozne pogodbe, ki so specialno urejene v zakonih, ki urejajo posamezno vrsto prevoza⁴ oziroma pogodbe, ki urejajo razpolaganje z materialnopravnimi upravičenji, ki izvirajo iz avtorske pravice.⁵

1.2. Monističen koncept ZOR

Druga okoliščina pa je vplivala na vsebino in tudi na dilemo, ali naj jugoslovanska ureditev sprejme monistični ali dualistični koncept obligacijskega prava. V razpravah ob sprejemanju ZOR je prevladalo stališče, da ni nobenega posebnega razloga, da bi imeli posebno (partikularno) pravo, ki bi veljalo samo za predstavnike kakšne profesionalne skupine, zato je bil sprejet koncept enotne ureditve obligacijskih razmerij ne glede na osebne lastnosti strank.⁶ Taka usmeritev je zaničala predvsem potrebo po posebni ureditvi pogodb, ki jih med seboj sklepajo gospodarski subjekti. Vendar so tudi v tem pogledu veljale določene izjeme, ki pa po mnenju teorije niso ogrozile koncepta enovitega

² Prav tam, str. 13.

³ Takšen primer je Zakon o poslovnih stavbah in poslovnih prostorih (Uradni list SRS, št. 18/74, 34/88, Uradni list RS, št. 32/00, 102/02 – odl. US in 87/11 – ZMVN-A), ki je urejal vsebino najemne pogodbe za poslovne stavbe in poslovne prostore. Zakon določa nekatera kogentna pravila glede prenehanja najemne pogodbe, ki izrazito ščitijo pravni položaj najemnika. Zanimivo je, da ta pravila veljajo še danes, saj kljub številnim opozorilom, da taka zaščita najemnika, ki ima lastnost gospodarskega subjekta, ni več potrebna, zakon ni bil nikoli v celoti razveljavljen.

⁴ Na primer Zakon o pomorski in notranji plovbi (Uradni list SFRJ, št. 22/77, 13/82, 30/85, 80/89 in 29/90).

⁵ Zakona o avtorski pravici (Uradni list SFRJ, št. 19/78, 24/86, 21/90)

⁶ Glej S. Cigoj, Teorija obligacij, Uradni list, Ljubljana 1980, str. 13.

urejanja.⁷ Predvsem je ZOR v čl. 25 uvedel pojem gospodarske pogodbe in nakazal možnost, da se za gospodarske pogodbe določijo posebna pravna pravila.⁸ Na podlagi čl. 25 (2) ZOR so se za gospodarske pogodbe šteli pogodbe, ki jih organizacije združenega dela in druge organizacije in skupnosti, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, ter imetniki obrtov in drugi posamezniki, ki v obliki registriranega poklica opravljajo kakšno gospodarsko dejavnost, sklepajo med seboj v opravljanju dejavnosti, ki so predmet njihovega poslovanja ali so v zvezi s takimi dejavnostmi. Za določitev pojma gospodarske pogodbe je bilo uveljavljeno subjektivno in objektivno merilo. Po eni strani so gospodarske pogodbe tiste, ki jih med seboj sklepajo čisto določeni subjekti, po drugi strani pa so to pogodbe, ki jih ti subjekti sklepajo pri opravljanju dejavnosti ali v zvezi z njo.⁹ Na uveljavljenost enovitega koncepta obligacijskega prava kaže predvsem obseg posebnosti, ki so bile določene za gospodarske pogodbe. Te so bile relativno skromno določene. Če pustimo ob strani nekatere posebnosti, ki veljajo za posamezne pogodbe, je šlo na sistemski ravni predvsem za tri pomembnejše izjeme. Prva se nanaša na krajši splošni zastaralni rok za obveznosti iz čl. 374 (1) ZOR. Gre za zanimivo zakonsko besedilo, ki določa, da velja poseben triletni zastaralni rok za medsebojne terjatve družbenih pravnih oseb iz pogodb v prometu blaga in storitev kot tudi terjatve za povrnitev izdatkov, nastalih v zvezi s temi pogodbami. Ne gre torej za izjemo, ki bi veljala za vse gospodarske pogodbe, ampak je ta izjema nekoliko ožja, kar verjetno kaže na nedoslednost zakonodajalca, saj ni videti nobenega posebnega razloga, za tako omejevanje.¹⁰ Druga izjema je v poudarjeni solidarnosti, če obstaja več dolžnikov z lastnostmi gospodarskega subjekta.¹¹ Končno pa velja upoštevati še tretjo okoliščino, ki je bila sistemske narave. Gospodarsko dejavnost so v času uveljavitve ZOR opravljale predvsem organizacije združenega dela in druge samoupravne organizacije, ki pa so poleg klasičnih pogodb medsebojna razmerja na trgu urejale tudi s samoupravnimi sporazumi in družbenimi do-

⁷ Glej Kapor v Blagojevič, Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, Savremena administracija, Beograd 1983, str. 100.

⁸ Čl. 25 (1) ZOR: »Določbe tega zakona, ki se nanašajo na pogodbe, se uporabljajo za vse vrste pogodb, razen če ni za gospodarske pogodbe izrecno drugače določeno.«

⁹ Glej B. Zabel, Uvod v gospodarsko pogodbeno pravo, ČGP Delo, TOZD Gospodarski vestnik, Ljubljana 1987, str. 24.

¹⁰ Nekateri to pravilo razumejo kot pravilo, ki posredno določa posebnosti za gospodarske pogodbe. Kapor v: Blagojevič in Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, Savremena administracija, Beograd 1983, str. 100.

¹¹ Glej na primer čl. 413 in 1004 ZOR, ki določata, da se za gospodarske pogodbe solidarnost domneva.

govori kot posebnimi instituti prava združenega dela.¹² Skozi majhna vrata pa so bili v ZOR vneseni tudi nekateri zametki potrošniškega prava. Določba čl. 179 ZOR o odgovornosti proizvajalca stvari z napako je zapisana, kot splošna določba, vendar je po vsebini namenjena predvsem varstvu posameznika. Ta pojem pa je posebej izpostavljen v čl. 542 (2) ZOR in se nanaša na prodajo na obroke. Posebna pravila za prodajo na obroke veljajo le v primeru, če je kupec posameznik. Pojem posameznika v zakonu ni natančneje določen, vendar se za posameznika šteje fizična oseba, kar pa lahko v takratnem družbenem okolju izenačimo s pojmom potrošnika.¹³

Odločitev za enovit koncept urejanja obligacijskega prava pa se kaže tudi v predmetu urejanja. V ZOR so urejena nekatera pravna razmerja, ki jih večina kodifikacij civilnega prava ne ureja in so v dualističnih sistemih predmet posebnega urejanja v trgovinskih kodifikacijah ali pa specialni zakonodaji. Tako je zakonodajni pristop ZOR še najbolj podoben švicarskemu OR, kar ni presenetljivo, saj velja švicarski zakon za zgled monističnega koncepta urejanja obligacijskega prava.¹⁴ V splošnem delu ZOR je urejen splošen del prava vrednostnih papirjev, ki so bolj ali manj institut, namenjen gospodarskim subjektom. Prav tako v posebnem delu ZOR najdemo nekatere pogodbe, ki so po vsebini namenjene izključno gospodarskim subjektom. Najbolj tipičen primer je pogodba o trgovinskem zastopanju, ki jo po definiciji sklepada subjekta, ki opravljata gospodarsko dejavnost. Podobno velja tudi za alotmajsko pogodbo in večinoma tudi za licenčno pogodbo.

1.3. Spremembe ZOR

Zakonodajalec do razpada Jugoslavije ni pomembneje posegal v ZOR. S sistemskega vidika je najpomembnejša sprememba ureditve obrestne mere zamudnih obresti. Te spremembe je zahtevala visoka inflacija, ki je zahtevala uvedbo indeksacije in elastičen način določanja obrestne mere, saj je bilo mogoče samo tako zagotoviti, da zamudne obresti spodbujajo dolžnika, da čim

¹² Glej podrobneje J. Šinkovec, *Samoupravno pravo v združenem delu*, Center za samoupravno normativno dejavnost, Ljubljana 1980.

¹³ Glej M. Toroman v: Blagojević in Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima II*, Savremena administracija, Beograd 1983, str. 1387.

¹⁴ Drugače kot OR ZOR ni urejal statusa pravnih oseb, ki opravljajo gospodarsko dejavnost, kar je razumljivo, saj je bilo to področje predmet urejanja Zakona o združenem delu in je bil koncept urejanja popolnoma neskladen s civilnopravnimi načeli.

prej plača svojo obveznost.¹⁵ Zanimivo pa je bila z novo ureditvijo obrestne mere zamudnih obresti odpravljena prej veljavna posebnost za gospodarske pogodbe. Izvorno besedilo ZOR je v čl. 277 določalo, da se obrestna mera zamudnih obresti razlikuje za civilne obveznosti in obveznosti iz gospodarskih pogodbe. Nova ureditev, določena z Zakonom o obrestni meri zamudnih obresti, pa je uvedla enotno obrestno mero zamudnih obresti za vse vrste denarnih obveznosti ne glede na lastnosti subjektov.

2. RAZVOJ VIROV OBLIGACIJSKEGA PRAVA V RS DO SPREJEMA OZ

2.1. Splošni okvir

Po osamosvojitvi Republike Slovenije zakonodajalec ni hitel s sprejemanjem novega obligacijskega prava, ampak se je ZOR še naprej uporabljal kot pravni vir. Prvi zakonodajni posegi v obligacijsko pravo so se zgodili na področju določanja obrestne mere zamudnih obresti, torej na področju, na katerem se je že prej pravna ureditev prenesla iz ZOR kot splošnega predpisa na poseben predpis Zakon o obrestni meri zamudnih obresti. Predpisi o obrestni meri zamudnih obresti so se od osamosvojitve Slovenije večkrat spremenili in se končno ustalili po uveljavitvi evra.¹⁶ Danes je obrestna mera zamudnih obresti vezana na vodilna obrestno mero, to je obrestno mero, ki jo uporablja Evropska centralna banka za operacije glavnega refinanciranja, ki jih je opravila pred prvim koledarskim dnevom zadevnega šestmesečnega obdobja, povečano za 8 odstotnih točk.¹⁷

Zelo zanimivo zakonodajalec OZ v nekaterih primerih ni obravnaval kot splošni predpis s področja obligacijskega prava. V pravni ureditvi gospodarskih družb se je glede prenosa listinsko izdanih delnic skliceval na smiselno uporabo zakona o menici in ne na splošna pravila ZOR, ki prav tako urejajo prenos prinosniškega vrednostnega papirja z izročitvijo in orderskega vrednostnega papirja z indosamentom. Verjetno se je zakonodajalec v Zakonu v gospodar-

¹⁵ Zakon o obrestni meri zamudnih obresti (Uradni list SFRJ, št. 57/89).

¹⁶ Zakon o obrestni meri zamudnih obresti (Uradni list RS, št. 14/92 in 13/93) in Zakon o predpisani obrestni meri zamudnih obresti in temeljni obrestni meri (Uradni list RS, št. 45/95).

¹⁷ Zakon o predpisani obrestni meri zamudnih obresti (Uradni list RS, št. 11/07 – uradno prečiščeno besedilo).

skih družbah¹⁸ zgledoval po nemškem vzoru, ki se sklicuje na menično pravo, saj vrednostni papirji niso urejeni kot institut splošnega dela civilnega ali gospodarskega obligacijskega prava.¹⁹ Se pa glede uporabe teh pravil ni razvila nobena praksa, saj se je večina delniških družb odločila, da se delnice izdajo v nematerializirani obliki, kar pa je pozneje tako ali tako postalo obvezno. Zato se danes posli z delnicami kot vrednostnim papirjem ravnaajo po posebnih pravilih Zakona o nematerializiranih vrednostnih papirjih.²⁰

2.2. Sprejem zakonodaje s področja varstva potrošnikov

Potem pa se je v procesu približevanja evropskim integracijam pojavil problem prenosa evropskih direktiv s področja varstva potrošnikov in zakonodajalec se je odločil za poseben zakon, ne pa za umestitev posebnih obligacijskopравnih pravil v sistem splošnih pravil ZOR. Leta 1998 je bil sprejet Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot).²¹ Predmet urejanja tega zakona sega na različna pravna področja, v zelo pomembnem delu pa so predmet urejanja pogodbeno pravna razmerja med podjetjem in potrošnikom (B2C). Zakon je v pravni red prvič prinesel definicijo potrošnika in za potrošniška pravna razmerja uvedel nekaj pravil, ki sodijo v splošni del obligacijskega prava, predvsem pa je uredil nekatera posebna pravna razmerja, kot so odgovornost za produkt, garancija za brezhibno delovanje, posebne oblike prodaje in nekatere posebne vrste turističnih pogodb. S tem pa je nastal problem dvojnega urejanja istih pravnih razmerij, kjer se včasih zakonska besedila razlikujejo v malenkostih, kar sproža vprašanje, ali take razlike utemeljujejo tudi različno odločanje v posameznih primerih. Vsaj glede uporabe pa je stvar jasna in ZVPot je glede na splošna pravila obligacijskega prava specialen predpis.²² Temu je sledil Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK), s katerim so se uveljavila posebna pravila za potrošniško kreditiranje, ki veljajo za posojilne pogodbe, kreditne pogodbe in druge

¹⁸ Zakon o gospodarskih družbah (Uradni list RS, št. 30/93).

¹⁹ Glej podrobneje v P. Grilc, M. Juhart, Pravo vrednostnih papirjev, Gospodarski vestnik, Ljubljana 1996, str. 93.

²⁰ Zakon o nematerializiranih vrednostnih papirjih (Uradni list RS, št. 75/15, 74/16 – ORZNV48, 5/17 in 15/18 – odl. US).

²¹ Zakon o varstvu potrošnikov (Uradni list RS, št. 20/98).

²² »V obravnavanem primeru je potrebno poleg OZ prvenstveno upoštevati tudi ZVPot-UPB2 (Uradni list RS, št. 98/04), ki je *lex specialis* in *lex posterior* glede na OZ, in ki v VI. poglavju ureja prodajo blaga in opravljanje storitev, v IX. poglavju pa inšpekcijski nadzor ter upravne ukrepe. To pomeni, da se uporablja splošni zakon le glede vprašanj, ki niso urejena v posebnem zakonu.« Upravno sodišče RS sodba U 978/2005.

pogodbe, ki imajo podoben gospodarski učinek.²³ Verjetno bi zakonodajalec to področje lahko uredil tudi znotraj splošnega ZVPot, vendar se je odločil za samostojen zakon. Je pa zanimivo, da se ZVPot in ZPotK razlikujeta v definiciji potrošnika. Prvi potrošnika definira kot fizično osebo, ki pridobiva ali uporablja blago in storitve predvsem za osebno uporabo ali uporabo v svojem gospodinjstvu. Drugi pa kot fizično osebo, ki deluje za namene izven svoje poklicne ali pridobitne dejavnosti.²⁴

3. SPREJEM OZ

Bistven premik v razvoju obligacijskega prava v Republiki Sloveniji pomeni sprejem Obligacijskega zakonika leta 2001 in njegova uveljavitev 1. januarja 2002.²⁵ Naj pri tem navedemo le nekaj ključnih poudarkov. OZ lahko označimo kot recepcijo, saj niti konceptualno niti vsebinsko ne odstopa od ZOR.²⁶ Predvsem odpravlja nekatere določbe ZOR, ki so bile neskladne z novim družbeno-ekonomskim sistemom, in razširja pravno ureditev tudi na tista obligacijskoppravna razmerja, ki jih ZOR zaradi nepopolne zakonodajne pristojnosti ni uredil (nepremoženjska škoda pravnih oseb, darilna pogodba, družbena pogodba, preužitek, posodbena pogodba). Le v majhnem in bolj kot ne tudi nepomembnem delu pa OZ prinaša vsebinske spremembe, kot je na primer ureditev pravnih posledic vsebinskega neskladja med ponudbo in izjavo o sprejemu ponudbe ter drugačna ureditev posledic kršitve dogovora o prepovedi cediranja. Zakonodajalec pa se ob sprejemanju OZ ni odločil v splošni sistem obligacijskega prava vnesti prava varstva potrošnikov in na tem področju se je ohranila posebna ureditev. Je pa upošteval obstoj ZVPot in temu prilagodil nekatera pravila. OZ ohranja posebno ureditev prodaje na obroke, vendar to ni več prodajna pogodba, pri kateri je kupec posameznik, ampak ta posebna pravila veljajo ne glede na osebne lastnosti kupca. Zato med posebnimi pravicami kupca tudi ni več odstopnega upravičenja kot najbolj značilnega instituta potrošniškega varstva.²⁷

²³ Prvi Zakon o potrošniški o kreditih (Uradni list RS, št. 70/00).

²⁴ Primerjaj 1. člen ZVPot in 2. člen ZPotK.

²⁵ Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 83/01).

²⁶ Glej M. Ilešič, Obligacijski zakonik z uvodnimi pojasnili in stvarnim kazalom, Uradni list, Ljubljana 2003.

²⁷ Primerjaj besedili čl. 544 ZOR in čl. 524 OZ.

Tudi na področju ureditve gospodarskih pogodb OZ ni prinesel bistvenih sprememb. Posebne določbe, ki veljajo samo za gospodarske pogodbe, se niso bistveno spreminjale. Morda velja opozoriti le na eno sistemsko. OZ v 12. členu določa, da se v obligacijskih razmerjih gospodarskih subjektov za presojo potrebnih ravnanj in njihovih učinkov upoštevajo poslovni običaji, uzance in praksa, vzpostavljena med strankama.²⁸ Taka določba ustvarja pravno podlago za uporabo uzanc kot dopolnilnega pravnega vira, kar se odraža tudi na uporabi posameznih določb Splošnih uzanc za blagovni promet v delih, v katerih niso bile prenesene v ZOR in kasneje OZ. Glede tega se je zelo jasno izreklo Višje sodišče v Ljubljani:

»Splošne uzance za blagovni promet se uporabljajo kljub temu, da se stranki nista izrecno dogovorili za njihovo uporabo, a le tista pravila, ki urejajo vprašanja, ki jih OZ ne ureja. Med pravila, ki jih OZ konkretnije ne ureja, spada tudi v konkretnem primeru uporabljen 203. člen Uzanc. Čeprav torej pravnici stranki nista imeli sklenjene pisne prodajne pogodbe, niti se za uporabo Uzanc nista posebej ustno dogovorili, je sodišče prve stopnje pri svojem odločanju, 203. člen Uzanc smelo uporabiti.«²⁹

V OZ pa se je spremenila tudi opredelitev gospodarske pogodbe. ZOR se je zelo jasno izrekel za hkratni subjektivno objektivni pristop, zakonodajalec pa se je v OZ odločil za preprostejšo subjektivno rešitev. Za gospodarsko pogodbo gre predvsem v primeru, kadar sta obe pogodbeni stranki gospodarska subjekta (čl. 13 (2) OZ). Pojem gospodarskega subjekta pa se določa s sklicevanjem na ureditev opravljanja gospodarske dejavnosti in gre tako vsem gospodarskim družbam in samostojnemu podjetniku posamezniku. Poleg tega se status gospodarskega subjekta priznava tudi drugim pravnim osebam, ki opravljajo pridobitno dejavnost, to pa so v slovenski pravni ureditvi predvsem zadruga in gospodarski zavodi. Končno se status gospodarskega subjekta priznava tudi drugim pravnim osebam, kadar se v skladu s predpisom občasno ali ob svoji pretežni dejavnosti ukvarjajo tudi s pridobitno dejavnostjo, če gre za pogodbe, ki so v zvezi s tako pridobitno dejavnostjo. V tem delu pa je OZ ohranil

²⁸ V tej smeri: »V obligacijskih razmerjih gospodarskih subjektov se za presojo potrebnih ravnanj in njenih učinkov upoštevajo poslovni običaji, uzance in praksa, vzpostavljena med strankama. Praksa, vzpostavljena med strankama, po naravi stvari služi le za določitev vsebine pogodbenega razmerja med določenima strankama in za razlago vsebine tega pogodbenega razmerja. Določbo 12. člena OZ se torej uporabi v primerih, ko je med strankama nekaj pomanjkljivo ali nejasno dogovorjeno.« Sodba Vrhovnega sodišča RS III Ips 172/2009.

²⁹ Sodba Višjega sodišča v Ljubljani I Cpg 9/2011.

subjektivno objektivno merilo. Nekaj nejasnosti je ostalo le glede vprašanja, ali imajo položaj gospodarskega subjekta država in enote lokalne samouprave (občine). Odgovor je hitro izoblikovala sodna praksa.

»V zvezi z uporabo določila tretjega in četrtega odstavka 13. člena OZ ni nobenega razloga, da bi se odstopilo od sodne prakse, ki se je uveljavila na podlagi 25. člena ZOR. Zato je treba tudi državo in lokalne skupnosti obravnavati kot gospodarske subjekte, če gre za delovanje, ki ni oblastveno, pa čeprav je povezano z izvrševanjem javnih funkcij.«³⁰

4. NOVI PRAVNI VIRI PO SPREJEMU OZ

4.1. Nadaljnji razvoj prava varstva potrošnikov

Razvoj obligacijskega prava se je tudi po sprejemu OZ nadaljeval predvsem na področju posebnega urejanja posebnih obligacijskopравnih razmerij, na katerih se uveljavljajo posebna pravila varstva potrošnikov. Že ZVPot kot osrednji pravni vir na tem področju je bil dopolnjen osemkrat in nekatera nova pravila posegajo tudi v institute, ki so urejeni s splošnimi pravili OZ. Zato je vsebina pravnega pravila v nekaterih posameznih primerih odvisna od lastnosti strank pravnega razmerja. Verjetno je največja, najpomembnejša in najbolj ilustrativna razlika v ureditvi notifikacijske izjave kupca v primeru skrite napake, kjer veljajo tri različna pravila. Splošno pravilo čl. 462 (1) OZ, ki velja za pogodbe, ki niso gospodarske ali potrošniške, določa, da mora kupec o skriti napaki obvestiti prodajalca v osmih dneh, šteto od dneva, ko je napako opazil. Posebno pravilo istega člena za gospodarske pogodbe določa, da mora kupec prodajalca nemudoma obvestiti o obstoju napake. Za potrošniške pogodbe pa čl. 37a ZVPot določa, da je treba obvestilo opraviti v roku dveh mesecev od dneva, ko je bila napaka odkrita. Z upoštevanjem lastnosti pogodbenih strank seveda lahko v konkretnem primeru uporabimo pravo pravilo, veliko vprašanje pa je, ali je taka razlika glede na lastnosti strank potrebna in utemeljena. Posebna pravila varstva potrošnikov se uveljavljajo tudi na nekaterih drugih področjih, predvsem takrat ko gre za usklajenost pravne ureditve, ki jo zahtevajo evropske direktive. Tako so je večkrat spremenil Zakon o potrošniških kreditih.³¹ Spremembe v glavnem sledijo zahtevam direktiv in le v nekaterih malenkostih se uveljavljajo posebne rešitve. Veljavna ureditev potrošniških kreditov določa

³⁰ Sodba Višjega sodišča v Kopru Cpg 112/2013.

³¹ Zakon o potrošniških kreditih (Uradni list RS, št. 77/16).

zelo kompleksno obveznost izvajanja predpogodbene pojasnilne dolžnosti, ki je posebej poudarjena na področjih, ki za potrošnika pomenijo najvišjo stopnjo tveganja, kot so uporaba tuje valute oziroma valutne klavzule in spremenljive obrestne mere. Obsežna pojasnilna dolžnost prehaja tudi v vsebino pogodbe, ki mora vsebovati vse predpisane elemente. Pomanjkljiva vsebina pogodbe je sankcionirana s posebnim odstopnim upravičenjem, ki se lahko uveljavlja v daljšem roku kot splošno odstopno upravičenje (angl. *cooling off*). Vsebina pogodbe je urejena do te mere, da je ostalo zelo malo prostora za posebne dogovore, in stranki se v glavnem lahko dogovarjata le o finančnih elementih. Tudi na nekaterih drugih področjih na podlagi evropskih direktiv veljajo posebna pravila, kar velja predvsem za področje reguliranih sektorjev, kot so zavarovanje, trg finančnih instrumentov, bančništvo in upravljanje premoženja.

4.2. Posebna pravila o varstvu kupca nepremičnin

Zelo zanimiv pa je razvoj ureditve posebnih pravil, ki veljajo za prodajo nepremičnin. Gre za dva predpisa, s katerimi je zakonodajalec poskušal utrditi pravni položaj kupca nepremičnin, za katerega se domneva, da je šibkejša stranka v razmerju. Zakon o nepremičninskem posredovanju³² ne ureja le pogojev za opravljanje dejavnosti nepremičninskega posredovanja, ampak določa tudi posebna pravila za pogodbo med nepremičninskim posrednikom in stranka. V primerjavi s splošnimi pravili posrednika zavezujejo nekatere posebne dolžnosti in ne le zgolj vzpostavljajo stika med strankami, kar močno posega v pravno naravo razmerja, ki v teh elementih dobiva značaj mandatnega razmerja. Pogodba o posredovanju v prometu z nepremičninami izhaja iz splošnega okvira posredniške pogodbe v OZ,³³ dopolnjujejo pa ga posebna pravila ZNPosr, v katerih so upošteevane nekatere posebnosti opravljanja te dejavnosti, ki v določenem delu okvir običajnega delovanja posrednika tudi presegajo. Posebna pravila ZNPosr so kogentne narave in odstopanja od njih so dopustna le, če so v očitno korist naročitelja posredovanja, kar je tipično pravilo varstva potrošnikov (tretji odstavek 13. člena ZNPosr).³⁴ Če je naročitelj oseba, ki ima pravni status potrošnika, pa za pogodbo veljajo tudi pravila ZVPot. S pogodbo o posredovanju v prometu z nepremičninami se nepremičninska družba kot

³² Zakon o nepremičninskem posredovanju (Uradni list RS, št. 72/06 – uradno prečiščeno besedilo in 49/11).

³³ Glej čl. 13 (2) ZNPosr.

³⁴ Tako stališče izraža tudi sodna praksa v sodbi Višjega sodišča v Ljubljani II Cp 4189/2009.

posrednik zavezuje, da si bo prizadevala najti in spraviti v stik z naročiteljem tretjo osebo, ki se bo z njim pogajala za sklenitev prodajne pogodbe, naročitelj pa se zavezuje, da bo družbi plačal za posredovanje, če bo prodajna pogodba sklenjena. Zakon pa ne predpisuje le pisne oblike, ampak določa tudi vsebino pogodbe. Obvezne sestavine so našteje v čl. 13 (4) ZNPosr. Gre predvsem za zapis vsebin, ki naročitelju kot šibkejši in neprofesionalni stranki določajo elemente pravnega varstva in ga seznanjajo z bistvenimi elementi pogodbe. Predvsem je treba opozoriti na določbe, ki se nanašajo na obveznost plačila in višino provizije za posredovanje, dopustnost obračunavanja stroškov posredovanja in čas trajanja posredniške pogodbe. Posrednik mora pri opravljanju svojih dejanj upoštevati interese naročitelja in pri tem ga veže standard profesionalne skrbnosti dobrega strokovnjaka (čl. 14 ZNPosr). Splošna obveznost posrednika je, da naročitelja obvesti o vseh za nameravani posel pomembnih okoliščinah, ki so mu bodisi znane ali bi mu morale biti znane (čl. 843 OZ). Ta splošna obveznost pa je v ZNPosr vsebinsko zelo razčlenjena in upošteva predvsem okoliščine, ki so značilne za prodajno pogodbo, katere predmet je nepremičnina. Ta dolžnost posrednika je v tesni povezavi z dodatno obveznostjo posrednika iz čl. 23 ZNPosr, ki posrednika obvezuje, da pripravi skrbni pregled nepremičnine in o tem pripravi pisno obvestilo za naročitelja o morebitnih stvarnih in pravnih napakah nepremičnine. Izraza stvarne in pravne napake v tej zvezi nista najbolj posrečena in nikakor ju ni mogoče razlagati na način, kot se pojma razlagata pri obveznosti jamčevanja. V tem primeru ne gre za neskladnost med dogovorjenimi in resničnimi lastnosti, ampak za oceno tveganj, ki izhajajo iz stvarnega in pravnega stanja nepremičnine. Posrednik mora naročitelju predstaviti vsa dejanska in pravna tveganja, ki obstajajo, upošteva tudi možnost, da je v prodajni pogodbi jamčevanje prodajalca za napake izključeno. Ker naročitelj ni strokovnjak za presojo dejanskega in pravnega stanja nepremičnine, ga mora na te okoliščine opozoriti posrednik. Če posrednik posreduje za kupca, ga mora obvestiti o vseh lastnostih nepremičnine, za katere ve oziroma bi glede na dolžno skrbno ravnanje moral vedeti in ki so pomembne za odločitev o sklenitvi pogodbe. Če posrednik posreduje za obe stranki, pa mora ravnati v interesu obeh in ravno tako razkriti vse navedene okoliščine. V takem primeru posrednika ne sme premamiti interes, da je pogodba sklenjena, in kupcu ne sme zamolčati določene okoliščine, češ da je to tudi v interesu prodajalca. Za izpolnitev te obveznosti posrednik odgovarja odškodninsko. Predvsem si lahko zamislimo primer, da posrednik odgovarja za škodo zaradi stvarne napake, če je s prodajno pogodbo obveznost jamče-

vanja izključena ali če gre za napako, ki bi jo moral kupec sam opaziti pri pregledu nepremičnine.³⁵

Drug tak poseben predpis je Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb.³⁶ Zakon je bil sprejet po veliki nepremičninski aferi, ko je investitor gradnje stanovanj in stanovanjskih hiš vnaprej pobral kupnino in pred dokončanjem gradnje in izročitvijo nepremičnin zašel v stečaj. Pogodbe, za katere veljajo posebna pravila iz ZVKSES, so opredeljene po dveh kriterijih. Prvi kriterij je subjektiven in se nanaša tako na prodajalca kot kupca. Posebna pravila se uporabljajo, če je prodajalec investitor pri gradnji bivalne nepremičnine ali vmesni kupec. Pojem vmesnega kupca je opredeljen z namenom preprečevanja izigravanja kogentnih določb. Gre za vsakega kupca, ki bivalno nepremičnino kupuje za nadaljnjo prodajo, in ne za potrebe lastnega bivanja. Druga stranka pogodbe je kupec, ki ima po splošnih določbah potrošniškega prava status potrošnika.³⁷ Nekatera posebna pravila ZVKSES pa se lahko uporabljajo tudi za pogodbe, ki jih sklepajo osebe, ki nimajo položaja potrošnika. Drugi kriterij je objektivni in se nanaša na predmet pogodbe. Posebna pravila se uporabljajo za prodajo enostanovanjskih stavb in stanovanj kot posameznih delov stavb v etažni lastnini. Če povežemo subjektivni kriterij z objektivnim, lahko ugotovimo, da je namen zakona urejanje pogodb, ki se sklepajo za nove bivalne nepremičnine, ki jih investitor gradi z namenom prodaje individualnim kupcem. Tehnika zakona je primerljiva s splošno potrošniško zakonodajo. Posamezni mehanizmi so določeni kot minimalni standardi varstva kupcev in seveda so dopustni posebni pogodbeni dogovori, ki so za kupca ugodnejši. Nasprotno pa je vsak odmik v nasprotni smeri prepovedan s sankcijo ničnosti. Prav tako so s prodajno pogodbo izenačeni drugi pravni posli z enakim namenom, kot ga ima prodaja. ZVKSES želi preprečiti sklepanje poslov zaradi izogibanja kogentnim varovalnim določbam z drugačnim poimenovanjem pravnega posla ali navidezno drugačno določitvijo obveznosti. Prodajna pogodba o prodaji nepremičnine mora biti po splošnih pravilih obligacijskega prava sklenjena v pisni obliki.³⁸ Člen 6 ZVKSES pa določa nekatere obvezne sestavine, ki jih mora pogodba vsebovati in ki se nanašajo na nepremičnino kot predmet prodaje. Kupnina mora biti določena v enotnem znesku, v katerega

³⁵ Relevantne sodne prakse glede navedenega nisem našel.

³⁶ Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb (Uradni list RS, št. 18/04).

³⁷ Glej čl. 2 ZVPot.

³⁸ Glej komentar čl. 52 OZ v N. Plavšak in M. Juhart (ur.), *Obligacijski zakonik s komentarjem*, I. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, str. 367.

so zajeti vsi stroški, ki bremenijo kupca. Izjeme od tega načela so taksativno našteje in se nanašajo samo na zamudne obresti, posledice upniške zamude in stroške vknjižbe lastninske pravice v korist kupca. Namen tega pravila je kupcu zagotoviti jasnost in preglednost cene, ki jo plača za nepremičnino. Bistven element varstva kupca pa je prepoved, da se brez posebnega zavarovanja zahteva plačilo kupnine pred nastopom celovite možnosti izpolnitve. Če prodajalec zahteva plačilo dela kupnine z izjemo are že prej, mora kupcu zagotoviti posebno varstvo pred sistemskimi tveganji, kot so: finančna nesposobnost dokončati gradnjo, neizpolnitev pogodbe in skrite stvarne napake. Zavarovanje pred temi tveganji je mogoče samo na enega od določenih načinov. Prodajalec lahko kupcu zagotovi bančno garancijo ali poroštvo zavarovalnice na vračilo vnaprej plačanega zneska kupnine. Namesto bančne garancije ali porošstva je mogoče vzpostaviti poseben sistem skrbniških storitev, določenih v razdelku 2.8 ZVKSES, ki zagotavljajo namensko uporabo vnaprej plačanih denarnih sredstev in njihovo ločenost od drugega prodajalčevega poslovanja. Sistem skrbniških storitev kupcu zagotavlja bodisi izpolnitev pogodbe bodisi vračilo kupnine tudi, če pride v času pred izpolnitvijo vseh obveznosti prodajalca do njegovega stečaja. ZVKSES posebej skrbno in natančno obravnava obveznost izročitve nepremičnine. Bistveni element vsake prodajne pogodbe po ZVKSES je določitev roka, v katerem mora prodajalec izročiti nepremičnino kupcu. Obveznosti izročiti nepremičnino v določenem roku ni dopustno omejevati z eskulpacijskimi razlogi, ki se nanašajo na graditev in za katere se domneva, da jih mora imeti investitor pod svojim nadzorom. Zaradi zamude z izročitvijo ima kupec *ex lege* pravico do pogodbene kazni. Gre za pomemben odstop od splošne ureditve, po kateri pogodbena kazen učinkuje samo, če je posebej in izrecno dogovorjena. Zaradi posebne pravne narave je z ZVKSES določena tudi višina pogodbene kazni zaradi zamude. Ta znaša 0,5 promila kupnine za vsak dan zamude. Dopusten pa je poseben dogovor o maksimiranju pogodbene kazni. Zgornja meja je razmeroma visoka in znaša 50 odstotkov kupnine.³⁹

4.3. Poseben položaj subjektov javnega prava

V zadnjem času so se v pravnem redu pojavila nekatera posebna pravila, ki veljajo za novo kategorijo pogodbenih strank glede na njihove osebne last-

³⁹ O razlogih za določitev vrednostnih kriterijev pogodbene kazni glej N. Plavšak, Zakon o varstvu kupcev stanovanj in enostanovanjskih stavb z uvodnimi pojasnili, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 65.

nosti. To so posebna pravila, ki veljajo za stranke, ki so del ali pa so povezane z javnim sektorjem. Začelo se je s posebnimi pravili, ki veljajo za sklepanje pogodb oziroma s sistemom javnega naročanja. Vedno bolj pa ta posebna pravila posegajo tudi v vsebino pogodbenih razmerij. Zaradi gospodarske krize se je zelo poslabšal položaj podizvajalcev predvsem v gradbenih poslih javnega naročanja, kar je močno vplivalo tudi na razvoj sodne prakse pri uporabi čl. 631 OZ oziroma čl. 612 ZOR. Ta je zelo razširila možnost neposrednega zahtevka podizvajalca do naročnika.⁴⁰ Zakonodajalec pa je v ta razmerja posegel predvsem z eno izmed novel Zakona o javnem naročanju,⁴¹ s katero je močno posegel v temeljno načelo pogodbenega prava, da pogodba ustvarja učinke le med pogodbenima strankama. Zakonodajalec je s sklicevanjem na obvezno asignacijo dejansko postavil pravila, na podlagi katerih se je razmerje med naročnikom in glavnim izvajalcem delilo na več pravnih razmerjih, kar je odpiralo številne probleme in ne nazadnje tudi vprašanje odnosa med posebnimi in splošnimi določbami.⁴² S kasnejšo spremembo zakonodaje je bila ta rešitev odpravljena in razmerja med naročnikom in podizvajalci so bila vrnjena v okvir splošnih pravil.

V vsebino pogodb med gospodarskimi subjekti in subjekti javnega prava je posegel tudi Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije.⁴³ Ta kot obvezno sestavino teh pogodb določa protikorupcijsko klavzulo (čl. 14 ZIntPK). Vsebina in namen klavzule je, da določa pravno posledico ničnosti, če je na sklenitev pogodbe vplivalo dejanje z elementi koruptivnega dejanja. Pravilo v tem delu ni sporno, čeprav bi verjetno do enakega sklepa prišli z razlago splošnih pravil. Bolj nenavadno pa je, da imajo dejanja z elementi korupcije za posledico ničnost tudi, če gre za dejanja v fazi izpolnitve obveznosti. Na primer, pogodba je nična, če pri njenem izvrševanju zaradi koruptivnega dejanja pride do opustitve dolžnega nadzora nad izvajanjem pogodbenih obveznosti. Veliko vprašanje je, ali je ničnost res najbolj primerna sankcija, saj bi se namen prepovedi lahko dosegel tudi na drug način, kot je podaljšanje zastaralnih rokov za odškodninske zahtevke ali za uveljavljanje pomanjkljivosti izpolnitve.

⁴⁰ Glej podrobnejšo analizo sodne prakse v: M. Koršič-Potočnik, Razmerja s podizvajalci pri gradbeni pogodbi, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2017, str. 1123.

⁴¹ ZJN-2 (Uradni list RS, št. 128/06, 16/08, 19/10 in 18/11).

⁴² B. Hrastnik, Ureditev neposrednih plačil podizvajalcem, v: Podjetje in delo, št. 6-7/2011, str. 1135.

⁴³ Zakon o integriteti in preprečevanju korupcije (Uradni list RS, št. 69/11 – uradno prečiščeno besedilo).

5. SKLEP

ZOR je ob uveljavitvi leta 1978 pomenil zaokroženo kodifikacijo obligacijskega prava in je urejal velik ter pretežen del zakonske materije. Predvsem pa je določil enoten (monističen) koncept urejanja obligacijskih razmerij, v katerem lastnosti posameznega udeleženca pomembneje ne vplivajo na vsebino pravnega razmerja, v katerega tak subjekt stopa.

Nadaljnji razvoj pravnih virov v Republiki Sloveniji ta koncept nekoliko spreminjajo. OZ sicer ostaja temeljni pravni vir obligacijskega prava in v celoti ohranja monističen koncept. Zakonodajca zunaj OZ pa čedalje bolj posebno ureditev veže na posebne lastnosti subjektov, ki vstopajo v razmerja, ki so predmet posebnega urejanja. To velja predvsem na področju pogodbenih razmerij. Pri tem ne gre le za ureditev posebnega varstva potrošnikov, ampak se te razlike uveljavljajo tudi med gospodarskimi pogodbami. Velika slabost in nedoslednost zakonodajalca je, da se pojem gospodarske pogodbe v različnih predpisih določa na različne načine, kot da ne bi obstajala splošna opredelitev gospodarskih pogodb v čl. 12 OZ. Taka ureditev vodi v čedalje bolj nejasen položaj, saj posebna pravila večinoma določajo kogentna pravila, ki jih morajo stranke upoštevati in jih ne smejo spreminjati z drugačnimi pogodbenimi dogovori. Zato danes težko govorimo o enotni ureditvi obligacijskih razmerij, ampak v čedalje bolj razdrobljenem sistemu, v katerem se vsebina oblikuje glede na lastnosti subjektov, ki vstopajo v pogodbeno razmerje.

Promena subjekata uz očuvanje identiteta obligacije – slučaj Srbije

Evropska matrica i nasleđe
profesora Konstantinovića

dr. Nenad Tešić

docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

1. UVOD ILI KAKO JE BILO NEKAD

1.1. O Skici, kao sadržinskoj i duhovnoj preteči Zakona o obligacionim odnosima

Čini se da o bilo kom institutu obligacionog prava, pa i o promeni subjekata uz očuvanje identiteta obligacije, u regionu jugoistočne Evrope nije moguće pisati bez prethodnog, makar i najkraćeg osvrta na ličnost profesora Mihaila Konstantinovića¹ i njegovo kodifikarsko delo – Skicu za zakonik o obligaci-

¹ O ličnosti tog uglednog pravnika koji se i u vremenima krize drži svojih životnih opredeljenja može se više zaključiti iz njegovih autobiografskih zapisa. Vid. M. Konstantinović, *Politika sporazuma* (Dnevničke beleške 1939–1941, Londonske beleške 1944–1945), Novi Sad 1998. U nekoj vrsti predgovora za novo izdanje Skice, jedan od vodećih nastavljača Beogradske škole prava njenog rodonačelnika, po pravilu, oslovljava samo sa „naš Profesor“, uveren da je takva oznaka svakome dovoljna da sa sigurnošću zaključi o kojoj

jama i ugovorima (Skica) iz 1969. godine² Skica kao i Prethodne napomene za Skicu iz pera prof. Konstantinovića,³ kao svojevrsan normativni manifest, najbolje su svedočanstvo metodologije izrade i sistema Zakona o obligacionim odnosima (1978),⁴ njegovog jezika i stila i drugih ključnih osobina.

1.2. Potrebe praktičnog života

Jezik normi profesora Konstantinovića lak je i razumljiv i nepravnicima.⁵ Prilikom formulisanja normi, profesor najpre sprovodi svestranu teorijsku analizu instituta koji je predmet regulisanja bez bilo kakvog predubedenja. On ne teži originalnosti po svaku cenu već zajmi iz stranog prava kada god nakon studije konkretnog pitanja shvati da rešenje sadržano u stranom pravu odgovara praktičnim društvenim potrebama.⁶

1.3. Trajanje

Sam Konstantinović dalekovidno uočava da se u trajanju jednog zakona prirodno događa sukob zakona i života tako da intervencija zakonodavca vremenom postaje neminovna.⁷ Ipak, u izradi nekog zakona treba postupati tako da se

ličnosti je reč. U pogledu normativne umešnosti i bistrine jezičkog izraza svog uvaženog prethodnika, prof. Perović, između ostalog, zapaža i sledeće: „Ta elegancija pokreta reči svojstvena francuskoj kulturi bila je kod našeg Profesora u apsolutnoj službi jedne druge vrline skromnosti.“ S. Perović, Skica za jedan portret, u M. Konstantinović, Obligacije i Ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Biblioteka „Klasici jugoslovenskog prava“, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1996, str. 7–32.

² M. Konstantinović, Obligacije i Ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta, Beograd 1969 (dalje: Skica). Zanimljivo je da su taj nacrt zakona u nekim konkretnim slučajevima, isključivo zahvajujući njegovoj unutrašnjoj vrednosti, sudovi primenjivali u formi pravnih pravila i pre nego je posle devet godina većina njegovih normi usvojena kao Zakon o obligacionim odnosima. S. Perović, Skica za jedan portret, str. 8.

³ M. Konstantinović, Prethodne napomene, u Obligacije i Ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Biblioteka „Klasici jugoslovenskog prava“, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1996.

⁴ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Sl. list SRJ, br. 31/93 i Sl. list SCG, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁵ Slično kao u švajcarskom Građanskom zakoniku, malo je pojmova nerazumljivih laicima. „Svaki laik može da čita građanski zakonik.“ M. Petrović, M. Prica, Uvod u velike pravne sisteme, Niš 2011, str. 44.

⁶ M. Konstantinović, Prethodne napomene, str. 33.

⁷ *Ibid.*, str. 35. Ovu spoznaju delili su i drugi pripadnici Beogradske škole prava. Tako prema

intervencija desi docnije.⁸ Težeći da produži život svojim normama, profesor kao ključnu osobinu vrednuje njihovu gipkost i iz tog razloga se u normiranju često služi tehnikom pravnih standarda. Na taj način, kao i unošenjem većeg broja načela obligacionog prava u Zakon, sudija se stavlja u poziciju da proceni koji smisao treba dati određenoj normi, a konkretizacija same norme vremenski može biti prilično udaljena od njenog stupanja na pravnu snagu.⁹

1.4. Kreativna uloga suda

Zakon o obligacionim odnosima može se oceniti kao svojevrsna kristalizacija dugogodišnjeg sudovanja, čime je narodno pravo u sferi obligacija i ugovora dovedeno u sklad s modernim potrebama prometa dobara i usluga.¹⁰ Rukovođen upravo tom idejom, i sam ZOO ostavlja široko polje kreativnoj ulozi suda. Na taj način omogućeno je da evoluciju potreba života prati evolucija prava bez intervencije zakonodavca.¹¹ S druge strane, Zakon ne bi bio zakon ako ne bi za mnoge situacije sadržao jasna i precizna rešenja“ „[...] Zakon svojom jasnoćom treba da omogući da se izbegnu sporovi, a ne da ih nedovoljnom određenošću izaziva i produbljuje.“¹²

2. OSVRT NA AKTUELNO ZAKONOPISANJE – *IN APSTRACTO*

Promene na mapi nastale „crtanjem novih granica“ izazvale su brojne promene i na tržištu pravnih usluga, od kojih se najznačajnija ogleda pre svega u uoč-

prof. Blagojeviću: „Pravo može zadržati svoju vrednost samo ako evoluirala kada i društvo.“
B. Blagojević, Jedan pogled na današnje stanje materije obligacionog ugovora, Arhiv za pravne i društvene nauke 1906–2006, 1–2/2006, str. 74.

⁸ M. Konstantinović, Prethodne napomene, str. 35.

⁹ M. Konstantinović, Prethodne napomene, str. 35.

¹⁰ Nesumnjiv uticaj na prof. Konstantinovića i njegovo razumevanje odnosa zakona i prava koje je rođeno i živi u narodu imale su ideje Valtazara Bogišića. Vid. M. Orlić, Uticaj Bogišićevog dela na naše zakonodavstvo, Arhiv za pravne i društvene nauke 1906–2006, 1–2/2006, str. 770. Iako se za ta dva velikana može reći da su po svojim kodifikatorskim dostignućima veoma bliski, čini se da su Konstantinovićevo život i delo, verovatno zbog pomanjkanja istorijske distance, pomalo zapostavljeni u poređenju sa Bogišićevim. Umesto svih naučnih studija posvećenih jednom od nauglednih pravnika slovenskog juga vid. *Spo- menica Valtazara Bogišića* (u dve knjige), O stogodišnjici njegove smrti 24. aprila 2008. godine (ur. Luka Brenesalović), Službeni glasnik – Institut za uporedno pravo, Beograd 2011.

¹¹ M. Konstantinović, Prethodne napomene, str. 35.

¹² *Ibid.*, str. 36.

ljivom padu kvaliteta u izradi zakona. S tim u vezi, moguće je uočiti nekoliko krupnih nedostataka savremenog zakonopisanja koji se ponavljaju iz zakona u zakon i u najkrećem se mogu opisati na sledeći način:

2.1. Ishitrenost

Postoji izreka što je brzo to je i kuso. Zakonodavac ne daje mnogo na tu narodnu mudrost, pa usvajanje zakona naprećac, gotovo preko noć, više nije izuzetak. Razlozi za takvo brzanje u zakonodavnom procesu prilićno su fluidni i uglavnom se svode na uslove za „pridruživanje“ Evropskoj uniji. To se čini iako je svima jasno da se normira u žurbi kako bi se novim propisima uticalo na konkretne okolnosti i izašlo u susret interesima određenih lica – normiranje *ad hoc* i *ad personam*.

2.2. Prenormiranost (hiperinflacija normi)

Okolnost da je svaki novi zakon kojim se reguliše određena oblast ako ne duplo onda znaćajno duži od svog prethodnika ukazuje na „apsolutno nepodoban pokušaj“ savremenog zakonodavca da kazuistićki uredi sve pojedinaćne situacije naivno zaboravljajući da tako nešto do sada nijednom zakonodavcu nije pošlo za rukom. Realnost je mnogo inventivnija od bilo kog zakonopisca. Otuda ovaj, svestan svoje nesavršenosti, mora unapred kreirati odgovarajuće instrumente, kao što su: pravna načela (principi) i pravni standardi, podobni za razrešenje svih potencijalno spornih situacija. Kao što je za privredu jedne države prihvatljiva samo umerena inflacija u pogledu porasta nivoa cena i smanjenja kupovne moći novca, tako je i za njen pravni sistem nekontrolisano gomilanje zakona i drugih propisa neka vrsta „poroćne zavisnosti koja rađa potrebu za novom i sve većom dozom“. Hiperinflacija normi razara samu suštinu pravnog poretka. Laićki rećeno, „od šume se ne vidi drveće“.¹³

2.3. Nedoslednost (nepostojanost)

Izmena nekog zakona još uvek ne znaći promenu nabolje. Svaka zakonodavna novina donekle utiće na pravnu sigurnost, naroćito ako se potpuno odstupa od tradicije kao što je to ćest slućaj u srpskom pravu. Izvlaćenje ili pomeranje „jedne cigle“ iz sloćzene tvorevine pravnog poretka moće da uzrokuje urušava-

¹³ Upor. Nenad Tešić, Kako rasplakati Eshila? – O pravnotragićnoj restriktivnosti u tumaćenju pojma „prelaz potraživanja“, Pravo i privreda 7–9/2017, str. 76.

nje celog sistema ili njegovog značajnog dela. Ako svaka nova vlada ima potrebu da se pohvali setom sistemskih – materijalno-pravnih i procesnih zakona, onda pravni sistem koji na tim zakonima počiva ne može da se podiči naročitom pravnom sigurnošću. To naročito ako se ima na umu da pravni sistem jedne države ne čine samo zakoni već i praksa sudova i upravnih organa, koja ne može da se ustali ako se zakoni besomučno menjaju u sve kraćim vremen-
skim intervalima. Po pravilu, u periodu od dve do tri godine nadležni organi na osnovu „taze propisa“ donesu nekoliko odluka koje budu ispitane na višim instancama i potom objavljene, tako da učesnici u pravnom prometu naziru kako pravosuđe „diše“ u pogledu određene norme. Međutim, već u sledećem trenutku se na nekom forumu, često i pod uticajem „dobro plaćenih konsultanata“, zaključuje da to do sada uopšte nije valjalo, usvaja se novi zakon i sve počinje „Jovo nanovo“.

U toj vrsti „zakonodavnog avanturizma“ naročito se zaboravlja okolnost da je jedan zakon daleko lakše usvojiti nego primeniti, te da odličnu ocenu zaslužuje samo zakon koji je dobro napisan i još bolje primenjen. Sve do sada rečeno čini nemogućim da pouzdane komentare takvih zakona objavljuju dokazani „pravni autoriteti“, koji bi odgovarajućim smernicama svakako doprineli ujednačenoj primeni prava.¹⁴

2.4. Neusklađenost (protivrečnost)

Savremeno zakonopisanje odlikuje nedostatak sistemskog pristupa. Zakoni koji se usvajaju često su neusklađeni sa matičnim zakonom iz oblasti na koju se odnose, ali i drugim po materiji bliskim propisima. Otuda povodom pojedinih instituta dolazi do kolebanja koju od više različitih normi primeniti u konkretnom slučaju, da li onu koja nam izgleda kao *lex specialis* ili onu koja je *lex posteriori*.

2.5. Nedorečenost

Savremeni normotvorci ne poklanjaju dovoljno pažnje tzv. *intertemporalnom* sukobu zakona. Prelazne i završne odredbe u našim zakonima često izgledaju kao da se zakonodavac pred kraj procesa umorio pa nije imao dovoljno snage da celu stvar izvede do kraja. Ako je odnos starog i novog zakona nejasan,

¹⁴ Upor. *ibid.*, str. 77.

ishod svakog pojedinačnog spora je krajnje neizvestan i više liči na „odlazak u kladionicu“ nego na sudski postupak zasnovan na načelu pravne sigurnosti.

3. O PROMENI SUBJEKATA – *IN CONCRETO*

3.1. Napuštanje ideje o obligaciji kao ličnoj vezi

Tražbina je u rimskom pravu isprva smatrana neodvojivom od ličnosti.¹⁵ „Staro *ius civile* je gledalo na obligacije ne samo kao na odnos *inter partes*, već kao odnos *intuitu personae*.“¹⁶ To zato što se ugovaranju pristupalo kao religijskom ritualu,¹⁷ u kome se ugovornici „pred božanstvom“ zaklinju da neće izneveriti obećano.¹⁸

Suprotno tome, današnji ugovorni odnosi nisu zasnovani na afilijaciji već su, uglavnom, rezultat optimizacije troškova i koristi. Sve duži vremenski period od zaključenja ugovora do njegovog ispunjenja, sve veća udaljenost od mesta ugovaranja do mesta ispunjenja, međusobno nepoznavanje, često i anonimnost ugovornika (vremenska, prostorna i personalna distanca), uz odbacivanje formalizma, u savremenom ugovornom pravu širom su „otvorili vrata“ promeni subjekata na aktivnoj i pasivnoj strani u obligacionom odnosu.

Obligacija nije više lična već (bipolarna) pravna veza (*vinculum iuris*) i, po pravilu, prometljivo dobro. Za razliku od materijalnih dobara, koja mogu biti stvorena, ali i prisvojena iz prirode, potraživanje i dug su bezizuzetno ljudske tvorevine. Mogućnost da se na drugoga prenese tražbina kao imovinska vrednost nikada nije bila sporna u meri u kojoj je to bio slučaj sa ustanovom preuzimanja duga koji, posmatran izolovano, ima negativnu vrednost („anti-

¹⁵ *Nomina ossibus inhaerent*. R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundation of Civilian Tradition*, Oxford 1996, str. 58.

¹⁶ D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1985, str. 208.

¹⁷ U arhaičnom pravu se verovalo da je obligacija religijska veza između dve ličnosti, što je onemogućavalo promenu subjekata njihovom voljom. A. Malenica, *Rimsko pravo*, Novi Sad 2003, str. 255.

¹⁸ Magične reči izgovarane u stipulaciji: „...Fidepromittis? Fidepromitto; Fideiubes? Fideiubeo...“, koje neki autori prevode kao „...Časti ti? Časti mi; Zaklinješ li se čašću? Zaklinjem se čašću...“, isprva su verovatno imale značenje zaklinjanja božanstvu. N. Tešić, *Causa and bona fides – A legal and etymological study, Private Law Reform in South East Europe*, Liber Amicorum Christa Jessel-Holst (eds. M. Vasiljević, R. Kulms, T. Josipović, M. Stanivuković), Belgrade 2010, str. 429–432.

dobro“).¹⁹ Izgleda da je daleko lakše spoznati razloge zbog kojih je neko spreman da stane u cipele imaoca tražbine²⁰ – onoga koji nešto potražuje, nego u „bukagije“ onoga koji nekome duguje.²¹

Subjekti sadržinski ne određuju obligaciju. I pored njihove zamene, identitet obligacije biva nepromenjen. Tražbina i dug se prenose takvi kakvi jesu. Kod cesije²² pribavilac stiče tražbinu uz prenos sporednih prava.²³ Kod preuzimanja duga²⁴ preuzimalac ne duguje ni manje ni više od prvašnjeg dužnika. Ako su ugovoreni ugovorna kazna,²⁵ kapara²⁶ i odustanica preuzimanjem duga ne prestaju.²⁷

¹⁹ Pravo potraživanja na osnovu koga poverilac može da zahteva od dužnika izvesno dobro i samo za sebe je dobro. Tako o bestelesnim dobrima (fr. *biens incorporels*). Jean Carbonnier, *Droit civil, Les biens Les obligations*, Volume II, Paris, str. 1604. Tražbina ima binarnu prirodu, jednovremeno je veza (fr. *lien*) i dobro (fr. *bien*), poverilac je strana u obligacionom odnosu, ali i imalac tražbine. Laurent Aynès, *La Cession de Contract*, at *Les Opérations Juridiques à Trois Personnes*, Paris 1984, str. 33.

²⁰ Poverilac ima potraživanje *in bonis habere*. On je „titular tražbine“, to jest lice kome tražbina kao subjektivno pravo isključivo pripada. Opširnije o bonitetskoj subdimenziji tražbine vid. N. Tešić, *Prodaja i prenos potraživanja*, Beograd 2012, str. 82.

²¹ Dok je prenos tražbine lakše razumeti kao funkcionalni ekvivalent prenosu svojine, u pogledu preuzimanja duga mnogo toga biva nelogično. Osim stanovišta o ličnom karakteru duga, kao prepreka njegovom preuzimanju javlja se i stav da dug po svojim svojstvima nije imovinsko dobro i bestelesna stvar. Dug nije u dužnikovoj već (kao tražbina) u poveriočevoj imovini. Dužnik ima samo pravo da od poverioca zahteva prijem ispunjenja. M. Karanić, *Promena dužnika*, JP Službeni glasnik, Beograd 2017, str. 48.

²² U Skici (Deo peti „Promena poverioca ili dužnika“, Odeljak prvi „Ustupanje potraživanja ugovorom ili cesijom“) čl. 360–370; u ZOO (Glava VI „Promena poverioca ili dužnika“, Odeljak 1 „Ustupanja potraživanja ugovorom (cesijom)“, čl. 436–445. Vid. čl. 644–653 Građanskog zakonika Republike Srbije, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu, sa alternativnim predlozima, 29. maj 2015. (dalje: Prednacrt SGZ).

²³ O akcesornosti hipoteke u odnosu na tražbinu (u pripadanju i prenosu) vid. M. Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd 2010, str. 124–125.

²⁴ U Skici (Deo peti „Promena poverioca ili dužnika“, Odeljak drugi „Promena dužnika“, Glava I „Preuzimanje duga“), čl. 371–375 ; u ZOO (Glava VI „Promena poverioca ili dužnika“, Odeljak 2 „Promena dužnika“, Odsek 1 „Preuzimanje duga“), čl. 446–450; u Prednacrtu SGZ čl. 654–658.

²⁵ M. Konstantinović, *Priroda ugovorne kazne. – Smanjenje od strane suda*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu (APFB)* 2/53, str. 209–215; 3–4/82, str. 520–526.

²⁶ D. Hiber, *Predugovor obezbeđen kaparom kod ugovora o prometu nepokretnosti u pravu Srbije*, *APFB* 3/2018, str. 50–87.

²⁷ Jemsto i zaloga prestaju ako jemac i preuzimalac ne pristanu da odgovaraju za novog dužnika. Opširnije o sudbini sporednih prava kod preuzimanja duga vid. O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2012, str. 130–131.

3.2. Nešto drugačije teorijsko razumevanje cesije

Uz dominantno stanovište u srpskom pravu o prirodi cesije kao ugovorne subrogacije na aktivnoj strani obligacionog odnosa,²⁸ pojedini autori nude i nešto kompleksnije razumevanje cesije, prema kojem cesija nije „prevrat“ (smena) aktivnog subjekta u izvornom obligacionom odnosu već preobražaj dvostranog odnosa u trojnu obligacionopravnu vezu: cesus – cedent – cesionar, koja je po mogućnosti svake od strana da nju utiče – „trijumvirat“.²⁹ Cesionar je, dakle, novi titular tražbine, a ne nova strana u obligacionom odnosu.³⁰

Ustupiočeva „vlastina“³¹ na tražbini usled cesije, kao posla raspolaganja, prelazi na prijemnika, postaje deo njegovog imanja. Cesija je, dakle, akt dispozicije³² kojim cesionar smenjuje cedenta kao imaoca potraživanja ne potiskujući ga pritom iz izvornog obligacionog odnosa.³³

Nezavisno od toga da li prihvatamo stanovište da je poverilac „vlasnik tražbine“ ili tvrdnju da poverilac u potraživanju ima samo jedan pravni prerogativ suprotstavljiv trećim licima, tražbina je deo imetka kojim poverilac može trgovati i kojim jemči za svoje dugove. Ona je dobro u imanju poverioca koji na njemu možda nema svojinu (u užem smislu), ali njime gospodari (upravlja i raspoláže) po svom nahodanju, dakle ima svojinu u širem smislu – „vlastinu“.

U tražbini zajedno bivstvuju: pravna veza (*vinculum iuris*), na osnovu koje poverilac može zahtevati od dužnika određenu činidbu, i dobro (*bonum*), u po-

²⁸ Prof. Vodinelić karakteriše ustupanje potraživanja kao posao raspaganja kod kojih se prenos kao krajnja svrha posla ostvaruje samim poslom ako je preduzet od imoca prava, dok poslovi obvezivanja stvaraju obavezu, a tek izvršenjem te obaveze ostvaruje se svrha posla. O podeli na pravne poslove raspolaganja i pravne poslove obezivanja. V. Vodinelić, Građansko pravo, Beograd 2012, str. 448–449.

²⁹ Nenad Tešić, Prodaja i prenos potraživanja, 466.

³⁰ Cedent, kao neposredni sticalac tražbine, menja svoju prvašnju ulogu, ali je i nakon cesije većinski gospodar (ostatka) izvornog obligacionog odnosa. Ako pogledamo pažljivije, integralni prenos se dešava samo u slučaju ustupanja ugovora kao takvog – kada pribavilac ne postaje samo novi imalac potraživanja (nem. *neuer Inhaber der Forderung*) nego istovremeno i novi dužnik protivpotraživanja (nem. *neuer Schuldner der Gegenforderung*). I. Schwenzler, Zession und sekundäre Gläubigerrechte, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Band 182, 1982, str. 219.

³¹ Ovde termin „vlastina“ nije sinonim za svojinu, kao najšire stvarno pravo na telesnoj stvari (*plena in re potestas*), već upućuje na isključivo pripadanje tražbine određenom licu.

³² Koji dovodi do derivativnog sticanja, odnosno translativnog prenosa (prim. aut.).

³³ M. Lukas, Zession und Synallagma, Wien, str. 11.

gledu koga imalac potraživanja ima „vlaštinu“ (*dominium*). Cesijom, „vlaština“ na tražbini iz imovine ustupioaca prelazi u imanje pribavioaca.³⁴

3.3. Nešto drugačija taksonomija slučajeva promene ličnosti koja duguje

U srpskoj pravnoj književnosti novijeg datuma izneto je stanoviše da promene subjekata na pasivnoj strani obligacije mogu biti eksterne kada se zasnivaju na sporazumu poverioca i trećeg lica i interne kada su zasnovane na sporazumu dužnika i preuzimaoca.

Ako se inicijalni dužnik oslobađa obaveze, ona je translativna (oslobađajuća), a ako se provobitni dužnik ne oslobađa obaveze pa pored njega istu činidbu duguje još neko, promena dužnika je kumulativna (neprava).³⁵ Shodno toj taksonomiji, preuzimanje duga je interna oslobađajuća promena dužnika,³⁶ dok je pristupanje dugu eksterna kumulativna promena dužnika.³⁷

3.4. Još neki slučajevi promene subjekata

U kojoj meri je kreiranje sasvim koherentnog sistema obligacionog prava u izvesnom smislu Sizifov posao pokazuje i sledećih nekoliko slučajeva koji se odnose na promenu subjekata.

Do ustupanja ugovora dolazi na osnovu trostranog sporazuma ili sporazuma poverioca sa trećim licem, kada uz saglasnost dužnika treće lice stiče položaj ugovorne strane.³⁸ Iako se u pravnoj teoriji ustupanje ugovora navodi kao

³⁴ Vid. Nenad Tešić, Prodaja i prenos potraživanja, 478.

³⁵ M. Karanikić Mirić, Promena dužnika, str. 28.

³⁶ „Preuzimanjem duga preuzimalac stupa na mesto predašnjeg dužnika, a ovaj se oslobađa obaveze.” Čl. 371(1) Skice; čl. 448 (1) ZOO; čl. 654 (1) Prednacrta SGZ.

³⁷ „Ugovorom između poverioca i trećeg, kojim se ovaj obavezuje poveriocu da će ispuniti njegovo potraživanje od dužnika, treći stupa u obavezu pored dužnika.” Čl. 376 (1) Skice; čl. 451 (1) ZOO; čl. 659 (1) Prednacrta SGZ.

³⁸ V. Stanković, Ustupanje ugovora, Pravni život 12/1973, str. 15–16. Pristanak na promenu ugovorne strane ustupanjem ugovora trećem licu, sa svim ugovornim pravima i obavezama, mora biti učinjen izričitom izjavom, jer ćutanje ne znači pristanak. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 488/2016 od 3. novembra 2016. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten 1/2017. Izgleda da se u nekim slučajevima ta saglasnost ne može uskratiti. Tako, na primer, kod tzv. prenosa telefonskog broja koji je na raspolaganju krajnjem korisniku javne telefonske usluge u odnosu na pružaoca usluga ili operatora telefonske mreže, stoji obaveza druge ugovorne strane da takav prenos omogući. Opširnije o prenosivosti

promena subjekata u obligaciji, u ZOO ustupanje ugovora nije normirano u odeljku koji nosi naslov promena dužnika ili poverioca.³⁹ Slično je i kod ispunjenja sa subrogacijom kada platac stupa na mesto predašnjeg poverioca faktom ispunjenja (prestanak) tuđeg duga, zbog čega je taj institut, mada po svojoj prirodi ujedno i promena subjekata u obligaciji, regulisan u onom odeljku ZOO koji se odnosi na načine prestanka obaveze.⁴⁰

4. PROMENA SUBJEKATA NA AKTIVNOJ STRANI OBLIGACIJE

4.1. Ugovorno ustupanje tražbine (cesija)

4.1.1. Upravljanje problematičnim zajmovima

Ako se na trenutak osvrnemo na trenutne društvene potrebe u pogledu promene subjekata obligacije, onda je nesporno da je od svih pravnih instituta koji se mogu svrstati u tu grupu najaktuelnija prodaja teško naplativih potraživanja.⁴¹ Određenim subjektima na tržištu tražbina daleko su poželjnija tzv. rizič-

telefonskog broja (eng. *number portability*, nem. *Rufnummernportabilität*) koja, kao institut telekomunikacionog prava, predstavlja mogućnost krajnjeg korisnika da nastavi da koristi isti telefonski broj u slučaju prelaska kod drugog operatora (pružaoca telekomunikacionih usluga), promene telekomunikacione usluge i/ili mesta njenog korišćenja, vid. M. Marković, Prenosivost telefonskog broja u telekomunikacionom pravu, Pravo i privreda 5–8/2007, str. 728.

³⁹ U Skici (Glava VI „Dvostrani ugovori”, Odsek IX „Ustupanje ugovora“, čl. 112–114 ; u ZOO (Odsek 5 „Dvostrani ugovori“, Rumbrum IX „Ustupanje ugovora“), čl. 145–147; u Prednacrtu SGZ čl. 286–288.

⁴⁰ U Skici (Deo treći „Prestanak Obveza“, Odsek III „Ispunjenje sa subrogacijom – Ugovorna subrogacija“), čl. 244; u ZOO (Glava IV „Prestanak obaveza“, Odeljak 2 „Ispunjenje“, Rumbrum II „Ispunjenje sa subrogacijom“), čl. 299–304; u Prednacrtu SGZ čl. 490–495.

⁴¹ Tri fonda „B2“, „APS holding“ i „EOS matriks“ otkupili su od srpskih banaka nenaplative kredite vredne čak 94 milijarde dinara (<http://rpkn.com/trgovina-problematicnim-zajmov-ima-strani-fondovi-od-banaka-kupuju-nenaplative-kredite/>, 10. novembar 2018). Upravljanje jednim brojem banaka u stečaju u većinskom državnom vlasništvu preuzela je Agencija za osiguranje depozita (<http://www.aod.rs/naplata-potrazivanja.html>, 10. novembar 2018). S tim u vezi, „Agencija za osiguranje depozita objavila je poziv za prodaju portfelja potraživanja banaka u stečaju, kao i potraživanja u ime i za račun Republike Srbije, a u iznosu od oko 240 miliona evra. „Mali: Objavljen poziv za prodaju starih potraživanja”, Tanjug, 11. oktobar 2018. (<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:754319-Mali-Objavljen-poziv-za-prodaju-starih-potrazivanja>, 10. novembar 2018).

na potraživanja. Prirodno, nekad se razlog takve privlačnosti krije u prostom trgovačkom principu da svaka roba ima svog kupca, ali i cenu.⁴²

Statistika kaže da je svaki šesti zajam koji su banke odobravale firmama u Srbiji danas teško ili nemoguće naplatiti. Banke se problematičnih kredita rešavaju na dva načina: otpisom i prodajom. Prema Narodnoj banci Srbije, zahvaljujući sistematskom pristupu rešavanju pitanja problematičnih kredita, njihovo učešće u ukupnim kreditima bankarskog sektora smanjeno je tokom tri godine sa 22,4% u julu 2015. godine na 7,8 % u junu 2018. godine, što je najniži nivo loših zajmova još od 2008. godine.⁴³ Značajan pomak u rešavanju loših zajmova ostvaren je zahvaljujući kombinovanim efektima primene Strategije za rešavanje problematičnih kredita i Odluke o računovodstvenom otpisu bilansne aktive.⁴⁴

4.2. Forma cesije

Iako bavljenje formom osnova ustupanja donekle odstupa od glavne linije naše analize, ono je značajno za njenu zaokruženost, naročito zbog toga što je pitanje forme ugovora o cesiji izazvalo ozbiljne nedoumice u poslovnoj praksi. U odlukama srpskih sudova dominantno je stanovište da „ugovor o cesiji predstavlja samostalni pravni posao i pismena forma nije uslov njegove punovažnosti, već se u pogledu forme primenjuju opšta pravila, osim ukoliko

⁴² „Od kakvoće nekog potraživanja, odnosno od okolnosti da li je ono dospelo ili nedospelo, zastarelo ili civilno, obezbeđeno ili neobezbeđeno, sporno ili utvrđeno pravnosnažnom presudom, odnosno izvršnom ispravom, kao i okolnosti prema kome je neka tražbina usmerena – solventnom ili insoventnom dužniku, da li duguje domaće ili strano privredno društvo, da li potencijalni kupci tražbine imaju poslovni interes da takav dužnik opstane i sl. zavisice i tražnja za određenim potraživanjem i njegova cena.“ N. Tešić, *Prenos prava i obaveza u okviru načela formalnog legaliteta*, *Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2014, str. 321.

⁴³ „Loši zajmovi pali na trećinu“, 20. avgust 2018. (www.novosti.rs/2Fvesti%2Fnaslovna%2Fekonomija%2Faktuelno.239.html%3A765-Losi-zajmovi-pali-na-trecinu448&oq, 10. novembar 2018).

⁴⁴ U zakonodavnoj reformi koja se tiče upravljanja tražbinama u Republici Srbiji uvojen je i Zakon o faktoringu Sl. glasnik RS 62/2013 i 30/2018. Ipak, čini se da, osim teorijske rasprave o tom poslu, faktoring nije zaživeo na onaj način kako je to slučaj u razvijenim tržišnim privredama. V. Marković, *Ugovor o faktoringu u pravu Republike Srbije*, *Pravni zapisi* 2/2014, str. 493–504; M. Krvavac, *Ugovor o faktoringu*, *Pravni život* 11/2003, str. 497–507; Jelena Perović, *Moderni ugovori, Komparativna analiza – faktoring*, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Knjiga III*, Cavtat 2010.

se ugovorom ustupa neko potraživanje, koje potiče iz ugovora, koji po zakonu mora da se zaključi u propisanoj formi“.⁴⁵

Za delatnost trgovine potraživanjima naročito je značajno da kupac tražbine obezbeđene izvršnom vansudskom hipotekom kupujući takvu tražbinu stekne mogućnost da pokrene sudski i vansudski postupak namirenja. Prema Zakonu o hipoteci, potraživanje obezbeđeno hipotekom može da se ustupi na osnovu ugovora između poverioca i lica kome se potraživanje ustupa.⁴⁶ Taj ugovor se zaključuje u formi propisanoj za ugovor o hipoteci.⁴⁷ Kako se ugovor o hipoteci, odnosno založna izjava u onim slučajevima kada se upisuje u registre nepokretnosti kao „izvršna vansudska hipoteka“, zaključuje, odnosno daje u formi javnobeležničkog zapisa, pravilo o „paralelizmu formi“ nalaže da se i ugovor o ustupanju tako obezbeđene tražbine zaključuje u istovetnoj formi. Ako je, u našem pravnom sistemu, ugovor o izvršnoj hipoteci zaključen pre početka obavljanja delatnosti javnih beležnika, i to u pismenoj formi, sa potpisima overenim u sudu, onda i ugovor o ustupanju tako obezbeđene tražbine može biti zaključen u pismenoj formi uz overu potpisa stranaka od javnog beležnika. Čini se da kupce tražbina u poslovnoj praksi naročito zanima odgovor na pitanje u kojoj formi treba zaključiti ugovor o ustupanju zbira (portfolija) potraživanja, od kojih su neke tražbine sasvim neobezbeđene, a druge obezbeđene hipotekom koja je po pravilu izvršna. Čini se da i ovde važi opšte pravilo iz čl. 69 ZOO da ugovorne strane mogu stipulisati i viši stepen forme u odnosu na propisani, na primer tako što će obezbeđena i neobezbeđena potraživanja u paketu ustupiti ugovorom zaključnim u formi javnobeležničkog zapisa. Pritom je prirodno da, vodeći računa o troškovima transakcije, ugovornici mogu potraživanja obezbeđena izvršnom hipotekom posebno ustupiti ugovorom zaključenim u formi zapisa, dok će za neobezbeđena potraživanja zaključiti drugi ugovor o cesiji u pismenoj formi „običnom“ overom potpisa.

⁴⁵ Kako je posebnim zakonom propisano da se ugovor o prometu nepokretnosti zaključuje u pismenoj formi, zaključuje se, shodno pravilima obligacionog prava o formi ugovora, da uslov pismene forme treba ispuniti i u drugim aktima koji se odnose na taj pravni posao, pa i cesiju. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 986/2013 od 21. marta 2013.

⁴⁶ Vid. čl. 20 (1) Zakona o hipoteci (ZoH), Sl. glasnik RS 115/2005, 60/2015, 63/2015 – odluka US i 83/2015. „Hipotekar može da raspolaže obezbeđenim potraživanjem posredstvom ustupanja (cesije) ili njegovim zalaganjem (zasnivanjem nadhipoteke).“ Isto dejstvo kao i cesija imaju i slučajevi zakonske ili ugovorne personalne subrogacije. Vid. D. Hiber, M. Živković, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja, Beograd 2015, 251.

⁴⁷ Čl. 20 (3) (1) ZoH u pogledu forme ugovora o ustupanju potraživanja obezbeđenog hipotekom upućuje na čl. 10 (1) ZoH.

S obzirom na to da se zakonopisac ovde služi upućujućom normom, njena konkretizacija dopušta različita tumačenja. Tako se tom pitanju može pristupiti i nešto drugačije, uzevši pre svega u obzir da se u takvim ustupanjima, po pravilu, cediraju potraživanja iz ugovora o kreditu. Ako je za ugovor o kreditu propisana pisana forma (čl. 1066 ZOO), zašto bi za ustupanje takvog potraživanja bio potreban viši stepen forme? Ipak, smatramo da se prilikom ustupanja obezbeđenog potraživanja ne može zanemariti okolnost da sa takvim potraživanjem na pribavioca prelazi i izvršna hipoteka. Pravnopolitički ciljevi koji su naveli zakonodavca da upravo za ugovor o hipoteci i založnu izjavu kao osnove za zasnivanje izvršne hipoteke propiše formu javnobeležničkog zapisa odnose prevagu i za naše opredeljenje za istovetnu formu ugovora o ustupanju tako obezbeđene tražbine.⁴⁸

4.3. Ugovorna cesija potraživanja iz izvršne isprave

4.3.1. Može li se u ustupanju tražbine razlikovati „prelaz“ i „prenos“?

Po pravilu, postupak izvršenja inicira lice u čiju korist glasi odgovarajuća izvršna isprava. Ipak, u nekim slučajevima, pravno dozvoljena sukcesija dovodi do neusklađenosti između subjekta koji je kao poverilac naznačen u izvršnoj ispravi i lica koje je kao poverilac navedeno u predlogu za izvršenje. U nekim odlukama Privrednog apelacionog suda u Beogradu o pravu lica koje u izvršnoj ispravi nije naznačeno kao poverilac da se na osnovu overenog ugovora o cesiji u izvršnom postupku pojavi kao izvršni poverilac (odstupanje od načela formalnog legaliteta), taj sud iznosi stanovište koje predstavlja oštar zaokret u tom pravnom pitanju i zasniva se na negaciji istovetnosti pojmova „prenos i prelaz potraživanja“.⁴⁹

U konkretnom slučaju izvršni poverilac je bila kompanija iz Vršca, a osnov izvršenja je predstavljao ugovor o hipoteci overen kod Prvog osnovnog suda

⁴⁸ Upor. N. Tešić, Kako rasplakati Eshila? – O pravnotragičnoj restriktivnosti u tumačenju pojma „prelaz potraživanja“, str. 98. U tom kontekstu valja, pre svega, istaći zaštitnu funkciju forme koja se ogleda kako u čuvanju interesa ugovornika, tako i javnog interesa, ali se ne sme zanemariti ni kontrolna funkcija forme. Opširije o kontrolnoj funkciji forme koja nadležnim organima između ostalog nudi podatke o vremenu i vrednosti prometa vid. N. Tešić, O značaju forme za promet nepokretnosti – analiza sudske prakse pre uvođenja javnobeležničkog zapisa u srpsko pravo, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije (2014)*, (ur. Vuk Radović), Beograd 2014, str. 510.

⁴⁹ Rešenje Privrednog apelacionog suda 3 Iž 713/16 od 5. januara 2017. (iz arhive Suda, dalje: PAS).

u Beogradu. Po toj izvršnoj ispravi hipotekarni poverilac je kompanija koja je osnovana i postoji na Britanskim Devičanskim Ostrvima, dužnik je kompanija inkorporisana na Kipru, dok je hipotekarni dužnik preduzeće iz Beograda. Ugovorom o ustupanju potraživanja kompanija sa Devičanskih Ostrva je prenela potraživanje na kompaniju iz Vršca, s tim što je zajedno sa potraživanjem na prijemnika prešla i hipoteka. Postupajući po predlogu za izvršenje uz koji su dostavljeni ugovor o hipoteci, ugovor o ustupanju potraživanja i izvod iz lista nepokretnosti na kojima se predlaže izvršenje, prvostepeni sud je doneo rešenje o izvršenju. Pazeći po službenoj dužnosti na pravilnu primenu materijalnog prava, u tom slučaju materijalnog prava iz čl. 48 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Privredni apelacioni sud je našao da je žalba izvršnog dužnika osnovana. „Ovaj sud nalazi da aktuelni Zakon o izvršenju i obezbeđenju,⁵⁰ sada dozvoljava mogućnost da se izvršni postupak vodi, a time i odredi izvršenje i na predlog i u korist lica koje kao izvršni poverilac nije označeno u izvršnoj ispravi, samo u slučaju prelaza potraživanja. Dakle ne i u slučaju prenosa potraživanja. (...) Mogućnost prenosa potraživanja kada je u pitanju izvršna, a sada po prvi put i verodostojna isprava, aktuelni ZIO u čl. 48 ne poznaje i ne propisuje. U tom smislu, jedino odstupanje od načela formalnog legaliteta jeste u situaciji kada je reč o prelazu potraživanja. (...) Stoga imajući u vidu da je reč o odstupanju od načela formalnog legaliteta, te imajući u vidu ranija rešenja iz prethodnih zakona koji su regulisali postupak izvršenja (...), prema nalaženju Privrednog apelacionog suda nema mesta širem tumačenju čl. 48 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, tj. da se pod prelazom potraživanja smatra i prenos potraživanja. Naime do prelaza potraživanja dolazi na osnovu činjenica utvrđenih zakonom, dok je kod prenosa potraživanja drugačije, jer prenos podrazumeva da jedno lice putem pravnog posla prenese drugom licu potraživanje, a što se desilo u ovom slučaju ugovorom o ustupanju potraživanja. (...) Imajući gore navedeno u vidu, kako privredno društvo iz Vršca nije lice koje je kao izvršni poverilac naznačeno u izvršnoj ispravi, a nije reč o prelazu potraživanja nego je potraživanje preneseno, to se ovo lice ne može osnovano legitimisati kao izvršni poverilac na osnovu Ugovora koji za predmet ima prenos potraživanja jer Zakon o izvršenju i obezbeđenju ne propisuje takvu mogućnost.“⁵¹

⁵⁰ Zakon o izvršenju i obezbeđenju (ZIO), Sl. glasnik RS 106/2015, 106/2016 – autentično tumačenje i 113/2017 – autentično tumačenje.

⁵¹ Uz mala odstupanja u obrazloženju u sličnim pravnim situacijama kada je sa izvršnim poveriocem zaključen ugovor o ustupanju potraživanja, PAS je odlučivao identično. „Dakle imajući u vidu da je reč o odstupanju od načela formalnog legaliteta, a imajući u vidu i

Sve to je otvorilo nekoliko zamršenih dilema.

- Da li je naše pravo izvršenja do sada pravilo bilo kakvu razliku između prenosa i prelaza potraživanja?
- Da li je zakonodavac imao bilo kakvu nameru da se u sferi ovog izuzetka od načela formalnog legaliteta bilo šta promeni, a ako je i postojala takva namera, da li je ona bila usmerena na širenje ili na sužavanje tog izuzetka?
- Da li naše obligaciono pravo pravi bilo kakvu razliku između prenosa i prelaza potraživanja, odnosno da li se negde u pravničkoj literaturi može pronaći kakva definicija po kojoj do prelaza potraživanja dolazi isključivo na osnovu činjenica utvrđenih zakonom, dok do prenosa potraživanja dolazi pravnim poslom?
- Da li bi korekcija u naslovu ugovora o cesiji tako da se ovaj jednostavno nazove ugovor o prelazu potraživanja, te da se izraz prelaz potraživanja nadalje dosledno i bez izuzetka koristi u samom tekstu ugovora nešto promenila ili bi se možda ubrzo u „pravnom prostoru“ suočili sa konstatacijom da je takav ugovor ništav, pošto se prelaz potraživanja uopšte i ne može stipulisati ugovorom?⁵²

4.3.2. Može li pravna nauka izvesti „zabludeli“ sud na prav(n)i put?

Iskazana restriktivnost PAS-a u tumačenju čl. 48 ZIO (2015) ozbiljno je uznemirila sve one pravnike u Republici Srbiji koji su zaduženi za staranje o problematičnim plasmanima (eng. *Non performing loans* – NPL). Iako se pravničkoj javnosti činilo da odnosna norma ne dozvoljava raznovrsnost u interpretaciji, čitava jedna privredna grana se našla u čudu suočena sa saznanjem da će kupci obezbeđenih tražbina, bez obzira na to što je njihov pravni pret-

ranija rešenja iz prethodnih zakona, koji su u svojim odredbama sadržali i prenos i prelaz potraživanja po oceni drugostepenog suda, odredba člana 48 ZIO mora se tumačiti onako kako glasi, te do promene izvršnog poverioca označenog u izvršnoj ispravi i onog označenog u predlogu može doći isključivo prelazom, a ne i prenosom potraživanja.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda 5 Iž 337/16 od 10. novembra 2016. godine (iz arhive PAS-a). „Kako je u pitanju ostvarivanje novčanog potraživanja na osnovu izvršne isprave iz čl. 41, stav 1, tačka 4 Zakona o izvršenju i obezbeđenju (založne izjave) u kojoj izvršni poverilac nije označen, izvršni poverilac je bio u obavezi da dokaže da je potraživanje iz izvršne isprave prešlo na njega“. Međutim, prema stanovištu Suda, „ugovor o ustupanju potraživanja... nema snagu isprave u smislu člana 48 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.“ Rešenje Privrednog apelacionog suda 6 Iž 268/17 od 2. marta 2017. (iz arhive PAS-a).

⁵² Upor. N. Tešić, Kako rasplakati Eshila? – O pravnotragičnoj restriktivnosti u tumačenju pojma „prelaz potraživanja“, str. 80.

hodnik imao izvršnu ispravu u odnosu na dužnika, svoje potraživanje stečeno na osnovu uredno overenog ugovora o ustupanju morati da dokazuju u parnici.

Nakon što je se pravna nauka „biranim rečima“ izjasnila da na strani zakonodavca očigledno, naspram odnosne norme iz čl. 23 ZIO (2011), nije postojao *animus novandi*⁵³ i da tako usko tumačenje člana 48 ZIO (2015) jednostavno ne pogađa suštinu odnosne norme, usledio je „kopernikanski obrt“.

„U postupcima pred Osnovnim sudom u Paraćinu izvršni poverioci, zaposleni ‘Doma zdravlja Čuprija’ u Čupriji podneli su predloge za izvršenje Spp 2/2017 2 na osnovu izvršnih isprava-pravnosnažnih presuda, protiv izvršnog dužnika ‘Doma zdravlja Čuprija’ i Opštine Čuprija. Opština Čuprija u izvršnoj ispravi-presudi nije bila tužena-dužnik, jer u parničnom postupku nije bila stranka. Svoj zahtev o odgovornosti Opštine Čuprija izvršni poverioci su zasnovali na okolnosti da je Opština osnivač Zdravstvene ustanove ‘Dom zdravlja Čuprija’ i da je kao osnivač u obavezi da u nedostatku finansijskih

⁵³ Stav Suda da se izraz „prenos potraživanja“ odnosi samo na ugovorno ustupanje tražbine, a izraz „prelaz potraživanja“ samo na slučajevne promene imaoca tražbine do kojih dolazi na osnovu zakona stvara veštačku granicu između ta dva pojma i ne doprinosi uspostavljanju vladavine prava i poverenju građana i privrede u pravosudni sistem Republike Srbije, pa bi ga iz tog razloga, u interesu pravne sigurnosti, trebalo iznova ispitati i što pre korigovati u skladu sa stvarnim smislom predmetne norme. 1) *Jezičkim tumačenjem* odnosne norme u prethodnim zakonima koji su regulisali istu materiju Zakona o izvršnom postupku (2004) i ZIO (2011), kao i uporednopravne analize zakonskih tekstova u regionu jugoistočne Evrope koji koriste iste pravnotehničke izraze „prelaz i prenos potraživanja“ može se jasno zaključiti da su ta dva termina jednoznačna, da se pojavljuju naizmenično na istom mestu u tekstu norme, te da jedan izraz dolazi na mesto drugog bez promene suštine norme. 2) *Istorijskim tumačenjem* norme iz čl. 48 ZIO na osnovu proučenih pripremljenih radova, a naročito Obrazloženja uz nacrt Zakona, javne rasprave o nacrtu Zakona i skupštinske rasprave o predlogu Zakona ne može se zaključiti da predmetnu normu treba usko tumačiti. Ako je i postojala namera zakonodavca da nešto u toj normi promeni, onda je planirana izmena išla u sasvim drugom pravcu ka širenju izuzetka od načela formalnog legaliteta (i na ustupanje potraživanja iz verodostojnih isprava), a ne ka njegovom sužavanju. 3) *Sistemska tumačenje* te norme nas takođe ne može dovesti do takvog zaključka. Ako se pažljivo sagleda značenje reči prelaz potraživanja i prenos potraživanja u drugim normama ZIO, kao istog pravnog izvora, ali i drugih pravnih izvora u okviru istog sistema (ZOO) i Zakona o privrednim društvima, nema mesta zaključku da sticalac tražbine na osnovu zakona stiče šira ovlašćenja od sticaoca tražbine na osnovu ugovora. Ako se *ciljno tumačenje* zasniva na tezi da se u cilju, odnosno svrsi pravnog akta uvek nalaze određene društvene vrednosti kojima pravna norma i služi, onda se iz tumačenja PAS-a iskazanog u analiziranoj odluci ne može sa sigurnošću zaključiti koje društvene vrednosti se takvim razumevanjem predmetne norme zaista štite. Ovo iz razloga što dužnikov pravni položaj ni po čemu nije izmenjen ustupanjem, a prijemnik, kao novi poverilac, ima prema dužniku ista prava koja je imao i ustupilac. N. Tešić, Kako rasplakati Eshila? – O pravnotragičnoj restriktivnosti u tumačenju pojma „prelaz potraživanja“, str. 107–108.

sredstava u sistemu obaveznog zdravstvenog osiguranja obezbedi između ostalog isplatu plata zaposlenih, dodataka kao i drugih naknada u skladu sa zakonom.“

Prvostepeni sud je podneo predlog za rešenje spornog pravnog pitanja. Vrhovni sud se o ovom predlogu izjasnio na sledeći način:

„Pravila o promeni izvršnog poverioca i izvršnog dužnika u toku izvršnog postupka suštinski su nepromenjena, bez obzira na činjenicu što je sada naslov člana 48. ‘Prelaz potraživanja’ umesto ranijeg ‘Prenos i prelaz’ i što su izvršnim ispravama dodate i verodostojne isprave. Očigledno je da je novi zakon oba pojma ujedinio u jedan (prelaz potraživanja)...“⁵⁴

Na tom talasu, u formi autentičnog tumačenja, reagovala je i Narodna skupština Republike Srbije, čime je to pravno pitanje i konačno razrešeno.

Predmetnu odredbu zakona „treba razumeti tako da zakonski izraz ‘prelaz’ potraživanja ili obaveze u sebi obuhvata i prenos potraživanja ili obaveze. ‘Prelaz’ potraživanja ili obaveze ima opšte značenje i sadrži sve oblike sukcesije potraživanja ili obaveza, bilo da do sukcesije dolazi za vreme postojanja pravnog subjektiviteta ili nakon njegovog prestanka. Ili, rečeno terminologijom odredbe člana 23. ranije važećeg Zakona o izvršenju i obezbeđenju,⁵⁵ ‘prelaz’ obuhvata i ‘prenos i prelaz na drugi način’. Stoga se i ‘prenos’ potraživanja ili obaveze dokazuje javnom ili po zakonu overenom ispravom, a ako to nije moguće pravnosnažnom ili konačnom odlukom donetom u parničnom, prekršajnom ili upravnom postupku“.⁵⁶

4.4. Ustupanje tražbina prema korisnicima finansijskih usluga

U savremenom ugovornom pravu, prenosivost potraživanja je uzdignuta na nivo načela, dok je zabrana ustupanja izuzetak.⁵⁷ Ograničenje te vrste propisano je u srpskom pravu u onom delu koji se odnosi na promenu subjekata u obligaciji kada su dužnici fizička lica u svojstvu korisnika finansijskih usluga.⁵⁸

⁵⁴ Pravni stav usvojen na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održanoj 19. septembra 2017.

⁵⁵ Službeni glasnik RS 31/11, 99/11 – dr. zakon, 109/13 – US, 55/14 i 139/14.

⁵⁶ Autentično tumačenje odredbe člana 48 ZIO (Službeni glasnik RS 106/15 i 106/16 – autentično tumačenje) objavljeno je u Sl. glasniku RS 61, u Beogradu, 14. decembra 2017. godine Narodna skupština Republike Srbije, predsednik Maja Gojković, s.r.

⁵⁷ „Sve činidbe su ustupive, osim ako je zakonom drugačije predviđeno.“ Čl. III–5:105 Nacrta zajedničkog referentnog okvira za Evropsko privatno pravo (dalje: DCFR) (2009).

⁵⁸ Čl. 2 (1) (9) Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, Sl. glasnik RS 36/2011 i

Prema Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga, „u slučaju ustupanja potraživanja banke iz ugovora o kreditu drugoj banci, korisnik zadržava sva prava koja su ugovorena, kao i pravo isticanja prigovora prema drugoj banci koje je imao i prema prvoj banci, a druga banka ne može korisnika dovesti u nepovoljniji položaj od položaja koji bi imao da to potraživanje nije preneto i korisnik zbog toga ne može biti izložen dodatnim troškovima.“⁵⁹

Banka potraživanje iz jednog ugovora može ustupiti samo jednoj banci.⁶⁰

Ograničenje ustupanja potraživanja prema korisniku finansijske usluge samo jednoj banci odnosi se isključivo na fizička lica i ne obuhvata preduzetnike⁶¹ i poljoprivrednike.^{62, 63}

Takva norma izaziva određene neodumice.

Na prvi pogled, uočljivo je da je to pravilo izuzetak od mogućnosti delimičnog ustupanja potraživanja (eng. *partial assignment*, nem. *Teilabtretung*). Obično

139/2014. Prema mišljenju nekih autora, izraz korisnik finansijske usluge koji se odnosi na preduzetnika, poljoprivrednika i potrošača u budućnosti bi trebalo zameniti izrazom klijent – pojedinac čime bi se jasno istakla njegova razlika od klijenta u finansijskom sektoru koji obuhvata i pravna lica, ali i u odnosu na pojam korisnika platne usluge koji je u subjektivnom smislu širi. M. Radović, *Platni promet pravo bankarskih platnih usluga*, Beograd 2016, str. 216.

⁵⁹ Čl. 39 (1) Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁶⁰ Banka je dužna da obavesti korisnika o ustupanju potraživanja. Čl. 39 (2) i (3) Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

⁶¹ „Preduzetnik je poslovno sposobno fizičko lice koje obavlja delatnost u cilju ostvarivanja prihoda i koje je kao takvo registrovano u skladu sa zakonom o registraciji.“ Čl. 83 (1) Zakona privrednim društvima, Sl. glasnik RS 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015, 44/2018.

⁶² „Poljoprivrednik je nosilac ili član porodičnog poljoprivrednog gazdinstva koji se isključivo bavi poljoprivrednom proizvodnjom.“ Čl. 2 (1) (8) Zakona o poljoprivredni i ruralnom razvoju, Sl. glasnik RS 41/2009, 10/2013 – dr. zakon i 101/2016.

⁶³ U tim slučajevima primenjuju se odredbe propisa kojima se uređuje upravljanje rizicima banke. Vid. čl. 39 (7) Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Prema Odluci o upravljanju rizicima iz 2018, banka može potraživanje od pravnog lica, preduzetnika i poljoprivrednika da ustupi drugoj banci. Izuzetno, banka može dospelo potraživanje od pravnog lica, preduzetnika i poljoprivrednika da ustupi i drugom pravnom licu. Pre donošenja odluke o ustupanju, banka je dužna da proceni uticaj ustupanja na svoje poslovanje i da obavesti Narodnu banku Srbije o nameravanom ustupanju najkasnije 30 dana pre zaključenja ugovora (osim u slučaju hitnosti) i da joj uz to obaveštenje dostavi propisanu dokumentaciju. Vid. čl. 42a Odluke o upravljanju rizicima banke, Sl. glasnik RS 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013 – dr. odluka, 43/2013, 92/2013, 33/2015 i 61/2015.

se za novčano potraživanje vezuje pretpostavka o deljivosti,⁶⁴ osim ako nešto drugo ne proizilazi iz ugovora.⁶⁵ Krupnu dilemu u slučaju parcijalnog ustupanja predstavlja sudbina onih prava koja su akcesorna u odnosu na tražbinu. Konkretnije, do prelaza sporednih prava na prijemnika dolazi samo ako je potraživanje u celini ustupljeno. Ako je tražbina prenetna samo u delu, ustupilac zadržava obezbeđenje.

Čini se da se propisivanjem mogućnosti ustupanja tražbine samo drugoj banci korisnicima finansijskih usluga iz grupe fizičkih lica koja ne obavljaju poslovnu delatnost jemči viši nivo zaštite od onoga koji je zagarantovan u evropskoj Direktivi posvećenju potrošačkim kreditima, prema kojoj dužniku usled ustupanja ne mogu biti oduzeti prigovori koje je imao prema ustupiocu.⁶⁶

Intenzivna je stoga polemika koja se vodi o tome, da li omogućiti prodaju potraživanja prema korisnicima finansijskih usluga privrednim društvima koja nisu banka.⁶⁷ Priličan broj kontroverzi izazvala je vest da je NBS formila Radnu grupu koja treba da izradi predlog pravnog okvira za rad nedepozitnih finansijskih institucija, po ugledu na Evropsku uniju. U okviru toga se razmatra mogućnost da tim finansijskim institucijama, osim banaka, bude dozvoljeno da otkupljuju tražbine prema fizičkim licima.⁶⁸

⁶⁴ Prema *DCFR*, novčano potraživanje može biti delimično ustupljeno bez ograničenja. Vid. čl. III–5:107 (1) *DCFR* (2009).

⁶⁵ Tako i prema Principima evropskog ugovornog prava (dalje: *PECL*). Vid. *PECL*: III (2003), (eds. Lando, Clive, Prum, Zimmermann), str. 93.

⁶⁶ („Assignment of the creditor’s rights under a credit agreement should not have the effect of placing the consumer in a less favourable position.“ Čl. 17 Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC.

⁶⁷ Prema rečima direktora za investicije češkog APS holding-a, oni kupuju „samo korporativne kredite, pošto je u Srbiji samo to moguće i kada ih vrednujemo, to radimo prema obezbeđenju koje stoji iza njih... Gledamo ne samo šta je kolateral, već i koliko je teško prodati to obezbeđenje. Ako banka prodaje portfolio sa dobrim obezbeđenjem cena može dostići i 25–30 odsto nominalne vrednosti kredita. Ako su obezbeđenja loša ili čak ako su krediti neobezbeđeni, onda cena može biti 10 odsto. Dakle, sve zavisi od kvaliteta portfolija.“ Nav. prema M. Obradović, Nenaplativi krediti pali ispod 10 odsto, 12. mart 2018, <https://www.danas.rs/ekonomija/nenaplativi-krediti-pali-ispod-10-odsto/>.

⁶⁸ T. Veselinović, Da li će banke moći da prodaju kredite građana, <http://rs.n1info.com/a223872/Biznis/Prodaja-kredita-gradjana.html>. Te institucije bi svakako morale biti obveznici primene propisa o zaštiti korisnika finansijskih usluga (<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/ekonomija/aktuelno.239.html:643293-Uterivacima-ipak-nenaplativi-krediti>). Ta vest je ubrzo demantovana. Povodom informacije da je NBS blizu odluke o prodaji dugovanja građana fondovima i agencijama, u NBS-u kažu da to nije tačno i da ostaju na

Protivnici ustupanja tražbina prema fizičkim licima izvan banaka ističu da je takvo ustupanje tražbina u suprotnosti sa dužnošću čuvanja bankarske tajne i zaštite podataka o ličnosti.⁶⁹

Smatramo da se uočene nedoumice mogu razrešiti samo primenom načela o identitetu tražbine, odnosno nedodirljivosti pravnog položaja dužnika.

Zadatak zakonodavca je da pravilno odmeri različite često i sasvim suprotne interese. U sličnim situacijama, zakonodavac i sudska praksa se uglavnom opredeljuju za zaštitu interesa dužnika (cesusa). Tako se, na primer, potraživanja lekara prema pacijentima proglašavaju neustupivim i isključuju iz pravnog prometa. Ipak, u nekim slučajevima, na primer, kada su u pitanju potraživanja banke prema klijentima, argumenti u prilog prometljivosti dobara pretežu. Moderno pravo stoji na stanovištu da je ustupanje potraživanja banaka trećem licu moguće uskladiti sa obavezom čuvanja bankarske tajne⁷⁰ i zaštite podataka o ličnosti dužnika.⁷¹

Ako banke relativno lako zaobilaze zabranu prodaje potraživanja prema fizičkim licima ugovorima o tzv. servisiranju potraživanja,⁷² zaključenim sa

stanovištu da banke mogu ustupiti potraživanja od građana samo drugim bankama. Vid. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/110117/110117-vest6.html>. Nav. prema S. Gavrić, Veb-sajt Blic, 9. januar 2017.

⁶⁹ Iz tog razloga banke saglasnost za ustupanja potraživanja pribavljaju unapred, prilikom zaključenja ugovora o kreditu, tako da relevantna odredba ugovora o kreditu glasi da je korisnik kredita izričito saglasan da banka može radi umanjenja kreditnog rizika zbog neizvršenja obaveza korisnika kredita prema banci dospelo potraživanje ustupiti trećem licu na način dozvoljen zakonskim odredbama i odlukama NBS, te svojim potpisom na ovom ugovoru daje pismeno odobrenje banci da podatke o korisniku kredita može saopštiti trećem licu, odnosno svojim potpisom na kraju ovog ugovora oslobađa banku od obaveze čuvanja bankarske tajne, banka će pisanim putem obavestiti korisnika kredita o ustupljenom potraživanju. Čl. 13.3 Ugovora o investicionom kreditu koji je Komercijalna banka a.d. Beograd zaključila sa korisnikom kredita, privrednim društvom iz Beograda, 20. avgusta 2017.

⁷⁰ Opširnije o mogućem razgraničenju bankarske i poslovne tajne vid. Sonja Bunčić, Bankarska tajna, Pravo i privreda 5–8/2008, str. 774–775; N. Tešić, Poslovna tajna na srpski način (*de lege lata*), Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2011), (ur. Vuk Radović), Beograd 2011, str. 515–540.

⁷¹ Zaštita podataka o ličnosti dužnika i dužnost čuvanja bankarske tajne (nem. *Bankgeheimnis*) u ovom slučaju ne povlači zabranu ustupanja potraživanja. J. Klauer Rakob, Germany, Cross-Border Security over Receivables (eds. H. C. Sigman, E.-Maria Kieninger), Sellier 2009, str. 103.

⁷² Banka na taj način i dalje ostaje formalni vlasnik takvih potraživanja, iako sve radnje u vezi sa naplatom, snoseći sve troškove (koje posle prevaljuje na dužnika), preduzima serviser

pravnim licima koja se profesionalno bave naplatom tražbina, ili ugovorima o zastupanju sa advokatima koji naplaćuju svoje usluge u procentulanom iznosu od vredosti tražbina, posledice koje pogađaju dužnika gotovo su identične sa onim kao da je tražbina otuđena. Nepoštena praksa se u takvim slučajevima ogleda u izuzetno nasrtljivoj poslovnoj praksi, učestalom gotovo svakodnevnom zvanju dužnika, slanju opomena, pa čak i kontaktiranju sa njihovim porodicama.⁷³ U takvim okolnostima zakonom proklamovana zabrana ustupanja potraživanja prema fizičkim licima nije od velikog značaja.⁷⁴ Ako se uzme u obzir sve o čemu je bilo reči, izgleda da bi možda bilo celishodnije razmisliti o kreiranju odgovarajućeg pravnog okvira koji bi garantovao da ustupljena tražbina uprkos cesiji po svemu zadržava izvornu prirodu tražbine prema fizičkom licu – korisniku finansijske usluge,⁷⁵ pritom imajući na umu da pravni poredak cesuzu garantuje očuvanje pravne, ali ne i pređašnje ekonomske pozicije.⁷⁶

4.4.1. Ustupanje tražbine prema jemcu – fizičkom licu, nekom ko nije banka

U pravnoj teoriji se uglavnom raspravlja o tome da li je banka prilikom zaključenja ugovora o jemstvu dužna da, ukoliko ima saznanja o teškoj materijalnoj situaciji dužnika, o tome informiše potencijalnog jemca, te u kakvom bi odnosu bila ta dužnost sa dužnošću čuvanja bankarske tajne?⁷⁷

naplate.

⁷³ Vid. <http://www.021.rs/story/Info/Biznis-i-ekonomija/183764/Kako-funkcionise-prinudna-naplata-potrazivanja-banaka.html>.

⁷⁴ Neki autori tako smatraju da bi pre legalizacije prenosa problematičnih pozajmica iz banaka bilo neophodno donošenje zakona o ličnom stečaju. To bi, prema njihovom mišljenju, omogućilo da i u najtežim situacijama dužnik ostvari normalnu egzistenciju. T. Veselinović, Da li će banke moći da prodaju kredite građana.

⁷⁵ U potrazi za adekvatnim pravnim okvirom, regionalna prava moraju izbeći zamku da se od pravnih sistema koja favorizuju dužnika (*debtor-friendly*) preobrazu u sisteme skrojene isključivo po meri poverioca (*creditor-friendly*). Samo pravni okvir koji pogađa odgovarajući balans interesa poverioca i dužnika (*credit market-friendly*) omogućava tržištu kredita da kontinuirano funkcioniše bez velikih potresa i lomova. N. Tešić, Docnja založnog dužnika kao okidač za prinudno namirenje, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija s pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti) 2011* (prir. S. Taboroši), Beograd 2012, str. 277.

⁷⁶ Ako je za dužnika sa cesijom povezan veći ekonomski rizik, to ne znači da je njegova pravna pozicija pogoršana. On duguje poveriocu pravovremeno i uredno ispunjenje i ne može pomišljati da će se u slučaju neispunjenja svojih obaveza izvući bez posledica ili da će one biti neznatne. Komentar uz § 1394 AGZ. Heidinger u Michael Schwimann, *AGBG Praxiskommentar*, 3. neu bearbeitete Auflage, Band 6 §§1293–1502 ABGB, Wien, VI (2006), str. 780.

⁷⁷ S tim što će u našoj kreditnoj praksi takva situacija biti srazmerno retka, pošto su jemci, po

Ipak, čini se da dužnost čuvanja bankarske tajne ne može biti izgovor za prećutkivanje okolnosti da će gotovo izvesno doći do naplate od jemca. Tako se u Prednacrta SGZ izričito predviđe mogućnost poništenja ugovora o jemstvu zbog zablude o imovinskim prilikama dužnika.⁷⁸

Uočenu tendenciju sledi i Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga kod ugovaranja na daljinu, kojim se detaljno uređuje obaveza banke da pruži jasne i relevantne informacije u predugovornoj fazi.⁷⁹ Pružalac usluge dužan je da se pri dostavljanju informacija korisniku ponaša savesno, s pažnjom dobrog privrednika i u skladu s dobrim poslovnim običajima, a naročito da tim informacijama ni u jednom trenutku ne dovodi korisnika u zabludu u vezi s pružanjem finansijskih usluga.⁸⁰

Informaciona asimetrija, nejednakost ugovornih strana te potreba zaštite slabije strane glavni su razlozi tendencije u uporednom pravu da se jemcima pruži bolja zaštita.

„Banka kao institucija koja daje kredit je dužna da obaveštava i savetuje jemca, naročito ako je ovaj laik i nije povezan sa poslovanjem glavnog dužnika.“⁸¹

Savremeno pravo insistira na višem stepenu pažnje u odnosu na neiskusnog saugovarača, bez obzira na to da li je shodno izričitom slovu zakona jemac korisnik finansijske usluge. Smatramo da se dužnost banke u vezi sa predugovornim obaveštavanjem jemca-laika koji jemči za obaveze privrednog društva, u kontekstu informisanja da potraživanje prema jemcu kao akcesorno može biti ustupljeno privrednom društvu koje nije banka, podrazumeva makar da takvo fizičko lice uputi da potraži nezavisan savet kako bi se obavestio o potencijalnim rizicima.⁸²

pravilu, rodbinski ili na drugi način tesno povezani za korisnicima kredita. Banka će samo izuzetno biti bolje upoznata sa finansijskom situacijom korisnika kredita od njegove supruge. Slično je i u slučajevima kada je u ulozi jemca direktor i osnivač privrednog društva za čiju obavezu jemči.

⁷⁸ Jemac za buduću ili uslovnu obavezu može zahtevati da se poništi ugovor o jemstvu, ako u času zaključenja ugovora nije znao da je lice za koje se jemčio prezaduženo, a ta je činjenica bila poznata poveriocu ili mu nije mogla ostati nepoznata. Čl. 1553 Prednacrta SGZ.

⁷⁹ Teret dokazivanja da su takve informacije dostavljene je na finansijskoj instituciji. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga kod ugovaranja na daljinu, Sl. glasnik RS 44/2018.

⁸⁰ Čl. 5 (3) Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga kod ugovaranja na daljinu.

⁸¹ S. Dabić, Predugovorna dužnost obaveštavanja jemaca, APFB 2/2018, str. 236.

⁸² „Nije savesno, niti lojalno, pustiti jemca da se obaveže, a ne obavestiti ga precizno o prirodi i obimu njegove dužnosti.“ *Ibid.*

4.5. Ograničenje u izmiranju novčanih obaveza ugovaranjem promene subjekata dužniku čiji je račun u blokadi

4.5.1. Uticaj blokade računa na ugovaranje promena subjekata uz očuvanje identiteta obligacije

Prema opštem pravilu, „pravna lica i preduzetnici mogu međusobne novčane obaveze izmirivati i ugovaranjem promene poverilaca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (asignacija, cesija, pristupanje dugu, preuzimanje duga, ustupanje duga i dr.), prebijanjem (kompenzacija) i na drugi način u skladu sa zakonom.“⁸³

Međutim, pravna lica i preduzetnici ne mogu izmirivati međusobne novčane obaveze na taj način ukoliko su njihovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate.⁸⁴

Izuzetak od tog „izuzetka“ sadržan je u relevantnom poreskom zakonu. „Poreski obveznici – pravna lica, preduzetnici ili fizička lica koja obavljaju delatnost, čiji su računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate kod organizacije nadležne za prinudnu naplatu, mogu međusobne novčane obaveze izmirivati i ugovaranjem promene poverioca, odnosno dužnika u određenom obligacionom odnosu (asignacija, cesija i dr.), isključivo radi ispunjenja obaveza po osnovu javnih prihoda na koje se primenjuje ovaj zakon.“⁸⁵ Bez obzira na okolnost da mu je račun blokiran, dužnik može izmirivati svoje nenovčane obaveze bez ograničenja.

4.5.2. Šta ako je uprkos blokadi računa dužnik ugovorio subrogaciju?

Postavlja se pitanje kako zabrana ugovaranja subrogacije za dužnika kome je račun u blokadi utiče na punovažnost konkretnog ugovora kojim je subrogacija uprkos ograničenja stipulisana.⁸⁶

⁸³ Čl. 5 (1) Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, Sl. glasnik RS 68/2015.

⁸⁴ Čl. 5 (2) Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost.

⁸⁵ Čl. 19 (3) Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Sl. glasnik RS 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016, 108/2016 i 30/2018.

⁸⁶ Kod jednog broja zabranjenih ugovora postoji oštra sankcija i energičan stav zakonodavca

Prema mišljenju nekih autora, ugovaranje plaćanja promenom subjekta od strane dužnika kome je račun u blokadi pravni je posao u suprotnosti sa imperativnom normom zakona, što podrazumeva njegovu ništavost.⁸⁷

Drugi autori su u tom pogledu uzdržaniji. Kako je ovde reč o ugovoru čije je zaključenje zabranjeno samo jednoj strani, a zakon ne propisuje ništavost kao posledicu, ugovor će ostati na snazi.⁸⁸ Strana koja je povredila zabranu snosiće zakonske posledice. Na primer, ugovor o cesiji lica čiji je račun blokiran radi izvršenja prinudne naplate punovažan je uprkos zabrani ustupanja, s tim da takvim shvatanjem ne dira u prekršajnu odgovornost ustupioca i mogućnost da bude kažnjen novčanom kaznom.⁸⁹

5. ZAKONSKA PROMENA SUBJEKATA NA AKTIVNOJ STRANI OBLIGACIJE

5.1. Zakonska cesija usled isplate tuđeg duga klubu inopoverilaca

U jednom slučaju koji se našao pred srpskim pravosudnim organima, sud je rezonovao na sledeći način:

„Zastarelost potraživanja čiji je poverilac Republika Srbija, po osnovu Zakona o regulisanju odnosa Republike Srbije i banaka u stečaju, po osnovu preuzetih inostranih kredita,⁹⁰ odnosno zajmova i Zakona o regulisanju odnosa između SRJ i pravnih lica i banaka sa teritorije SRJ koji su prvobitni dužnici ili garanti prema poveriocima Pariskog i Londonskog kluba, počinje da teče tek od momenta kada je Republika Srbija postala poverilac, jer je donoše-

o tome da takvi ugovori uopšte ne proizvode pravna dejstva, dok je kod drugih sankcija blaža, tako da pod izvesnim uslovima ti ugovori proizvode pravna dejstva. Slobodan Perović, *Zabranjeni ugovori*, Beograd 1975, str. 227.

⁸⁷ Z. Stefanović, *Izmirenje obaveza privrednog subjekta čiji je račun u blokadi*, <http://www.mngcentar.com/site/FileContent/Resource/BazaZnanja/Pravo/Fajlovi/RacUBlok.pdf>.

⁸⁸ Ako je zaključenje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor će ostati na snazi ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povredila zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice (čl. 103 (2) ZOO).

⁸⁹ Novčanom kaznom od 50.000 do 2.000.000 dinara kazniće se za prekršaj pravno lice ako su njegovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate, a novčane obaveze izmiruje suprotno članu 5 (2) Zakona o obavljanju plaćanja. N. Tešić, (2012), str. 202.

⁹⁰ Zakon o regulisanju odnosa između SRJ i pravnih lica i banaka sa teritorije SRJ koji su prvobitni dužnici ili garanti prema poveriocima Pariskog i Londonskog kluba, Sl. list SRJ 36/02; Zakon o potvrđivanju Usaglašenog zapisnika o konsolidaciji duga Savezne Republike Jugoslavije, Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori 2/02.

njem ovih zakona između Republike Srbije i prvobitnih dužnika zasnovan nov, samostalan obligacioni odnos.⁹¹

„Prema opštim pravilima obligacionog prava, kada dođe do promene poverioca (bilo da je do te promene došlo na osnovu ugovora (cesija), bilo na osnovu činjenica koje je zakon predvideo (zakonska cesija, personalna subrogacija), ne menja se: ni sadržina, ni predmet, ni osnov, ni uslovi, ni rokovi dužnikove obaveze. Promena subjekta ne dovodi ni do novacije, a ni do prekida, ni do zastoja roka zastarelosti, izuzev ako u odnosu na novog poverioca ne postoji poseban razlog za zastoj.“⁹²

U svim pomenutim slučajevima, dug domaće banke kojoj je kredit odobren ili koja je izdala garanciju za domaće pravno lice prestao u odnosu na stranog kreditora, potpisivanjem sporazuma između SR Jugoslavije i sindikalizovanih stranih poverilaca. Sporazumi su imali karakteristike preuzimanja duga (s obzirom na to da je uz saglasnost poverioca država stupila na mesto dužnika), ali samo po efektu. Nedostaje ugovor između banaka i države, kao instrument preuzimanja duga (uz saglasnost poverioca).

Prema mišljenju prof. Hibera,

„više argumenata ima da se takva operacija kvalifikuje kao isplata tuđeg duga, jer su u složenom reprogramu, strani poverioci u odnosu na prvobitni dug bili kroz sporazum namireni, tako što su istovremeno prihvatili da ispunjenje bude u obrocima (i uz diskont)“.

Zakon je, dakle, uspostavio direktnu pravnu vezu između države i krajnjih korisnika kredita, pošto je prethodno predvideo da se potraživanje države nastalo plaćanjem prema inopoveriocima konvertuje u kapital države u tim bankama po osnovu plaćanja prema inopoveriocima.⁹³

Svi učesnici u pravnom odnosu podrazumevali su da je država subrogirala u prava stranih poverilaca, a posebnim zakonima uređivana su specifična pitanja te subrogacije. Potraživanje je, dakle, prešlo na državu kao isplatioca.⁹⁴

⁹¹ Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 721/2010, od 25. februara 2010, Bilten sudske prakse privrednih sudova, Privredni savetnik 1/2010, str. 32.

⁹² Dragor Hiber, Promena poverioca ili novacija i zastarelost, APFB LXI, 2/2013, str. 10.

⁹³ Čl. 3–64 Zakona o regulisanju odnosa Republike Srbije i banaka u stečaju. Prema Zakonu o regulisanju odnosa između SRJ i pravnih lica i banaka sa teritorije SRJ koji su prvobitni dužnici ili garanti prema poveriocima Pariskog i Londonskog kluba, čl. 3 i 4, banke čije je dugove država platila bile su dužne da emituju akcije koje je država stekla konvertujući potraživanje stečeno plaćanjem prema inopoveriocima. *Ibid.*

⁹⁴ Čl. 300 ZOO.

Međutim, odlučujući o tome da li je potraživanje prema pravnim licima – krajnjim korisnicima kredita zastarelo, sudovi su pošli od neprimenjive kvalifikacije da dužnik, nakon što je država regulisala bančin dug, ne duguje više po osnovu ugovora o kreditu već na osnovu izdatka za drugog.⁹⁵ To iako je „u ovom i sličnim predmetima, tražeći isplatu, banka, odnosno država potraživala onoliko koliko je originalno dug iznosio, uvećano za kamatu, a ne onoliko koliko je država prihvatila da plati stranim poveriocima”.

U produbljenoj analizi takvog rezonovanja suda, prof. Hiber ističe da je takav stav suda neprihvatljiv, jer bi u suprotnom svaka isplata duga od strane trećeg, bez obzira na volju dužnika, značila novi rok zastarelosti.

„Sud ne samo da je pogrešno presudio, već se pozvao na pravne institute koje se tu ne mogu primeniti... Dužnici bankama, ili državi – ako je na nju (kroz zakonsku konverziju potraživanja stečenih plaćanjem tuđeg duga u akcije, kada su u pitanju banke u stečaju) potraživanje prešlo – duguju isto što su dugovali i do tada, i pod istim uslovima. (...) Nije, dakle (automatski), došlo do novacije, još manje je nastala nova, odvojena, nezavisna obligacija, na osnovu pravno neosnovanog obogaćenja, ili neposredno iz zakona. Promena poverioca ne utiče na položaj dužnika. Rok zastarelosti nastavlja da teče, proteklo vreme se računa prema novom poveriocu.“⁹⁶

Odlučujući o reviziji, praktično pri istom činjeničnom stanju kao u prethodno citiranoj odluci, Vrhovni sud Republike Srbije je našao da nema nove obligacije, odnosno novog roka zastarelosti, ni prekida starog, pa je prihvatio izneti prigovor i presudio da je nastupila zastarelost.⁹⁷

5.2. Zakonska cesija isplatom tuđeg duga obezbeđenog hipotekom bez obzira na postojanje pravnog interesa kod isplatioca

Iako je iz ugla obligacionog prava hipoteka akcesorna u odnosu na tražbinu koju obezbeđuje, ZoH je doneo određenje novine u onom segmentu obligacionog prava koji se tiče prenosa potraživanja koje je obezbeđeno hipotekom.

⁹⁵ D. Hiber, Promena poverioca ili novacija i zastarelost, str. 13.

⁹⁶ D. Hiber, Promena poverioca ili novacija i zastarelost, str. 18.

⁹⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije br. 200/2009. Sličan stav je potvrdio i Vrhovni kasacioni sud u Presudi Prev. br. 75/2013. Nav. prema: D. Hiber, Promena poverioca ili novacija i zastarelost, str. 19.

Zakon o hipoteci sadrži odredbu o ličnoj subrogaciji koja glasi: „ukoliko hipotekarni dug isplati lice koje nije dužnik ono stupa na mesto hipotekarnog poverioca prema dužniku i trećim licima“.⁹⁸ Na taj način ZoH modifikuje pravilo o zakonskoj (ličnoj) subrogaciju iz ZOO.⁹⁹ Subrogacija nastupa *ex lege*, bez obzira na to da li lice koje je isplatilo tuđi dug obezbeđen hipotekom ima pravni interes za takvu isplatu.

Neki autori smatraju da „ZoH takvom formulacijom odnosno norme nepri-mereno odstupa od opšteg režima ZOO“.¹⁰⁰

Iako svaka intervencija u sistem ZOO može biti opasna, zbog čega mora biti pažljivo promišljena, čini je da u konkretnom slučaju reč o minimalnoj korekciji koja ne može ozbiljnije ugroziti normativni integritet ZOO.

Postavlja se, naime, pitanje ko su lica koja imaju „pravni interes“ da isplate tuđi dug. To su svakako jemac i solidarni dužnik, ali se čini da je njihov pravi položaj uređen posebnim pravilima.¹⁰¹

Lice koje ima interes da isplati tuđi dug obezbeđen hipotekom nesumnjivo je i vlasnik hipotekovane nepokretnosti.¹⁰² Međutim, ostaje otvoreno pitanje ima li pravni interes da plati tuđi dug, na primer, poverilac čije je potraživanje neobezbeđeno pa plaćanjem tuđeg duga pokušava da spreči prodaju hipotekovane nepokretnosti u kojoj dužnik obavlja delatnost kako bi se ta delatnost nastavila i dužnik isplatio neobezbeđeni dug. U tom kontekstu nije izvesno ni da li je lice sa pravnim interesom da plati tuđi dug, hipotekarni poverilac slabiji po rangu koji vrši isplatu tuđeg duga, svestan da prinudna prodaja hipotekovane

⁹⁸ Čl. 28 ZoH.

⁹⁹ „Kada obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes u tome, na njega prelazi po samom zakonu u času ispunjenja poveriočevo potraživanje sa svim sporednim pravima“ (čl. 300 ZOO).

¹⁰⁰ D. Hiber, M. Živković, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja, str. 251.

¹⁰¹ Na jemca koji je namirio poveriočevo potraživanje prelazi to potraživanje sa svim sporednim pravima i garantijama njegovog ispunjenja. (Prelaz poveriočevih prava na jemca (subrogacija), čl. 1003 ZOO). Dužnik koji je ispunio obavezu ima pravo zahtevati od svakog sadužnika da mu naknadi deo obaveza koji pada na njega (čl. 423 (1) ZOO). Opširnije o pravu na regres koje isplatilac faktom isplate stiče prema ostalim solidarno odgovornim dužnicima vid. M. Perović, Solidarnost dužnika u obligacionim odnosima (doktorska disertacija), Beograd 2018, str. 295.

¹⁰² Ako bi dug hipotekarnog dužnika platila njegova supruga koja, iako je nepokretnost u zajedničkoj svojini, nije upisana u javne knjige, pitanje dokazivanja pravnog interesa bilo bi daleko složenije.

nepokretnosti, zbog stanja na tržištu u tom trenutku, nije dovoljna za namirenje njegove tražbine.

Postavlja se i pitanje ko je ovlašćen da ispita da li postoji „pravni interes“ za plaćanje tuđeg duga, odnosno da utvrdi da li je interes koje ima određeni platac – pravni ili ekonomski.

Da li bi, na primer, Služba za katastar nepokretnosti mogla da odbije upis hipoteke u korist novog poverioca koji dostavi dokaz da je u potpunosti isplaćen dug hipotekarnog dužnika prema banci, uz obrazloženje da platac nije imao pravni interes za učinjenu isplatu?

Otvoreno je i pitanje na kome bi bio teret dokazivanja postojanja „pravnog interesa“ za isplatu tuđeg duga.

Iz pomenutih razloga smatramo da rešenje po kome se ne traži dokazivanje „pravnog interesa“ za isplatu tuđeg duga, posmatrano iz ugla pravne sigurnosti, u najmanju ruku nije ništa lošije u odnosu na odnosnu normu iz ZOO, ali da više odgovara savremenim tendencijama o prometljivosti tražbina i upravljanju problematičnim plasmanima. Time se prirodno ne dira u ulogu NBS da Odlukom o upravljanju rizicima propiše jasne uslove za takvu aktivnost banaka i tako spreči protivpravno postupanje i predupredi zloupotrebe u odnosu na dužnika.

6. PROMENA SUBJEKATA NA PASIVNOJ STRANI OBLIGACIJE

6.1. Ugovorno preuzimanje duga

6.1.1. Forma preuzimanja duga

Kada se otvori pitanje forme preuzimanja duga, treba ne samo rasvetliti u kojoj formi se zaključuje ugovor o preuzimanju duga već i u kojoj formi mora biti dat pristanak poverioca za preuzimanje.

Ako dug potiče iz formalnog posla, onda i sporazum o preuzimanju duga mora biti u toj formi. Isto pravilo važi i za formu u kojoj se poverilac saglašava sa preuzimanjem, bez obzira na to da li je forma izvornog posla naređena (zakonska) ili ugovorena.

Ipak, neki autori smatraju da je postupanje shodno pravilu o paralelizmu formi nesporno samo kada je forma izvornog posla propisana zakonom. Ako je forma izvornog posla rezultat volje samih ugovornika, dužnik i preuzimalac se mogu dogovoriti o preuzimanju duga u slobodnoj formi. Dosledno tome, ako dužnik i preuzimalac za ugovor o preuzimanju duga stipulišu viši stepen forme od one u kojoj je zaključen izvorni posao, takva forma ne važi nužno za saglasnost poverioca za preuzimanje.¹⁰³

Prema ZoH, ako je radi obezbeđenja duga zasnovana hipoteka, saglasnost hipotekarnog poverioca za preuzimanje duga mora biti data u pismenoj formi.¹⁰⁴ Time je posredno odstupljeno od pravila u ZOO po kome se saglasnost poverioca za preuzimanje duga pretpostavlja u onim slučajevima kada pribavilac nepokretnosti preuzima i dug obezbeđen hipotekom na toj nepokretnosti, ako hipotekarni poverilac koji je na takve pravne posledice upozoren izričito ne uskrati svoj pristanak za preuzimanje u roku od tri meseca od dana pismenog poziva otuđioca.¹⁰⁵

U našoj pravnoj književnosti iskazan je stav da je odredbom o obaveznoj pismenoj formi saglasnosti za preuzimanje duga, u propisu o hipoteci (bez potrebe) izmenjeno pravilo o personalnoj subrogaciji koju sadrži matični ZOO.¹⁰⁶ Takvo stanoviše je dosledno i nema mu se šta prigovoriti. U pokušaju da dokučimo razloge za učinjenu zakonodavnu intervenciju možemo pomisliti samo da je, unoseći pravilo o obaveznoj pismenoj formi za pristanak hipotekarnog poverioca u pogledu preuzimanje duga u Zakonu o hipoteci, zakonodavac na prvo mesto stavio interes pravne sigurnosti. Rok od tri meseca neizvesnosti u kome hipotekarni poverilac može uskratiti svoju saglasnost na preuzimanje duga, u kome se ne zna da li je zaključen ugovor o preuzimanju duga ili preuzimanju ispunjenja,¹⁰⁷ ne odgovara uobičajnoj brzini savreme-

¹⁰³ M. Karanikić Mirić, *Promena dužnika*, str. 133.

¹⁰⁴ Dug prema hipotekarnom poveriocu može da se prenese ugovorom o preuzimanju duga obezbeđenog hipotekom između vlasnika i pribavioca predmeta hipoteke, odnosno ugovorom između vlasnika, pribavioca predmeta hipoteke i dužnika ako vlasnik nije hipotekarni dužnik (čl. 22 (1) ZoH). Takav ugovor proizvodi pravna dejstva ako poverilac da svoj pristanak u pismenom obliku (čl. 22 (2) (2) ZoH).

¹⁰⁵ U pismenom pozivu poveriocu se mora skrenuti pažnja na tu posledicu, inače će se smatrati kao da poziv nije upućen (čl. 447 (2) ZOO). Opširnije o situacijama kada se u obligacionom pravu ćutanje smatra prihvatanjem vid. M. Orlić, 'Ćutanje ponuđenog kao znak pristajanja prema Zakonu o obligacionim odnosima, APFB 1–2/ 2004, str. 5–54.

¹⁰⁶ D. Hiber, M. Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, str. 252.

¹⁰⁷ Čl. 446 (5) ZOO.

nog hipotekarnog prava i uopšte pravnog prometa. Otuda unošenjem norme o obaveznoj pismenoj formi pristanka na preuzimanje duga obezbeđenog hipotekom u ZoH nije ugrožena suština *pređašnjih* pravila o ugovornom preuzimanju duga. U tom kontekstu, smatramo da je daleko krupnije odstupanje od poznatih principa norma ZoH po kojoj se ugovor o preuzimanju duga obezbeđenog hipotekom zaključuje (isključivo) prilikom otuđenja predmeta hipoteke, u vidu posebnog ugovora ili u vidu odredbe, odnosno dela ugovora o otuđenju predmeta hipoteke.¹⁰⁸ Iz takve formulacije proizilazi da se ni i u situaciji kada je dužnik (korisnik kredita) jedno lice a realni (hipotekarni) dužnik drugo lice¹⁰⁹ ne može ugovoriti preuzimanje duga ako takav ugovor istovremeno ne predstavlja osnov pribavljanja nepokretnosti koja je pod hipotekom.

6.2. Zakonsko pristupanje dugu za struju prethodnog vlasnika nepokretnosti

6.2.1. Logika „brojila“

Kako bi zaštitila snabdevače električnom energijom, Vlada Republike Srbije je Uredbom propisala zakonsko pristupanje dugu.¹¹⁰ „Ukoliko novi vlasnik podnese dokaze o promeni vlasništva na objektu i dokaz o izmirenju računa na ime obaveza do dana očitavanja stanja na brojilu električne energije, može da zaključi ugovor o prodaji i ugovor o pristupu sistemu.“¹¹¹

Takva Uredba je bila predmet brojnih inicijativa za ocenu ustavnosti i zakonitosti koje je Ustavni sud odbacio uz sledeće obrazloženje.

Članom 452 ZOO izričito je propisano da lice na koje, na osnovu ugovora, pređe neka imovinska celina fizičkog ili pravnog lica, ili jedan deo te celine, odgovara za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, uz dota-

¹⁰⁸ Čl. 22 (2) (1) ZoH.

¹⁰⁹ „Ako se radi o kupovini nepokretnosti na kredit, pravna konstrukcija koja podrazumeva ‘dvoglavost’ na dužničkoj strani se danas može okvalifikovati kao pravilnost. Na tržištu je uobičajno da prodavac nepokretnosti daje založnu izjavu poslovnoj banci kreditoru za kredit koji uzima kupac nepokretnosti.” Nenad Tešić, O procesnom položaju novog vlasnika (hipotekovane) nepokretnosti u izvršnom postupku, Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije (2017), (ur. Vuk Radović), Beograd 2017, str. 442–443.

¹¹⁰ Uz stan dobijate i dugove za struju, <http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php>, 10. novembar 2018.

¹¹¹ Uredba o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom (Uredba), Sl. glasnik RS 63/2013, čl. 62 (6).

dašnjeg imao i solidarno s njim, ali samo do vrednosti njene aktive, iz čega, prema mišljenju suda, proističe da „*neizmirene obaveze prate imovinu na koju se odnose*, a promene na strani krajnjeg kupca, uključujući i situaciju kada je stečena imovina opterećena dugom ne mogu biti na štetu operatora sistema, snabdevača ili javnog snabdevača“.¹¹²

U praksi ta odredba znači da dug za *struju prati nepokretnost (brojilo)*, odnosno da lice koje je novi vlasnik nepokretnosti ne može sa operatorom sistema, snabdevačem odnosno javnim snabdevačem zaključiti ugovor o prodaji električne energije i ugovor o pristupu sistemu sve dok ne bude izmiren zaostali dug po osnovu prodaje električne energije prethodnom potrošaču – pređašnjem vlasniku ili zakupcu nepokretnosti. Primena te norme u praksi izazavala je naročitu pažnju i preispitivanje od stručne javnosti u onim slučajevima kada je pribavilac stekao pravo svojine na nepokretnosti u postupku restitucije. U ovom radu ćemo ispitati njenu osnovanost iz ugla pribavljanja nepokretnosti kupovinom u izvršnom postupku.

6.2.2. Logika pravnih argumenata

6.2.2.1. Narušavanje jedinstva pravnog poretka

Princip prema kome „dug sledi brojilo“ po mnogo čemu nije usklađen sa matičnim zakonima iz oblasti privatnog prava u Republici Srbiji.¹¹³

6.2.2.1.1. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom koji reguliše zaključenje ugovora

Ono što dvojica uglave trećega ne veže. Obligacioni odnos postoji između dva određena lica. Novi vlasnik nepokretnosti nije zaključio ugovor po kome je nastao dug niti je dobio isporuku električne energije da bi po bilo kom osnovu bio dužan da taj dug izmiri.¹¹⁴ Strane u obligacionom odnosu dužne su da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje.¹¹⁵ Otuda se ne može

¹¹² Zaključak Ustavnog suda IUo 354/213 od 19. aprila 2016.

¹¹³ Opširnije o neusklađenosti tog pravila sa matičnim zakonima iz sfere naslednog prava vid. Nenad Tešić, O „izuzetnosti“ duga za struju, *Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*, 2016, str. 308–309.

¹¹⁴ Nametanjem obaveze novom vlasniku nepokretnosti da plati tuđi dug narušava se i načelo jednake vrednosti davanja. Ugovor o prodaji električne energije je dvostrani ugovor, a plaćanje starog duga za struju nema svoj ekvivalent u onome što novi vlasnik nepokretnosti dobija. N. Tešić, O „izuzetnosti“ duga za struju, str. 305.

¹¹⁵ Čl. 17 (1) ZOO.

voljom jedne ugovorne strane odgovornost za ispunjenje obaveze preneti na neko treće lice bez njegove saglasnosti. Važi pravilo *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*. to nesumnjivo proizilazi iz relativne prirode obligacije koja predstavlja pravni odnos između dva ili više lica koja su jedna prema drugom obavezana na određenu prestaciju.¹¹⁶

Član 452 ZOO koji nosi naziv „Pristupanje dugu u slučaju primanja neke imovinske celine“ glasi:

„Lice na koje pređe na osnovu ugovora neka imovinska celina fizičkog ili pravnog lica, ili jedan deo te celine, odgovara za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, pored dotadašnjeg imaoca i solidarno s njim, ali samo do vrednosti njene aktive.“

Taj član se primenjuje:

a) Samo ako na osnovu *ugovora* pređe na pribavioca neka imovinska celina ili njen deo.

U slučaju kupovine u izvršnom postupku, ugovor nije osnov sticanja već je osnov sticanja zaključak o predaji.¹¹⁷

Prema stanovištu sudske prakse:

„Sticanje svojine kupovinom u postupku izvršenja ne predstavlja derivativno sticanje – sticanje na osnovu pravnog posla za koje je zakonom predviđen način sticanja predajom stvari u državinu. Ono predstavlja posebnu vrstu originarnog sticanja, pa kupac u postupku izvršenja stiče pravo svojine na osnovu sudske odluke...“

„Ugovor o prodaji u postupku izvršenja se zaključuje između kupca i izvršitelja koji ugovor zaključuje u ime i za račun izvršnog poverioca, odnosno preko komisionog preduzeća koje ugovor zaključuje u svoje ime, a za račun izvršnog poverioca. Ni u jednom slučaju takav ugovor ne zaključuje izvršni dužnik koji je inače vlasnik stvari (što je preduslov da se na njoj sprovede izvršenje), a čija se stvar prinudno prodaje, pa proizlazi da kupac stvari u izvršnom postupku svoje pravo ne izvodi iz prava svojine prethodnog nosioca.“¹¹⁸

¹¹⁶ Lica koja imaju prirodni monopolski položaj na tržištu dužna su da zakluče ugovor sa novim vlasnikom nepokretnosti ako ovaj to zahteva. Operator sistema i snabdevač električnom energijom ne mogu zaključenje novih ugovora o isporuci električne energije za neku nepokretnost uslovljavati ispunjenjem obaveze iz starog ugovora zaključenog sa prethodnim vlasnikom nepokretnosti.

¹¹⁷ Čl. 193 ZIO (2015).

¹¹⁸ Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 6321/2007(1) od 10. aprila 2008, *Paragraf Lex*.

S obzirom na to da kupac svoje pravo ne izvodi iz prava svojine prethodnika, jasno je da na kupca nepokretnosti ne mogu preći ni bilo kakve prethodnikove obaveze.¹¹⁹

b) Samo ako na osnovu ugovora pređe na pribavioca neka *imovinska celina ili deo imovinske celine*.

Pojedinačna nepokretnost nije imovinska celina (*universitas iuris*) koja predstavlja zbir prava i obaveza. Prodaja nepokretnosti se pravno može okarakterisati samo kao prodaja individualno određene stvari, koja je kao prenos tačno određenog prava svojine sa prenosioca na pribavioca po svojoj prirodi singularna sukcesija. Prodaja individualno određene nepokretnosti ne može predstavljati univerzalnu sukcesiju. O toj razlici prof. Vodinelić kaže:

„Kada je ono što se stiče pojedinačno određeno reč je o singularnoj sukcesiji, a ako su prava, obaveze ili prava i obaveze koje menjaju titulara određene kao neka celina, na opšti način, a ne pojedinačno, individualno, reč je o univerzalnoj sukcesiji... Za univerzalnu sukcesiju ne važi, a za singularnu sukcesiju važi pojedinačna određenost onoga što prelazi sa prethodnika na sledbenika – princip specijalnosti.“¹²⁰

¹¹⁹ Prema Zakonu o stečaju, „kada kupac isplati cenu, na kupca se prenosi pravo svojine na kupljenoj imovini bez obzira na ranije upise i bez tereta, kao i bez ikakvih obaveza nastalih pre izvršene kupoprodaje, uključujući i poreske obaveze i obaveze prema privrednim subjektima pružaocima usluga od opšteg interesa koje se odnose na kupljenu imovinu. Stečajni sudija će rešenjem konstatovati da je prodaja izvršena i naložiti po pravnosnažnosti rešenja odgovarajućem registru upis prava svojine i brisanje tereta nastalih pre izvršene prodaje, odnosno upis drugih prava stečenih prodajom.“ Zakon o stečaju, Sl. glasnik RS 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US i 83/2014, čl. 133 (12). Po toj svojoj osobini, kupovina u stečaju ne može se razlikovati od kupovine u izvršnom postupku. U oba slučaja reč je o orginarnom sticanju.

¹²⁰ V. Vodinelić, Građansko pravo, str. 285–286. Prema mišljenju nekih autora, prenos imovinske celine ili njenog dela u smislu ZOO tiče se isključivo situacije kada je predmet prenosa preduzeće kao takvo (engl. *asset deal*), odnosno imovina koja ga čini (direktan prenos). Prenos preduzeća u slučaju statusne promene kao vrste indirektnog prenosa takođe dovodi do prenosa imovinske celine ili njenog dela sa društva prenosioca na društvo sticaoca. Svaka statusna promena podrazumeva univerzalnu sukcesiju sticaoca u pogledu svih prava i obaveza, zbog čega nije potrebno posebno pravilo o odgovornosti sticaoca za obaveze prenosioca u vezi sa prometom imovinske celine budući da se takva odgovornost podrazumeva, što čini suvišnim bilo kakvo dodatno pravilo o odgovornosti za obaveze. M. Radović, Odgovornost sticaoca za obaveze prenosioca u slučaju prenosa preduzeća, Pravo i privreda 4–6/2017, str. 98. Opširnije o odgovornosti društva sticaoca kod statusnih promena vid. Mirjana Radović, Odgovornost društva sticaoca za obaveze društva prenosioca kod statusnih promena podele i izdvajanja, Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2017), (ur. Vuk Radović), Beograd 2017, str. 145–178. Čini se da stav da se pravilo o odgovornosti preuzimaoca imovinske celine za dugove iz ZOO odnosi samo

- c) Samo do vrednosti njene *aktive* za dugove koji se odnose na tu celinu, odnosno na njen deo, uz dotadašnjeg imaoca i solidarno s njim.

Taj uslov, kao i prethodni, pokazuje da je pomenuti član neprimenjiv na kupovinu nepokretnosti u izvršnom postupku zbog toga što pojedinačna nepokretnost ne može imati ni aktivu ni pasivu. Opštepoznato je da bilanse sa levom i desnom stranom, aktivom i pasivom, može imati samo privredno društvo kao takvo, koje, kao što smo već istakli, nije predmet prodaje ni sticanja.

Do univerzalne sukcesije, kada na pribavioca prelaze prava i obaveze, dolazi nasleđivanjem ili prenosom imovinske celine među živima na osnovu ugovora. Članom 452 ZOO reguliše se univerzalna sukcesija na osnovu ugovora među živima. Ona se u savremenom pravu najčešće dešava usled statusnih promena u privrednim društvima: pripajanje, spajanje, podela, izdvajanje.¹²¹ Zakonodavac zato upotrebljava sintagmu *primanje* imovinske celine ukazujući tako na to da je ovde nije reč o prenosu pojedinačnog prava.¹²²

U slučaju kupovine nepokretnosti u izvršnom postupku nije ispunjen nijedan od tih uslova, pa dug za struju ne može pratiti nepokretnost. Ako kupovina u izvršnom postupku po svojoj prirodi nije derivativno sticanje u kome vlasnik izvodi svoje pravo iz prava prethodnika, onda na pribavioca ne mogu preći ni

na slučajeve singularne sukcesije pomalo zanemaruje istorijsko tumačenje odnosne norme. Prema Skici za Zakonik za obligacijama i ugovorima, „Imaonik na koga na osnovu ugovora pređe neka imovinska celina sa svojom aktivom i pasivom ili jedan njen deo odgovara pored dosadašnjeg imaonika i solidarno sa njim za njene dugove ili samo do iznosa njene aktive“ (čl. 377 (1) Skice). Takvu formulaciju preuzima i Prednacrt SGZ u čl. 660 (1).

¹²¹ Vid. Zakon o privrednim društvima, Sl. glasnik RS 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015, čl. 485–489. Pravo je svakog preduzeća da osnuje novo preduzeće, pa i ulaganjem znatnog dela svoje imovine. Tom imovinom osnivač odgovara za svoje obaveze dospеле do osnivanja i bilo bi protivno osnovnim načelima obligacionog odnosa kada bi novoosnovano preduzeće preuzelo imovinu bez obaveza, a osnivaču ostale obaveze bez imovine kojom bi se poverioci izmirili. Stoga u tom slučaju odredbu čl. 452 ZOO treba shvatiti kao izraz principa da obaveze prate imovinu na koju se odnose jer nikakve promene u organizovanju dužnika ne mogu biti na štetu trećih savesnih lica (Vps u Beogradu Pž-2310/99). Nav. prema H. Hajdarević, H. Tajić, V. Simović, Zakon o obligacionim odnosima, Tri decenije sudske prakse, Knjiga I, str. 1000.

¹²² Pritom se u sudskoj praksi ističe da za pristupanje dugu u slučaju primanja neke imovinske celine nije bitno da li je novi imalac bio savestan ili ne jer razlog za ustanovljenje odgovornosti lica na koje je nekim pravnim poslom prešla imovinska celina leži u činjenici da postoji tesna veza između te imovine i dugova kojima pristupa novi imalac, zato što su ti dugovi i nastali u poslovanju sa tom imovinom... Iz Rešenja Vrhovnog suda Srbije, Prev. 460/02 od 15. januara 2003. Z. Petrović, V. Kozar, Mega zbirka sudske prakse iz obligacionog prava, I, Beograd 2009.

bilo kakve dužnikove obaveze. Drugim rečima, norma po kojoj dug za struju opterećuje nepokretnost bez obzira na to što nije upisan u javne knjige i mada se odgovarajućim zaključkom o predaji u izvršnom postupku brišu svi tereti upisani u javne knjige (na primer, pravo hipotekarnog poverioca drugog po rangju bez obzira na to da li je njegov dug namiren) rezultat je pravne proizvoljnosti i ne može opstati u pravnom poretku zasnovanom na vladavini prava.

6.2.2.2. Neusklađenost sa sistemskim (matičnim) zakonom kojim se uređuje oblast stvarnih prava

Dug za struju je po svojoj prirodi obligaciono pravo sa relativnim dejstvom (*inter partes*) između određenih ugovornih strana dužnika i poverioca.¹²³ Po traživanju ne može pratiti nepokretnost i delovati *erga omnes*, osim ako kažemo da je dug za struju po svojoj prirodi stvarno pravo. Međutim, takav iskaz se kosi sa načelom *numerus clausus*, načelom ograničenog broja stvarnih prava.¹²⁴ Sva stvarna prava su poznata manje-više od rimskog prava. Tvrdnja Ustavnog suda da „neizmirene obaveze prate imovinu na koju se odnose“ ne može od duga za struju načiniti stvarno pravo¹²⁵ u kojem postoji pravo sledovanja zbog toga što je lista stvarnih prava propisana matičnim zakonom kojim se uređuje oblast svojine i drugim stvarnim pravima. Otuda je odredba Uredbe koju ovde preispitujemo u suprotnosti i sa Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, pošto dug za struju nije u tom zakonu, ni u bilo kojem drugom zakonu, naznačen kao stvarno pravo.¹²⁶

¹²³ Opširnije o obligaciji kao pravnoj vezi relativne prirode koja ne utiče na treća lica, ni u smislu koristi ni u smislu tereta, vid. O. Antić, *Obligaciono pravo*, 63.

¹²⁴ Dodatno, stvarna prava moraju na neki način biti objavljena, a dugu za struju takav publicitet nedostaje.

¹²⁵ Stvarna prava koja deluju *erga omnes* za svoj neposredni objekat imaju stvar. Ponašanje koje se nameće trećim licima uvek se sastoji u nečinjenju, u pasivnosti u odnosu na datu stvar i ne može se sastojati u plaćanju tuđeg duga. O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999, str. 1.

¹²⁶ Širenjem kruga primene pravila o pristupanju dugu u slučaju prenosa imovinske celine, koje je u uporednom pravu imalo uporiše u „teoriji o fondu odgovornosti“, gubi se jasna razlika između obezbeđenih i neobezbeđenih poverilaca, budući da se i neobezbeđenim poveriocima daje pravo namirenja u odnosu na određenu imovinu dužnika. Prof. M. Radović se zalaže za ukidanje tog pravila ili značajno sužavanje njegove primene, naročito iz razloga što su, prema njenom mišljenju, poverioci adekvatno zaštićeni od štetnog otuđenja imovine putem pravila o stečaju. M. Radović, *Odgovornost sticaoca za obaveze prenosioca u slučaju prenosa preduzeća*, str. 110. Ako postoji bojazan da poverilac neće imati odakle da se namiri, na raspolaganju mu je institut pobijanja dužnikovih radnji, koji po svojoj prirodi predstavlja „dopunsko pravo“ čijom aktivacijom poverilac štiti svoj interes za prinudno

7. UMEMO ZAKLJUČKA

7.1. Zapitanost

Savremeno srpsko pravo, koje u ovom delu, čini se, ima mnogo sličnosti sa pravnim sistemima u regionu jugoistočne Evrope, u dobroj meri biva modelovano uvođenjem novih profesija koje su pravničke ili su u tesnoj vezi sa primenom prava: javni beležnici,¹²⁷ javni izvršitelji,¹²⁸ posrednici u prometu nepokretnosti,¹²⁹ licencirani procenitelji vrednosti nepokretnosti.¹³⁰

S druge strane, možemo da se zapitamo da li je u aktuelnim uslovima uopšte moguće ponoviti kodifikatorske podvige velikana kao što su Bogišić ili Kostantinić,¹³¹ odnosno da li je odlaskom „starih“ majstora počeo da odumire i jedan od tradicionalnih pravničkih zanata – zakonopisanje. Zakoni se danas manje pišu, a više prepisuju, pa im kao i drugim predmetima masovne proizvodnje nedostaje originalnost. Čini se da su dugogodišnja filigranska izrada i strpljivo brušenje normi, tako da ih svako jednako razume, ustupili mesto „instant propisima“ koji se po pravilu usvajaju po „ubraznoj proceduri“.¹³² Po

namirenje. V. Radović, N. Tešić, „On Creditor’s Supplemental Rights“, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2015, str. 158.

¹²⁷ Zakon o javnom beležništvu, Sl. glasnik RS 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015. Oširnije o „dečjim bolestima“ koje su pratile ponovno uvođenje notarijata u srpsko pravo vid. Nenad Tešić, *Ustavnopravni meč advokati protiv javnih beležnika* okončan je službenim rezultatom 3:0 za fiskus Republike Srbije, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije s pravom Evropske unije (2015)*, (ur. V. Radović), Beograd 2015, str. 470–496.

¹²⁸ ZIO (2011) i ZIO (2015).

¹²⁹ Zakon o posredovanju u prometu i zakupu nepokretnosti, Sl. glasnik RS 95/2013 i 41/2018.

¹³⁰ Zakon o proceniteljima vrednosti nepokretnosti, Sl. glasnik RS 108/2016 i 113/2017 – dr. zakon.

¹³¹ Verovatno bi taj niz morao biti potpuniji uz ukazivanje na direktnu vezu uglednih kodifikatora i zakonodavnih dela na čiji su nastanak odlučujuće uticali. Tribonijan, *Corpus Iuris Civilis*, Tronše i Portalis – FGZ, Martini i fon Cajler – AGZ, Vinšajd – NGZ, Huber – ŠGZ, Bogišić – Opšti imovinski zakonik, Konstantinović – ZOO.

¹³² S. S. Rovčanin, *Skupština: Hitan svaki drugi zakon* (<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:497773-Skupstina-Hitan-svaki-drugi-zakon>). Autor navodi da je, od 30 usvojenih propisa, parlament 15 doneo po ubrzanoj proceduri. Iz vlasti poručuju da se akti donose brzo jer su temelj za podizanje standarda. Opozicija ukazuje na to da propisi ne prolaze javnu raspravu. Sve je to pogodan teren za „amandmansko kvarenje“ zakonskih predloga, tako da se izglasani zakoni u velikoj meri razlikuju od nacрта ekspertskih radnih grupa. M. Vasiljević, *Skica za filozofiju poslovnog prava*, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/2016, str. 108. Ostaje nam samo da se nadamo da će aktuelni prednacrt SGZ

vremenu njihove primene, novi propisi su uporedivi sa „pametnim“ telefonima koji nam danas pretežno služe za njihovo memorisanje i pretraživanje. Ako se ne pokvare ranije, traju do isteka garantnog roka.

7.2. Pravni optimizam – *in abstracto*

Prema rečima prof. Konstantinovića: „Pravnici od zanata skloni su da stvaraju nove pravne ustanove po stranim obrascima, bez prethodnog proučavanja pitanja da li se ustanove jedne sredine mogu presaditi u drugu zbog posebnih prilika te sredine.“¹³³ Ta pojava može biti naročito opasna ako se zakonodavna reforma razume kao poligon za „otvoreni sukob“ pravnih tradicija.¹³⁴ Uspešno prolazeći kroz taj lavirint, prof. Konstantinović u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima kombinuje postojeću pravnu praksu sa pozajmicama iz uporednog prava. Metaforički rečeno, on evropsko pero natapa srpskim mastilom i kroz prizmu evropskih kodifikacija preispituje pravna pravila ukorenjena u narodnoj tradiciji kako bi ih po potrebi prilagodio i dopunio. Slično kao i Bogišić, Konstantinović visoko vrednuje vekovima stvaranu narodnu pravičnost i pridaje joj prvorazredni značaj.¹³⁵ Konstantinović dobro razume da samo zakoni zasnovani na izvorno narodnom osećanju za pravdu, potpomognuti savremenom teorijom i najboljom praksom iz drugih pravnih poredaka, imaju šansu da opstanu uprkos brojnim društvenim promenama. Tako posmatrano, institut zamene subjekata u obligaciji uz očuvanje njenog identiteta, koji se našao u fokusu našeg interesovanja, u ovom naučnom radu se u pogledu metodološkog pristupa njegovom regulisanju ne razlikuje mnogo od drugih instituta u Zakonu u obligacionim odnosima.

uspeli da se odupre toj tendenciji. Vid. S. Perović Kodifikacija ugovornog prava u savremenim uslovima, Pravna riječ 16/2008, str. 97–117; Miodrag Orlić, Na putu stvaranja novog građanskog zakonika u Srbiji, Pravna riječ 16/2008, str. 119–133.

¹³³ M. Konstantinović, Ideje Valteзара Bogišića u narodnom i zakonskom pravu, Sociološki pregled I/1938, str. 274.

¹³⁴ Neki autori svoju strast u tom pogledu otvoreno iskazuju. „Zalažem se da se sukob tradicija vodi otvoreno. Ne želim spekulirati o ishodu takvog procesa. Mnogo toga će se morati preispitati, ali europska kontinentalna tradicija ne sme odustati bez borbe, nego treba energično zastupati svoju delotvornost i zahtev za priznanjem koji iz nje proizlazi”. G. H. Roth, Najbolja praksa – osnovne strukture europskog kontinentalnog prava trgovačkih društava, KoPra, Časopis za održiv i skladan razvoj prava 1/2017, 37.

¹³⁵ Držeći se tvrdo svoga običaja, narod... „nepoverljivo gleda na svako novotarenje osobito ono koje stoji u oprjeci s njegovim pojmovima o pravu i pravici”. V. Bogišić, O značaju pravnih običaja, Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru i izabrana dela, Podgorica – Beograd 1998, str. 322.

„Moć zakona nije neograničena i istorija zna za bezbroj zakona sa najboljim pobudama i najstrožijim sankcijama koji su ostali bez dejstva na koja su bili sračunati. Jer, da bi se zakonom mogao postići cilj koji se želi moraju postojati izvesni uslovi. U nedostatku tih uslova može se sigurnošću tvrditi i za tehnički najbolje izrađen zakon da će postići sve samo ne onaj cilj radi koga je donesen.“¹³⁶

Zakoni su, po pravilu, odraz društvenih potreba, ali su samo „dobri zakoni“ privilegovani da povratno menjaju društvenu stvarnost. Jedan od takvih, po svemu retkih izvora prava jeste Zakon o obligacionim odnosima, koji po svom dalekosežnom uticaju na pravo i pravnike umnogome prevazilazi značaj jednog zakona i ulazi u krug nekoliko izuzetno važnih stubova na kojima počiva pravna kultura u regionu jugoistočne Evrope.

Ako se na trenutak udaljimo od ZOO, koji, čini se, po svom kvalitetu i dugovečnosti predstavlja blistavi trenutak u zakonopisanju i ukupni je pobednik u „nacionalnoj klasi“ svih zakona donetih na prostorima nekadašnje SFRJ, i iznova sagledamo širu sliku, nije teško uočiti da se pravno-naučni esnaf, ako dugoročno želi iole ozbiljniju ulogu u stvaranju zakona, mora izvući iz „samozavaravajućeg ciklusa“ u kome se više piše nego što se čita, a bodovi koje donosi objavljivanje tekstova u privilegovanim časopisima važniji su za napredovanje u akademskoj karijeri nego sadržina onoga što je objavljeno.

Aktuelni projekti harmonizacije privatnog prava, istini za volju više u EU nego u regionu, pokazuju da još uvek ima pravnika sa literarnim darom i kodifikatorskim umećem. Međutim, treba imati u vidu da je jedino vreme nepogrešivi sudija koji može dati konačan sud o kvalitetu tih normativnih poduhvata, i to tako što će samo najbolji opstati, a oni drugi ubrzo pasti u zaborav.

7.3. Pravni optimizam – *in concreto*

Izreka *sud zna pravo* ne donosi nosiocima pravosudne funkcije samo ovlašćenja nego i određenu odgovornost za ono što je izrečeno u svakoj pojedinačnoj sudskoj odluci. Sudska nezavisnost se u pravnoj teoriji obično opisuje kao njena potpuna odvojenost od izvršne vlasti radi sprečavanja bilo kakvog uticaja na presuđivanje. Kako proklamovana nezavisnost sudova izgleda u stvarnosti, u našim, ali i svetskim uslovima, opšte je poznata činjenica. To ipak ne znači da se, shodno učenju o pravnom optimizmu, za koje se i ovde zalažemo, nezavisnosti sudstva ne moramo iznova vraćati i isticati je kao večni ideal. Među-

¹³⁶ M. Konstantinović, Naši zakoni i naše naravi, Letopis Matice Srpske 319, 1/1929, str. 28.

tim, važno je naglasiti da se nezavisnost sudstva i sudija ne sme razumeti kao njihova otrgnutost od bilo kakve kontrole stručne javnosti. Pravnoj nauci, kao istinoljubivoj sumnji, poveren je složen zadatak da preispita rezonovanje sudske vlasti te da ukaže na eventualne propuste i posledice formiranja pogrešne prakse. Ako tumačenje neke norme krene u suprotnom pravcu, pravna nauka nema pravo da ćuti. Ona je dužna da razumevanje neke norme vrati na pravi put kako se neprimereno tumačenje ne bi ustoličilo kao vladajuće.

Iz nekoliko primera iznetih u ovom naučnom radu, naročito onih koji se odnose na *ratio legis* pravila o ugovornom ustupanju potraživanja iz izvršne isprave i pravila o zakonskoj cesiji usled isplate tuđeg duga klubu inopoverilaca, može se zaključiti da moć pravne nauke nije zanemarljiva. Ostaje nam da verujemo kako je u konkretnim slučajevima podizanje naučnog glasa protiv neprimere-nog tumačenja određenih normi imalo za posledicu da Vrhovni sud Srbije u docnijim odlukama koriguje ustaljenu *contra legem* praksu nižih sudova.

S druge strane, kritika stanovišta Ustavnog suda Srbije da se dug za struju razlikuje od svih drugih tako da pribavilac nepokretnosti tom dugu pristupa čak i ako je nepokretnost stečena orginarno nije urodila plodom. Snaga pravnih argumenata nije, dakle, uvek dovoljna da nadvlada „više interese“, ali su i u takvim slučajevima ovakvi i slični zapisi koji osvetljavaju tragove „neprava“ nešto na čemu pravni pisci moraju istrajavati.

Izabrana literatura

- Antić, Oliver, Obligaciono pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Hiber, Dragor, Promena poverioca ili novacija i zastarelost, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2013.
- Hiber, Dragor, Živković, Miloš, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja, JP Službeni glasnik, Beograd 2015.
- Karanikić Mirić, Marija, Promena dužnika, JP Službeni glasnik, Beograd 2017.
- Radišić, Jakov, Obligaciono pravo: opšti deo, 11. izdanje, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2017.
- Radović, Mirjana, Odgovornost sticaoca za obaveze prenosioca u slučaju prenosa preduzeća, Pravo i privreda 4–6/2017.
- Radović, Mirjana, Odgovornost društva sticaoca za obaveze društva prenosioca kod statusnih promena podele i izdvajanja, u: Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2017), (ur. Vuk Radović), Beograd, 2017.
- Tešić, Nenad, Prodaja i prenos potraživanja, JP Službeni glasnik, Beograd 2012.
- Tešić, Nenad, Prenos prava i obaveza u okviru načela formalnog legaliteta, Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe 1/2014, str. 319–349.

Tešić, Nenad, Radović, Vuk, On Creditor's Supplemental Rights, *Annals FLB – Belgrade Law Review* 3/2015.

Tešić, Nenad, O „izuzetnosti“ duga za struju, *Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*, 2016.

Tešić, Nenad, Kako rasplakati Eshila? – O pravnotragičnoj restriktivnosti u tumačenju pojma „prelaz potraživanja“, *Pravo i privreda* 7–9/2017.

Salma Jožef, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2007.

V.

**Pravo
zavarovalne pogodbe**

Razvoj ugovora o osiguranju u jugoslovenskom i srpskom pravu

Dr Nataša Petrović Tomić

vanredna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

1. UGOVOR O OSIGURANJU PRE USVAJANJA ZAKONA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA – PODNORMIRANOST

Materija ugovora o osiguranju, iako danas jedan od najzahtevnijih segmenta ugovornog prava i iz ugla domaćeg i iz ugla i prava Evropske unije (u daljem tekstu: EU), do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO) predstavljala je nepoznanicu za prosečnog pravnika. Zašto? Moglo bi se reći da je značaj ugovornog prava osiguranja bio proporcionalan njegovoj normiranosti. Naime, generalno posmatrano, sve do usvajanja ZOO ugovor o osiguranju je bio podnormiran u srpskom pravu. *Podnormiranost* se odrazila na značaj opštih uslova osiguranja, koji su imali snagu faktičkih (nepisanih) zakona.¹ Osiguravači su koristili pravni vakuum kako bi u opšte uslove osiguranja uneli odredbe kojima će dopuniti nepotpun regulatorni okvir, s jedne strane,

¹ Taj termin upotrebljava ugledni profesor Good. R. Good, *Commercial Law, Third Edition*, Penguin Group, London 2004, str. 11–12.

i zaštititi svoje interese, s druge strane.² U takvim okolnostima rodila se ideja *detaljizma* u koncipiranju Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (dalje: Skica), koja je preneti i na ZOO. Evropski učeni pravnik profesor Mihailo Konstantinović bio je upoznat sa značajem koji se u drugim pravnim sistemima pridavao materiji ugovornog prava osiguranja. Dok je u prvorazrednim pravnim sistemima, poput nemačkog i francuskog, postojao poseban zakon o ugovoru o osiguranju – pri čemu prednjači Nemačka čiji je *lex specialis* usvojen davne 1907. godine, a isti primer sledi i Francuska, koja je usvojila Zakonik o osiguranju 1930. godine – na prostoru bivše Jugoslavije ta oblast je bila prepuštena na milost (i nemilost) osiguravačima.

Suštinski, podnormiranost treba dovesti u vezu sa pravnom prirodom ugovora o osiguranju. To je ugovor o pružanju usluga kojim se pribavlja „proizvod“ bitno drugačiji od predmeta drugih ugovora. Imajući u vidu državno uređenje, a još više društveno-ekonomske uslove, nije postojao interes da se normira taj – u to vreme – manje bitan ugovor.³

Dakle, istorijski razlozi su nalagali što detaljnije uređenje ugovornog prava osiguranja ZOO. Naše je uverenje da je Skica – za koju i danas vlada uverenje da može predstavljati model-zakon za mnoge delove obligacionog prava – možda najpotpunije uredila ugovor o osiguranju. Redaktori su, nažalost, izostavili neke odredbe koje su se odnosile na ugovor o osiguranju i time omogućili da nastane regulatorne okvir u kome ima nedorečenosti. I pored ovih kritičkih napomena, ne možemo prenebregnuti činjenicu da je zahvaljujući ZOO ugovor o osiguranju dobio rang uporediv sa onim u razvijenim (kapitalističkim) državama Evrope. *Polazeći od brojnosti i detaljnosti regulative, odeljak o ugovoru o osiguranju ima rang zakona u zakonu!* Zapravo, u radu ćemo pokazati da je u više navrata taj zakon išao ukorak ili (sic!) ispred rešenja evropskih zakona o ugovoru o osiguranju. To je posebno došlo do izražaja u periodu pre otpočinjanja intenzivne zakonodavne aktivnosti na nivou EU u sektoru osiguranja. I na današnjem stupnju razvoja za određena rešenja se može reći da su odgovarajuća trenutku i da, osim kozmetičkih izmena, ne zahtevaju neka veća

² U ono vreme nije još uvek bio poznat koncept nepravičnih klauzula, bar ne u tadašnjem jugoslovenskom pravu. U razvijenim pravnim sistemima osiguranja – poput francuskog – klauzule kojima se narušavala ravnoteža na štetu osiguranika bile su obuhvaćene pojmom lavovske klauzule. Vid. N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja – Analiza i predlog regulatornog okvira*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2015, str. 55–56.

³ To posebno važi za štete koje bi pretrpeli privredni subjekti, koji su u vreme socijalizma bili zaštićeni i na druge načine, a ne samo i pretežno osiguranjem.

doterivanja. Imajući u vidu takav kontekst usvajanja ZOO i njegovu primenu pune četiri decenije može se postaviti pitanje koji je sledeći korak u razvoju ugovornog prava osiguranja. Šta je najbolji pristup, uvažavajući interes struke, s jedne strane, i osobenosti trenutka, s druge strane?

2. KODIFIKACIJA UGOVORA O OSIGURANJU U ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Zakon o obligacionim odnosima posvetio je ugovoru o osiguranju čitavih 69 članova!⁴ Numerički posmatrano, taj ugovor je drugorangirani, odmah posle ugovora o kupoprodaji. Odmah pada u oči da je problem podnormiranosti rešen, te se postavlja pitanje kakav je bio (i kakav je još uvek u Srbiji!) pravni režim ugovora o osiguranju poslednjih četrdeset godina. Redaktori ZOO nastojali su da impozantnim brojem članova posvećenih ugovoru o osiguranju ostvare princip detaljizma, koji nije nepoznat pristup u pravnom uređenju oblasti koje se premijerno zakonski uobličavaju. Time su postignuti brojni ciljevi.

2.1. Polje primene Zakona o obligacionim odnosima *rationae materiae*

Za razumevanje doprinosa ZOO materiji ugovora o osiguranju treba podsetiti na podatak da u to vreme u EU još uvek nije bila uobličena ideja razlikovanja komercijalnih (u terminologiji direktiva osiguranja velikih rizika – eng. *large risks*) i potrošačkih (u terminologiji direktiva osiguranja masovnih rizika – eng. *mass risks*). Ta distinkcija pripisuje se Drugoj neživotnoj direktivi, iz koje je pojam velikih rizika preuzela i Direktiva Solvency II.⁵ Po ugledu na uporedno (tačnije francusko pravo), redaktori ZOO su pošli od razlike između tzv. kopnenih i pomorskih osiguranja.⁶ Jedan od doprinosa ZOO iz ugla ugovora o osiguranju – koji se može nazvati istorijskim – upravo je *stvaranje uslova za*

⁴ ZOO, Službeni list SFRJ 29/78, poslednja Službeni list SCG 1/2003 – Ustavna povelja, čl. 897–965.

⁵ Second Council Directive 88/357 of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC, O. J. L. 172, str. 1–14.

⁶ U francuskom pravu to razlikovanje postoji još od zakona iz 1930. godine. Vid. J. Bigot, *Les sources du droit du contrat d'assurance*, u: *Traité de droit des assurance, Le contrat d'assurance* (ed. J. Bigot), Tome 3, 2 édition, L. G. D. J., Paris 2014, str. 148.

samostalan razvoj onoga što danas nazivamo potrošačkim osiguranjima. Taj zakon je iz polja primene izuzeo plovidbena i sa njima izjednačena osiguranja, osiguranje potraživanja i reosiguranje.⁷ Time su redaktori nedvosmisleno ispoljili opredeljenje, koje je i danas prihvaćeno, protiv primene istog izvora prava na suštinski različite vrste osiguranja.⁸

Izostavivši iz polja primene samo osiguranja koja se danas kvalifikuju kao B2B transakcije (eng. *Business2business contracts*), redaktori su postavili temelje sistema budućeg potrošačkog prava osiguranja. U tom smislu valja pomenuti da je ugovor o osiguranju po mnogo čemu bio *lider modernog zakonodavstva socijalističke države*. Ako se može tvrditi da je ZOO prevaziđen problem nepodsticajnog državnog i društvenog uređenja, to se najlakše može argumentovati na primeru ugovora o osiguranju. Kako drugačije objasniti (i ciljno tumačiti!) najveći broj normi kojima se štiti slabija strana (u krajnjoj liniji „običan“ građanin) kada se nađe u ulozi strane koja pribavlja osiguranje?

Polje primene ZOO uticalo je i na primenu odgovarajućeg metoda, odnosno zakonodavne tehnike normiranja ugovora o osiguranju. Pošto se primenjuje na ugovore koje dominantno karakteriše prisustvo slabije strane, mogao se očekivati srazmerno manji broj dispozitivnih normi u odnosu na ugovore za koje važi princip jednakosti saugovarača.

2.2. Obeležja zakonodavne tehnike

U ZOO je za ugovor o osiguranju primenjena tzv. *specijalna zakonodavna tehnika* koja se razlikuje od metoda koji se u tom zakonu koristi za ostale ugovore. Zaštita osiguranika kao slabije strane zahteva najveći broj imperativnih normi, dok je broj dispozitivnih značajno manji nego u drugim ugovorima. Uvođenje imperativnih normi nije motivisano samo zaštitom slabije strane (potrošača) već služi i ostvarenju drugih ciljeva, od kojih su najbitniji zaštita javnog poretka

⁷ I u uporednom pravu je uobičajeno da se odredbe zakona kojim se uređuju potrošačka osiguranja ne primenjuju na reosiguranje. U tom smislu su referentni Principi evropskog ugovornog prava osiguranja (eng. *Principles of European Insurance Contract Law*), koji iz polja primene isključuju reosiguranje (član 1 (101)). I u nemačkom Zakonu o ugovoru o osiguranju (nem. *Versicherungsvertragsgesetz*) pomorsko osiguranje i reosiguranje izuzeti su iz polja primene zakona o ugovoru o osiguranju (par. 209).

⁸ Da ne bude zabune u vezi sa doprinosom Skice i ZOO u pogledu te distinkcije, na takav pristup je uticao istorijski razvoj prava osiguranja. Redaktori su prosto uvažili rezultate tog razvoja, shvativši da primena tzv. kopnenog zakona o osiguranju nije kompatibilna sa pravnom prirodom i osobenostima transportnih osiguranja.

u osiguranju i posredno usaglašavanje uslova osiguranja kao izvanredno značajnog izvora prava osiguranja. Naglašavamo doprinos ZOO stvaranju konzistentnije prakse osiguranja od one koja je postojala pre nego što je donet. Ne samo da su tim zakonom uređena skoro sva pitanja ugovornog odnosa osiguranja već je to učinjeno tehnikom kogentnih normi.⁹ Prilikom donošenja opštih uslova osiguranja, osiguravači su morali da se pridržavaju tih normi. Time je obezbeđen određeni stepen ujednačenosti i zaštite slabije strane. Ali time nisu rešeni svi problemi u vezi sa uslovima osiguranja. Kako i dalje ne postoji praksa usvajanja modela uslova osiguranja na nivou udruženja osiguravača, na srpskom tržištu i dalje postoje razlike između uslova pojedinih osiguravača.

Osim većinskih imperativnih, ZOO sadrži manji broj dispozitivnih normi. To je odrednica po kojoj će ZOO ostati upamćen u istoriji prava osiguranja. Postavilo se pitanje kako se takav zakonodavni metod uklapa u segment ugovornog prava. Pre nego što odgovorimo na to pitanje, napominjemo da u materiji osiguranja, uz većinske kogentne i manjinske dispozitivne norme, postoje i tzv. polukogentne norme (jednostranoobavezujuće norme, poluprinudne norme). Poslednja „vrsta“ normi predstavlja originalnost prava osiguranja, koja će tek tokom jačanja aktivnosti na nivou EU u oblasti zaštite potrošača postati rasprostranjeniji metod regulisanja ugovornog prava. U ZOO je predviđeno da je odstupanje od ostalih odredaba, ukoliko nije zabranjeno ovim ili kojim drugim zakonom, dopušteno samo ako je u nesumnjivom interesu osiguranika. Dakle, norma je poluimperativna ako dopušta samo odstupanja u jednom pravcu koji je generisan nesumnjivim interesom osiguranika. Takav zakonski metod podrazumeva prethodno tumačenje normi, kako bi se nakon toga utvrdilo da li se pruža mogućnost iznalaženja još povoljnijeg rešenja iz ugla osiguranika.¹⁰

Ta odredba ima ogroman značaj jer zahvaljujući njoj sloboda ugovaranja u oblasti tzv. kopnenih osiguranja nije potpuno ukinuta. Upravo postojanje po-

⁹ Podsećanja radi, kogentni metod kao dominantna legislativna tehnika ugovornog prava osiguranja razlog je što ugovorno pravo osiguranja u EU još uvek nije harmonizovano. S obzirom na razlike između privatnog prava država članica, osiguravači nisu mogli da se koriste slobodom pružanja usluga u pravom smislu te reči ni nakon donošenja tzv. treće generacije direktiva. To im se jednostavno nije isplatilo. Da bi jedan osiguravač mogao da se pojavi na tržištu neke države članice, morao je da svoju ponudu upodobi imperativnom delu regulatornog okvira te države. Kako je to podrazumevalo velike troškove, te razlike su uticale odvrćajuće. Vid. N. Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja*, str. 55–58.

¹⁰ Prema profesoru Predragu Šulejiću, sledeće norme ZOO su poluprinudne: čl. 908, 913, 914 (3), 917, 932, 955. Vid. P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2005, str. 51–52.

luprinudnih normi omogućava da ugovor o osiguranju bude izraz slobode ugovaranja, a ne zakonske projekcije pretpostavljenih prava i obaveza saugovarača. U skladu sa takvim karakterom poluprinudnih normi, *potrošači se ne mogu odreći prava koja stiču na osnovu samog zakona.*¹¹ *Takođe, ništave su ugovorne odredbe kojima se odredbe zaštitnog karaktera menjaju na štetu potrošača. Uz to, ne može se odstupati od zakonskih odredaba na način kojim se tangira javni poredak u oblasti osiguranja niti odstupanja mogu biti na štetu osiguravača.*

Uvereni smo da su jednostranoobavezujuće norme odigrale noseću ulogu u razvoju ugovornog prava osiguranja. One predstavljaju mehanizam koji u isto vreme etablira određeni stepen zaštite slabije strane i omogućava da se uslovima osiguranja odstupi od zakonskih rešenja i na taj način podstakne razvoj novih vrsta osiguranja. Takođe, uz malo dobre volje osiguravača, može se odstipiti od primene normi koje su očigledno nepovoljne po osiguranike. Takva praksa uočena je u sankcionisanju nesavesno zaključenog nadosiguranja, gde se osiguravači retko pozivaju na vrlo nepovoljne zakonske odredbe.

Iz razlike u zakonodavnoj tehnici uočavamo da se obligaciono i ugovorno pravo osiguranja razlikuju po početnoj tački još od usvajanja ZOO. Dok obligaciono pravo polazi od *pretpostavke jednakosti* saugovarača, ugovorno pravo osiguranja zasnovano je na sasvim suprotnoj pretpostavci.¹² Ono uređuje položaj i odnos ugovornih strana koje su fundamentalno nejednake. Ugovorno pravo osiguranja „zna“ da ugovarač osiguranja, osiguranik, korisnik ili oštećeno lice nisu u poziciji da pregovaraju o sadržini ugovora, da im je ugovor nametnut itd. U ZOO se polazi od tzv. *nove paradigme slobode ugovaranja u oblasti ugovora o osiguranju*,¹³ koja će se u narednim decenijama potvrditi na evropskom planu u ugovornom pravu u celini. Početna razlika povlači i različit metod

¹¹ E. Čikara, *Gegenwert und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien, Die Umsetzung der Richtlinie 87/102/EWG und der Richtlinie 2008/48/EG in das deutsche, österreichische und kroatische Verbraucherkreditrecht*, LIT Verlag, Wein 2010, str. 45.

¹² *Pravna jednakost saugovarača, koja se u obligacionom pravu prezumira, ne znači i stvarnu ravnopravnost učesnika tržišnih odnosa.* Kada ugovor zaključuju ugovarači nejednake ekonomske, pravne i stručne moći, teško je održati pomenutu pretpostavku. Tako i: S. Petrić, *Koncept nepoštenih ugovornih odredbi s posebnim osvrtom na potrošačke ugovore, Nepoštene ugovorne odredbe, Evropski standardi i hrvatska provedba* (ur. V. Tomljenić, S. Petrić, E. Mišćenić), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2013, str. 15.

¹³ Tzv. *nova paradigma slobode ugovaranja* odgovara izmenjenim uslovima poslovanja. Razvoj industrije i tehnologije i potreba obezbeđenja bržeg odvijanja poslovnih transakcija uticali su na *depersonalizaciju ugovornih odnosa* i koncentraciju velike moći u rukama onoga ko se bavi pružanjem usluga ili prodajom roba.

regulative. Ugovorna ravnoteža se u obligacionom pravu pretpostavlja, dok se u ugovornom pravu osiguranja ona mora štiti različitim instrumentima.¹⁴ Konceptualna različitost obligacionog prava i ugovornog prava osiguranja za- paža se i na primeru zakonodavne tehnike o kojoj je bilo reči.

2.3. Detaljnost regulative – zakon u okviru zakona

Čitanjem dela ZOO koji se odnosi na ugovor o osiguranju stiče se utisak da su skoro sva pitanja ugovora o osiguranju – počev od momenta zaključenja ugovora do njegovog prestanka – unapred uređena. Značajno obeležje pravnog režima ugovora o osiguranju na osnovu ZOO jeste *detaljnost* regulative. Postavlja se pitanje da li se to obeležje i inače sreće u ugovornom pravu, koje obeležava princip autonomije volje. Najbolji za poređenje sa ugovorom o osiguranju jesu ugovori o prevozu. I za njih važi princip detaljnog uređenja svih pravnih pitanja. Zašto? Zato što je princip detaljizma svojstven regulativi onih ugovornih odnosa koje karakteriše asimetrija snaga i informisanosti saugovarača. Kako drugačije obezbediti ne samo adekvatnu zaštitu osiguranika (ili korisnika prevoza) već i samo odvijanje tog ugovornog odnosa na poželjan način ako ne detaljnim propisivanjem prava i obaveza strana, odnosno unošenjem zabrana? Princip detaljizma je, dakle, u službi očuvanja balansa u ugovornim odnosima koje karakteriše nejednakost u bilo kom obliku. Osim toga, zahvaljujući principu detaljne regulative i mnoštvu imperativnih normi nazire se ustanova javnog poretka u osiguranju. To je svakako još jedna od osobenosti kodifikacije ugovora o osiguranju u ZOO. Naime, u opštem delu javni poredak nije bio pomenut sve do novela iz 1993. godine.

Smatramo da je detaljizam u regulativi ugovora o osiguranju bio neophodan iz nekoliko razloga. Prvo, radi zaštite slabije strane (tj. neukog potrošača), kome bi osiguravač mogao da nametne brojne nepravične klauzule da nema zakonske intervencije u pravni odnos osiguranja. Najbolji rezultati u zaštiti slabije strane postižu se kombinovanjem detaljne regulative i kogentnog metoda. Da se zakonodavac zadržao na kogentnom metodu a da je propustio da do detalja uredi ugovor o osiguranju, svako potencijalno neuređeno pitanje moglo bi postati izvor pravne nesigurnosti za osiguranike. Rizik nametanja nepovoljnih klauzula veći je nego što se može pomisliti na prvi pogled. Neukost potrošača čini ih vrlo „zgodnim“ za nametanje bilo koje vrste, uključujući i gruba

¹⁴ Njima se značajno ograničava autonomija volje strana, kao jedan od osnovnih principa obligacionog prava.

narušavanja ugovorne ravnoteže na njihovu štetu.¹⁵ Poenta zaštite potrošača je delovanje *a priori*, a ne *a posteriori* kada dođe do narušavanja ugovorne ravnoteže. Zbog neukosti potrošača osiguravači mnogo puta ostaju pošteđeni sankcionisanja upravo zato što potrošač nije prepoznao odredbu koja je na njegovu štetu.

Drugo, zbog uvažavanja specifičnosti ugovora o osiguranju. Taj ugovor se oduvek po brojnim osobinama razlikovao od ostatka ugovornog prava. Počev od aleatornog karaktera, preko tehnike zaključenja ugovora po pristupu, do isticanja potrošačkog karaktera u novije vreme. ZOO je kreiran *koherentan sistem ugovornog prava osiguranja*. To je istovremeno i potvrda da je (ugovorno) pravo osiguranja posebna grana prava i pravna disciplina. Posmatrano sa vremenske distance od četrdeset godina, pristup ZOO je tranzitorni. Sledeća faza u razvoju ugovora o osiguranju treba da bude usvajanje posebnog zakona o ugovoru o osiguranju. Pritom, samo neka rešenja iz tog zakona mogu da posluže kao konceptualna baza, dok je znatan broj njih prilično zastareo za prilike u 21. veku.

Treće, detaljan regulatorni okvir bio je podsticajan i za osiguravače, čiji je zadatak bio utoliko olakšan što su opštim uslovima osiguranja imali samo da popune zakonske „praznine“ ili da izmene dispozitivne norme. To je neuporedivo manji obim posla od onog u vreme pre usvajanja ZOO kada je vladala opšta podnormiranost.

Najzad, sudijama koje nisu imale mnogo iskustva sa osobenom pravnom materijom bilo je jednostavnije da formiraju konzistentnu sudsku praksu sa osloncem na detaljan zakon. Smatramo da isti ti razlozi stoje i danas kada se nalazimo pred potrebom da argumentujemo razloge za hitno usvajanje sektorskog propisa ugovornog prava osiguranja.¹⁶ Pri tome njegovo ključno rukovodno načelo treba da bude detaljizam. Samo takvim uređenjem materije ugovora o osiguranju može se obezbediti kontinuirani razvoj te grane prava i kontinuirana zaštita potrošača usluga osiguranja. Imajući u vidu stepen razvoja brojnih vrsta osiguranja i brojnost zaštitnih pravila, može se očekivati da

¹⁵ I danas se u uslovima osiguravača sreću nepravične i uopšte klauzule kojima se ne vodi računa o interesima potrošača. To nije fenomen karakterističan za nedovoljno fundirana (i po pravilu bivša socijalistička) tržišta osiguranja. Takvih klauzula ima i u uslovima francuskih osiguravača.

¹⁶ N. Petrović Tomić, Opšti pogled na Prednacrt građanskog zakonika Srbije – Pitanje opravdanosti uređenja materije ugovornog prava osiguranja – Neka opšta razmatranja, *Pravni život* 5–6/2018, str. 65–82.

princip detaljne regulative u budućem *lex specialis* propisu rezultira obimnim zakonom.

Princip detaljizma nije prevaziđen ni na današnjem stupnju razvoja vodećih zakonodavstava osiguranja. Ako se analizira bilo koji moderni zakon o ugovoru o osiguranju – od nemačkog¹⁷ ili francuskog, preko skandinavskih zakona, do britanskog ili nedavno usvojenog bugarskog – stiče se utisak da zakonodavac ništa ne prepušta slučaju. Ovo zato što bi se svako propuštanje zakonodavca da neko pitanje uredi na kogentan ili polukogentan način moglo okrenuti protiv potrošača usluga osiguranja. *Princip detaljizma praćen kogentnom i polukogentnom tehnikom regulisanja predstavlja dobitnu kombinaciju za ugovor o osiguranju.*

2.4. Nova paradigma slobode ugovaranja – ograničenje autonomije volje strana

Iako nesporno korisna, kombinacija natprosečnog korišćenja kogentnog metoda i detaljizma prilikom regulative skoro svih pitanja ugovornog odnosa potrošačkih osiguranja značajno sužava manevarski prostor ugovornih strana za slobodu ugovaranja. Osim što se na taj način garantuju minimalna prava i interesi potrošača, osiguravačima se šalje nedvosmislena poruka da je taj deo pravnog prometa pod strogim nadzorom zakonodavca i da neće moći mnogo da odstupaju od *zakonskog modela prava i obaveza* koja proizlaze iz ugovornog odnosa osiguranja. Zapravo, korišćenje polukogentnog metoda čini da u oblasti ugovornog prava osiguranja može da se govori samo o *usmerenoj slobodi ugovaranja*. Samim tim, sloboda ugovaranja u materiji potrošačkih osiguranja svedena je na neznatan broj ugovornih klauzula, odnosno na tzv. satelitske klauzule.

Kada razmatramo novu paradigmu slobode ugovaranja, treba primetiti da je u osiguranju ta suštinska sloboda bar dvostruko ograničena. Prvo zakonom, a zatim uslovima osiguranja. Ono što je zakonodavac ostavio otvorenim primenom dispozitivnih ili poluimperativnih normi osiguravači po pravilu „zatvaraju“ i zaokružuju uslovima osiguranja. Dakle, autonomija volje iz ugla osiguravača i postoji u određenom stepenu. Autonomija volje za osiguranika skoro da ne postoji. Sloboda ugovaranja u oblasti prava osiguranja – naročito pod uticajem zaštite potrošača – sve više se svodi na slobodu da se ugovor zaključi ili ne zaključi, osim kod obaveznih osiguranja, kao i na slobodu izbora osiguravača sa kojim će se zaključiti. Sve van toga je zakonom ili uslovima osiguranja

¹⁷ Nemački *Versicherungsvertragsgesetz* ima 215 paragrafa.

već uređeno. Iz tog razloga se posebna pažnja posvećuje instrumentima zaštite ugovarača osiguranja ili osiguranika u vezi sa zaključenjem ugovora na osnovu uslova osiguranja (pitanjima upoznavanja osiguranika sa njima, predaje uslova osiguranja, tumačenja nejasnoća u uslovima osiguranja i uklanjanja nepravičnih klauzula iz uslova osiguranja). Taj segment zakonodavstva osiguranja je u razvoju, sa izraženim nastojanjem da se poveća stepen zaštite potrošača.

Da zaključimo: kada je reč o osiguranju, postoji dvostruka intervencija zakonodavca. Ne samo da se zakonom interveniše u sva statusna pitanja osiguranja (od osnivanja društava za osiguranje po sistemu dozvola, preko organa upravljanja, do osnova prestanka) već se intervencija nastavlja i na ugovornom planu, korišćenjem metoda koji nije svojstven ugovornim odnosima. To osiguranje čini oblašću izuzetne pažnje zakonodavca, čiji je prvenstveni cilj zaštita potrošača.

2.5. Stvaranje uslova za emancipaciju ugovornog prava osiguranja

Zahvaljujući primeni ZOO, iskristalisala se osiguravajuća i sudska praksa kojom je trasiran put izdvajanja prava osiguranja iz ugovornog prava. To je nesumnjivo jedan od najvećih doprinosa ZOO toj oblasti prava, koja je pre njegovog usvajanja bila potpuno zapostavljena. Zakon u okviru zakona, kojim je na detaljan način i uz korišćenje kogentnog metoda uređena materija ugovora o potrošačkom osiguranju, omogućio je da se uvidi potencijal tog ugovora. U međuvremenu, posle četrdeset godina primene, ugovor o osiguranju postaje jedna od transakcija koju karakteriše obeležje *masovnosti*. Broj ugovora o osiguranju povećava se iz godine u godinu, i to ne samo u domenu obaveznih osiguranja. Danas skoro svaki građanin ima zaključen neki modalitet ugovora o osiguranju. Ugovor o osiguranju od odgovornosti vlasnika motornih vozila zaključuju svi vlasnici i korisnici motornih vozila. Lica čija profesija podrazumeva davanje saveta i mišljenja nosi osobeni profesionalni rizik koji se najbolje kontroliše zaključenjem osiguranja od odgovornosti. Stoga su mnoga osiguranja profesionalnih rizika obavezna. Pojedinci čiji životni standard to omogućava pribavljaju životna osiguranja, sa mogućnošću dopunskog osiguranja od posledica nezgode ili dobrovoljnog zdravstvenog osiguranja. Pogodnosti koje paket životnog i nekog modaliteta neživotnog osiguranja donosi sastoje se u kombinaciji štednje i brige za sopstveno zdravlje ili zaštitu od neočekivanih događaja. Kada se sve sabere, ugovor o osiguranju postaje jedan od najvažnijih ugovora modernog doba. *Zalažemo se za to da regulativa ugovora o osiguranju uvažava značaj tog ugovora.* To se najbolje može postići usvajanjem posebnog zakona.

Pritom naglašavamo ulogu sudske prakse u emancipaciji ugovora o osiguranju. Iako ima odluka koje se mogu navesti kao negativna paradigma u smislu nepoznavanja bazičnih pravila ugovora o osiguranju, imamo u vidu sudsku praksu koja je dugogodišnji partner tržištu osiguranja i zaštitnik prava osiguranika, korisnika prava iz osiguranja i oštećenih lica.

Emancipacija ugovornog prava osiguranja danas nije sporna. U razvijenim pravnim kulturama osiguranja stvaraju se uslovi za grananje te grane prava, u okviru koje se odvojeno razvijaju osiguranje od odgovornosti i životna osiguranja. Kako se transportno osiguranje odavno osamostalilo jer se istorijski odvojeno razvijalo, nema dileme da će u godinama koje dolaze ta grana prava beležiti dalju ekspanziju.

3. RAZVOJ UGOVORA O OSIGURANJU U SRPSKOM PRAVU POSLE 1991. GODINE

3.1. Uopšteno

Generalno posmatrano iz ugla osiguranja, ZOO je nadživeo državu u kojoj je nastao i nastavio je da se primenjuje u drugoj državi (u Srbiji, a isti je slučaj i sa ostalim samostalnim državama). Zapravo, ako se prati razvoj ugovora o osiguranju u srpskom pravu nakon 1991. godine, moguće je govoriti samo o koracima preduzetim sa ciljem izgradnje statusnog dela regulatornog okvira osiguranja. Nakon raspada SFRJ, u Srbiji su usvojeni sledeći zakoni: 1) Zakon o osiguranju imovine i lica iz 1996. godine, koji je bio statusni zakon, ali je, osim toga, sadržao i odeljak posvećen obaveznom osiguranju od odgovornosti vlasnika motornih vozila;¹⁸ 2) Zakon o osiguranju iz 2004. godine, koji mnogi nazivaju prvim tržišno orijentisanim statusnim *lex specialis* propisom osiguranja;¹⁹ 3) Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju²⁰ i 4) Zakon o osigura-

¹⁸ Time je, zapravo, u Srbiji premijerno zakonom uređena materija obaveznog osiguranja od odgovornosti vlasnika motornih vozila. Dalji razvoj te vrste osiguranja nastavljen je Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju, koji je usvoje, 2009. godine.

¹⁹ Taj zakon je karakterističan po tome što se njime čini pokušaj implementacije Direktive 2002/92 o posredovanju u osiguranju. Sadrži poseban odeljak posvećen posrednicima i zastupnicima u osiguranju. Iako je to bio korak napred ka usvajanju tržišnog modela privređivanja, taj zakon je sadržao brojna restriktivna rešenja.

²⁰ Službeni glasnik RS 51/2009, poslednja 7/2013 – Odluka US.

nju iz 2014, kojim je u određenoj meri implementirana Direktiva Solvency II i koji čini pozitivno pravo.²¹

Dakle, zakonodavna aktivnost u sektoru osiguranja bila je tokom godina fokusirana na statusno pravo. Što se tiče ugovornog prava, na snazi je ZOO sa novelama iz 1993. godine, dok se poslednjih desetak godina radi na tekstu građanskog zakonika Srbije (dalje: Prednacrt GZ). Pisci Prednacrt GZ pri svojili su i ugovor o osiguranju, ali se u njegovom uređenju nije odmaklo od Skice. Zapravo, u tekstu posvećenom ugovoru o osiguranju ima i elemenata preuzimanja rešenja iz Principa evropskog ugovornog prava osiguranja, ali na rudimentaran način ili uz izmene kojima su ta inače prihvatljiva rešenja učinjena nejasnim ili teško primenljivim na našu osiguravajuću praksu. *Summa summarum*, uvereni smo da takav pristup nije održiv na duže staze, utoliko pre što rad na ugovornom pravu osiguranja nije završen ni u EU. U procesu harmonizacije naše pravo će morati da se menja u više navrata, te treba izabrati zakonsku formu koja će omogućiti praćenje te dinamike izmena.

Smatramo da od 1991. godine u Srbiji nije mnogo učinjeno u pogledu ugovornog prava osiguranja. Zapravo, taj period se može označiti kao period *stagnacije* u razvoju ugovornog prava osiguranja. Istina je da nepodsticajan regulatorni okvir *ugovornog* dela osiguranja utiče na atraktivnost našeg tržišta za strane ulagače. Što je još gore, potrošači ne uživaju ni minimalan stepen zaštite koji se danas u državama članicama EU podrazumeva, i pored prilično velikih razlika u regulativi. Iako u teoriji ima zagovornika usvajanja *lex specialis* propisa a u praksi osiguranja za to postoji velika podrška, poslednjih sedamnaest godina označava *zastoj u razvoju ugovora o osiguranju*. Praksa je u mnogim situacijama ispred zakonodavca zahvaljujući poluimperativnim normama, što ocenjujemo pozitivno.²² U kontekstu harmonizacije sa tekovinama prava osiguranja EU neophodno je usvojiti poseban zakon, kojim bi srpsko pravo raskinulo sa regulativom koja u velikoj meri nije u skladu sa standardima zaštite potrošača usluga osiguranja. Kontinuitet u razvoju ugovora o osiguranju može se ostvariti samo ako se pređe na viši nivo, a to je usvajanje posebnog zakona.

²¹ Službeni gčasnik RS 139/14.

²² Tako se u Srbiji poslednjih deset godina razvija dobrovoljno zdravstveno osiguranje, o kome ne postoji regulativa.

3.2. Ocena Zakona o obligacionim odnosima nakon usvajanja direktiva kojima je ostvaren delimični stepen unifikacije ugovornog prava osiguranja Evropske unije

Zakonodavna aktivnost na nivou EU u pogledu ugovora o osiguranju još uvek nije dala takve rezultate da bi se moglo govoriti o ugovornom pravu osiguranja EU. To je proces koji traje, za čije okončanje nije zahvalno davati prognoze. Izvršene su izmene zakona o ugovoru o osiguranju kojima su uklonjene prepreke za prekogranični promet u pogledu usluga osiguranja, ali je EU i dalje daleko od stvaranja harmonizovanog ugovornog prava osiguranja. Stvar je u tome da su direktive koje se odnose na pravo osiguranja i zaštitu potrošača ostvarile određeni učinak i da postoji neki minimum ujednačenosti zakonodavstava. Kada se ZOO uporedi sa zakonskim rešenjima različitih država članica – a mi uvek polazimo od lidera zakonodavstva osiguranja, nemačkog i francuskog prava – stiče se utisak da je u značajnoj meri prevaziđen i osuđen na hitne izmene odeljka kojim se uređuje ugovor o osiguranju. To je bilo očekivano uzevši u obzir vremensku dimenziju i obim aktivnosti usmerenih ka harmonizaciji ugovora o osiguranju na evropskom planu. Namera nam je da ukažemo samo na neke od najkritičnijih odredaba, koje u ovom trenutku predstavljaju rešenja koja koče dalji razvoj te grane prava ili su protivna interesima potrošača.

Prvo, odeljak o osiguranju od odgovornosti. Generalno posmatrano, taj deo ZOO je podnormiran. U ZOO su tom tipu izvanredno značajnih osiguranja posvećena samo dva člana: jedan kojim se definiše osiguranje od odgovornosti i drugi kojim se definiše osigurani slučaj u toj vrsti osiguranja. Slikovito rečeno, sve i da je ZOO savršeno moderan zakon u ostalim odredbama, podnormiranost jedne od najznačajnijih vrsta osiguranja u 21. veku dovoljan je razlog za hitno usvajanje *lex specialis* propisa. Osiguranje od odgovornosti – naročito segment obaveznih osiguranja – obeležava savremeni promet i savremeno pravo, utičući i na razvoj drugih grana prava (a najviše odgovornosti za štetu). Dalji razvoj obaveznih osiguranja biće onemogućen bez izmena regulatornog okvira kojima će se usvojiti odstupanja u odnosu na opšti odeljak ugovora o osiguranju. Jedan od najkritičnijih nedostataka jeste nemogućnost primene klauzula *claims made*, koje su široko odomaćene u svim vrstama osiguranja profesionalnih rizika i profesionalne odgovornosti.

Drugo, odredbe o zaštiti osiguranika u vezi sa korišćenjem opštih uslova osiguranja kao izvora prava. Neprecizno određen trenutak kada treba predati

opšte uslove osiguranja ugovaraču osiguranja ili osiguraniku, nepostojanje sankcije za neispunjenje obaveze, nepostojanje odredbe o transparentnosti uslova osiguranja, samo su neki od razloga zbog kojih taj deo zakona treba remodelovati. To je, naime, početna tačka koju treba izmeniti. Predaja uslova osiguranja označava prvi kontakt ugovarača osiguranja sa ugovorom o osiguranju. Potrebne su dve vrste intervencija. Prve možemo nazvati preventivnim: njihov cilj je predaja uslova osiguranja i uopšte upoznavanje potrošača sa odredbama ugovora o osiguranju. Druge su korektivne: stupaju na scenu ako preventivnim merama nije ostvaren odgovarajući efekat. Ključno je da se primenom korektivnih mera sve nejasnoće u uslovima osiguranja protumače na štetu osiguravača, odnosno da se neispunjenje obaveze predaje uslova osiguranja sankcioniše nemogućnošću primene klauzule o isključenim štetama ili klauzule o ništavosti itd.

Treće, preširoko određena obaveza upoznavanja osiguravača sa okolnostima koje su značajne za ocenu rizika. Neuki potrošači su nedorasli toj obavezi koja je u modernim zakonodavstvima preformulisana i svodi se na obavezu osiguranika da tačno odgovori na pitanja sadržana u upitniku za čije sačinjavanje je odgovoran osiguravač. Ta promena od tzv. spontane dužnosti prijavljivanja do obaveze da se tačno odgovori na pitanja iz upitnika u stvari je krucijalna. Njome se uvažava interes osiguravača da bude obavešten o okolnostima za ocenu rizika, ali se teret u vezi sa tim ne prevaljuje na neukog ugovarača osiguranja.

Četvrto, delimična zaštita osiguranika u vezi sa imovinskim osiguranjem, koji *ex lege* može da računa samo na stvarnu štetu, dok izmaklu dobit mora posebno da ugovori ako želi integralno obeštećenje. Ta odredba predstavlja najveće ograničenje daljem razvoju imovinskih osiguranja, iako u tom odeljku ima još zastarelih rešenja. Osiguranici imaju nesporn interes da od osiguravača zahtevaju naknadu celokupne štete, u granicama osigurane sume. Osim toga, ograničavanjem obaveze osiguravača na iznos stvarne štete u odeljku o imovinskom osiguranju odstupa se od opštih pravila kojima se garantuje integralna naknada štete.

Peto, normiranje dužnosti informisanja, koje predstavlja veliki poduhvat. Iako se trenutno rudimentarne odredbe o tome nalaze u Zakonu o osiguranju, sastavni deo materije budućeg zakona o ugovoru o osiguranju čine i dužnost informisanja i savetovanja. Zbog zaštitne uloge i povećanja transparentnosti u osiguranju, naše je uverenje da osiguravač treba ubuduće da ima i jednu i drugu obavezu. Prosto pružanje informacija potrošaču pre zaključenja ugovora samo

delimično ostvaruje zaštitnu ulogu. Ako se želi obezbediti konkretna pomoć u postupku izbora osiguravajućeg pokrića, najveće šanse za to postojeće ako se normira dužnost savetovanja osiguravača. Uostalom, to sada proizlazi iz Direktive o distribuciji osiguranja, koja u pogledu te obaveze izjednačava sve kanale distribucije.²³

Najzad, srpsko pravo se nalazi pred dilemom da li i kako da normira podele osiguranja. Naše je mišljenje da podela na osiguranje imovine i osiguranje lica može da opstane više iz tradicionalnih nego iz suštinskih razloga. Uz to, radi sprečavanja pogrešne kvalifikacije osiguranja od posledica nezgode i donošenja sudskih odluka kojima se demonstrira nepoznavanje fundamentuma instituta osiguranja, neophodno je zakonom etablirati podelu prema prirodi obaveze osiguravača na odštetna i svotna osiguranja. Ta podela ima krucijalan značaj za adekvatno razumevanje hibridnih proizvoda osiguranja. Na tom putu nam može pomoći nemački zakon o ugovoru o osiguranju.

Ovo su samo neka od zastarelih rešenja ZOO, koja su navedena *exempli causa*. Generalno govoreći, kada se posmatra iz ugla poznavanja evropskih tekovina prava osiguranja, ZOO odaje utisak prošlih vremena. Iako je nesporno doprineo razvoju ugovora o osiguranju i odnosne pravne discipline u jugoslovenskom i pravu bivših država članica SFRJ, njegovo vreme neumitno ističe. Zapravo, kontinuitet u razvoju prava osiguranja zahteva usvajanje posebnog zakonodavstva, kojim bi se Srbija (a isto važi i za ostale države nastale raspadom SFRJ) svrstala u korpus država koje poznaju specijalnu regulativu ugovora o osiguranju.

4. DA LI SMO ZRELI ZA USVAJANJE POSEBNOG ZAKONA O UGOVORU O OSIGURANJU?

Srbiji – a verujemo da isto važi i za ostale države bivše Jugoslavije – potreban je podsticajan i moderan regulatorni okvir osiguranja, kojim bi se ostvarila fina ravnoteža između preuzimanja evropskih tekovina i ograničenja koje nameće društveno-ekonomsko uređenje. U tome je osnovno opravdanje za usvajanje posebnog zakona o ugovoru o osiguranju. *Dinamičnost materije, koja je u stalnom razvoju, zahteva da se donese poseban propis koji će moći da prati di-*

²³ N. Petrović Tomić, Direktiva o distribuciji osiguranja i personalizovano savetovanje potrošača – sa osvrtom na koncept procene adekvatnosti, u: Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (ur. V. Radović), Pravni fakultet, Beograd 2018, str. 413–433.

namiku izmena evropskog zakonodavstva. Već smo naveli da što se tiče metoda normiranja zakonske zaštite potrošača usluga osiguranja u uporednom pravu dominira opredeljenje za poseban zakon. On je obično zamišljen kao dopuna građanskom zakoniku, odnosno zakonu o obligacionim odnosima. Takva zakonodavna politika odgovara potrebi čestih izmena i dopuna propisa o zaštiti potrošača usluga osiguranja uzrokovana permanentnom zakonodavnom aktivnošću na nivou EU.²⁴ Osim toga, *zakonodavna tehnika pisanja direktiva se umnogome razlikuje od tehnike pisanja zakona o obligacionim odnosima.* Preduge rečenice, članovi koji sadrže više stavova teško bi se mogli transponovati u buduću građanski zakonik, koji tradicionalno odlikuju precizna i koncizna pravila.²⁵ Najzad, sadržajna divergentnost normi iz različitih direktiva dodatno onemogućava da se obligacionopravna zaštita potrošača usluga osiguranja reguliše građanskim zakonikom. Građanski zakonici su oduvek zamišljeni kao stamena, trajna i samo po izuzetku dopunjiva i/ili izmenjiva pravna monumentalna građevina. Zato je ne treba opterećivati živom, dinamičnom i osobenom pravnom regulativom kao što je osiguranje. S druge strane, građanski zakonik se ne može odreći materije osiguranja kao konstitutivnog sastojka civilističke istorije. U tom smislu se pravo sadržano u zakonu o ugovoru o osiguranju može posmatrati kao nadogradnja postojećeg pravnog poretka. Dakle, pošto se u Srbiji radi na građanskom zakoniku i predstavljen je Prednacrt koji pretenduje da potpuno prisvoji materiju ugovora o osiguranju, mi se sa takvim pristupom ne slažemo. Radi uvažavanja istorije građanskog prava, ali i modernih tendencija u oblasti osiguranja, smatramo da ta materija treba da se подели između Prednacrtu i budućeg *lex specialis* propisa.

Materija ugovora o osiguranju može ostati u građanskom zakoniku u meri u kojoj je moguće uvažiti dve potrebe. *Prva je potreba da se postave temelji buduće zaštite potrošača usluga osiguranja i uopšte instituta osiguranja zasnovanog na modernim tekovinama.* Smatramo da za dalji razvoj tržišta osiguranja može biti

²⁴ Potrošačko pravo je u razvoju! Evropa je daleko od uobličavanja potrošačkog *acquis*-a koji bi predstavljao koherentnu i zaokruženu celinu. S tim u vezi, u hrvatskom pravu se zakonodavna aktivnost usmerena ka implementaciji evropskih standarda zaštite potrošača označava kao „zakonodavna histerija“ ili „zakonodavni stampedo“. Time se slikovito dočaravaju tempo zakonodavnih aktivnosti i brzina menjanja nedavno usvojenih rešenja. Vid. M. Baretić, *Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj nakon ulaska u Evropsku uniju – jesmo li implementacijom evropskog prava izgradili sustav zaštite potrošača?*, u: *Strengthening Consumer Protection in Serbia* (ur. T. Bourgoignie, T. Jovanić), Liber Amicorum Svetislav Tabaroši, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, str. 66.

²⁵ *Ibid.*, str. 80.

vrlo korisno ako se kodifikacijom građanskog prava uredi ugovor o osiguranju, uvažavanjem tekovina ugovornog prava osiguranja. Pod tim prvenstveno mislimo na načela i principe, bez zadiranja u konkretna pravna pitanja koja se ne mogu uređivati sistemskim propisima, kao što je građanski zakonik. *Drugi interes o kome treba voditi računa prilikom koncipiranja odeljka o ugovoru o osiguranju odnosi se na njegovu dinamičnost i stalni razvoj.* Ugovor o osiguranju je tipičan potrošački ugovor, koji će u godinama koje dolaze i u našem pravu poprimiti obeležje masovnosti. Uz to, u eri interneta, s jedne strane, i uticaja prava EU, s druge strane, realno je očekivati srazmerno češće izmene regulative ugovornih pitanja nego do sada. Da bi se ta potreba uvažila i omogućio dalji razvoj ugovornog prava osiguranja, pisci građanskog zakonika treba da odustanu od detaljnog uređenja pojedinačnih pravnih pitanja i da se fokusiraju na principe i načela. Samo tako osmišljeni građanski zakonik može da opstane u 21. veku. Generalni reper za Komisiju trebalo bi da bude karakter normi. Naime, sve što se uređuje dispozitivnim normama treba da ostane izvan budućeg zakonika. Što se tiče imperativnih i poluimperativnih normi, ta materija treba da uđe u građanski zakonik u meri u kojoj je načelnog karaktera.

Usvajanje građanskog zakonika Srbije u 21. veku ima smisla samo ako se prilikom koncipiranja njegovog sadržaja uvažavaju izmenjene okolnosti i potrebe savremenog pravnog prometa. Konkretno, za ugovor o osiguranju ne može se potpuno preuzeti materija ZOO. Budući da u vreme usvajanja tog zakona nije moglo biti govora o kasnijem donošenju zakona o ugovoru o osiguranju, s jedne strane, i da ugovor o osiguranju nije bio u današnjoj meri pod uticajem evropskih propisa, s druge strane, bilo je prihvatljivo njegovo detaljno uređenje pomenutim propisom. ZOO je bio ispred svog vremena u materiji ugovora o osiguranju. Upravo taj zakon je dao „vetar u leđa“ razvoju prakse osiguranja, zasnovane na principima koji će tek kasnije u Evropi biti označeni kao zaštita potrošača. Ako se želi obezbediti moderan i podsticajan regulatorni okvir osiguranja – jedini kakav smatramo prihvatljivim u 21. veku – to treba učiniti podelom materije ugovornog prava osiguranja na građanski zakonik i zakon o ugovoru o osiguranju. Konkretno, teren građanskog zakonika je nedovoljan i previše skučen za dalji razvoj ugovornog prava osiguranja. Ma koliko da usvoji moderna rešenja, građanski zakonik bi „zacementirao“ dalji razvoj ugovora o osiguranju. Stoga predlažemo da se građanskim zakonikom Srbije postave temelji moderne ustanove osiguranja i zaštite potrošača usluga osiguranja korišćenjem zakonodavne tehnike imperativnih i poluimperativnih normi. Zakonom o ugovoru o osiguranju treba urediti sva ostala pitanja ugovornog prava

osiguranja, podeljena u opšti i posebni deo. Smatramo da, konkretno, budući srpski zakon o ugovoru o osiguranju u opštem delu treba da sadrži odredbe koje se odnose na sve vrste osiguranja, a kojima se uređuju sva pitanja od momenta zaključenja do prestanka ugovora o osiguranju (ugovorne obaveze, osiguranje sa povratnim dejstvom, polisa, početak i kraj osiguranja, period pokrivanja itd). Posebni deo treba posvetiti posebnim pravilima koja se odnose na odštetna osiguranja, tačnije na osiguranje stvari i osiguranje od odgovornosti. Veliki nedostatak našeg regulatornog okvira jeste regulativa osiguranja od odgovornosti, koje se u praksi odvija prema uslovima osiguranja. Tom osiguranju treba posvetiti posebnu glavu, koja bi bila podeljena na odeljak koji sadrži opšte odredbe i odeljak koji u osnovnim vrtama uređuje obavezno osiguranje. Kada je reč o osiguranju lica, osim životnog osiguranja – koje je uređeno i ZOO – posebnim glavama treba urediti i osiguranje od nezgode i zdravstveno osiguranje. Uvidom u širinu materije koja bi morala biti regulisana *lex specialis* propisom jasno je da se sistemskim propisom kao što je građanski zakonik ne može pretendovati na uređenje te materije.

5. DA LI SU PRINCIPI EVROPSKOG UGOVORNOG PRAVA OSIGURANJA MODEL-UZOR?

Uvažavajući razlike između ugovornog prava država članica EU i shvatajući ih kao smetnju, pitanje je da li bi prilikom koncipiranja zakona o ugovoru o osiguranju od koristi mogli biti Principi evropskog ugovornog prava osiguranja (eng. *Principles of European Insurance Contract Law*, dalje: Principi). Principi predstavljaju svojevrsnu *kodifikaciju* evropskog ugovornog prava osiguranja, kojom se nastoji dati dodatni podsticaj harmonizaciji ugovornog prava osiguranja EU. Principi su sadržani u opštem referentnom okviru i treba da posluže kao model-zakon evropskim zakonodavcima.²⁶ Oni su koncipirani kao *opcionni instrument*, budući da ugovaraču osiguranja (osiguraniku) i osiguravaču omogućavaju da izaberu primenu tih principa umesto nacionalnog prava, tj. njegovih imperativnih odredaba.²⁷ Time se stvaraju dalji uslovi za

²⁶ E. Lorenz, Grundlagen des Versicherungsvertragsrechts, u: Versicherungsrechts-Handbuch (hrsg. R. Michael Beckmann, A. Matusche-Beckmann), Verlag C. H. Beck München 2009, str. 15; I. Rokas, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) as a settled and balanced system of policyholder protection, Evropska revija za osiguranje 1/2013, str. 37–41.

²⁷ J. Basedow, The Case for a European Insurance Contract Code, Journal of Business Law,

stvarno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta osiguranja Evropske unije, a evropskim građanima obezbeđuje pristup stranim uslugama osiguranja.²⁸ Međutim, sama činjenica da Principi nisu uveliko prihvaćeni ni u državama članicama ukazuje nam na problem sa kojim bi morao da računa svaki pravni sistem koji se odluči da implementira Principe. Naime, Principi su po mnogim pitanjima rezultat kompromisa između dijametralno suprotnih rešenja prava osiguranja država članica EU. Kao takvi, često sadrže norme koje zvuče kao „strano telo“ iz ugla važećeg prava bilo koje države članice. Stoga smo uvereni da predloge iz Principa ne treba prihvatati *telle quelle*, bez prethodnog promišljanja kapaciteta njihovog uklapanja u naše pravo i društveno-ekonomske prilike.

Dakle, koji god strani izvor da se koristi kao model, ključno je da se izbegne pristup *copy-paste*. Protiv smo proste recepcije stranih rešenja, bez prethodnog sagledavanja mogućnosti njihove primene u našoj osiguravajućoj stvarnosti. Ma koliko da je dobro ili moderno neko rešenje iz nemačkog ili francuskog zakona – koji definitivno mogu poslužiti kao uzor za pisanje fundiranog, a ne instant zakona – pitanje je da li bi se kod nas mogli očekivati identični učinci njegove primene.

6. ZAKLJUČAK

Zakon o obligacionim odnosima ima značajnu ulogu u istoriji ugovora o osiguranju u jugoslovenskom i srpskom pravu. Usvajanje tog sistemskog zakona označava preokret u razvoju ugovora o osiguranju i odnosne grane prava i pravne discipline. Dok do donošenja ZOO ugovorno pravo osiguranja i nije postojalo već su se ugovorni odnosi uređivali na osnovu opštih uslova osiguranja (kreiranih po „meri“ osiguravača), situacija se drastično promenila od 1978. godine. O tome u kojoj meri je Zakonom o obligacionim odnosima

2001, str. 569–586; C. Croly, R. Merkin, Doubts About Insurance Codes, *Journal of Business Law*, 2001, str. 587–604; H. Heiss, *Europäischer Versicherungsvertrag*, *Versicherungsrecht*, Heft 1, 2005, str. 1–4; M. Clarke, Helmut Heiss, Towards a European Insurance Contract Law? Recent Developments in Brussels, *Journal of Business Law*, 2006, str. 600–607; G. Rühl, Common Law, Civil Law and The Single European Market for Insurances, *International and Comparative Law Quarterly* 56/2007, str. 879–910; A. Th. Müller, *Vers un droit européen du contrat d'assurance – Le „Projet Group Restatement of European Insurance Contract Law“*, *Revue Européenne Du Droit Privé*, 2007, str. 59–101.

²⁸ Imajući u vidu broj evropskih građana koji emigriraju ili privremeno žive u drugoj državi, ideja je da se omogućí kreiranje proizvoda osiguranja na evropskom nivou.

stvoren fundiran sistem ugovora o osiguranju najbolje govori podatak da ni posle četrdeset godina nijedna od država nastalih raspadom SFRJ nije do ovog trenutka usvojila poseban zakon o ugovoru o osiguranju. Sve države članice su preuzele tekst ZOO, koji je u nekim državama (Slovenija, Hrvatska) izmenjen usled pristupanja EU, dok se u nekim (Srbija) poslednjih 10 godina radi na kodifikaciji građanskog prava. Iako istorijski razlozi, prema mišljenju nekih teoretičara, nalažu preuzimanje materije ugovora o osiguranju, mi smo više puta iskazali razloge protiv takvog pristupa. Iz ugla Srbije i srpskih prilika, uvažavajući glas struke osiguranja, neophodno je što pre usvojiti zakon o ugovoru o osiguranju. Smatramo da isti argumenti stoje i za ostale države na ovim prostorima.

Bez sumnje, nastupa trenutak dovoljne zrelosti i spremnosti pravnih sistema *ex-yu* prostora da ugovoru o osiguranju priznaju rang koji mu po praktičnom značaju i privrednim rezultatima pripada. Dalji razvoj tog ugovora na ovim prostorima, a prevashodno edukacija potencijalnih potrošača i razvoj kulture osiguranja biće mogući samo ako se usvoji specijalno zakonodavstvo. Da bi se izašlo iz faze stagnacije i zastoja i prešlo u sledeću fazu razvoja ugovora o osiguranju, neophodno je usvojiti sektorski poseban propis. Po dobrom evropskom iskustvu, takav zakon bi trebalo da stvori fundiran sistem, koji bi podsticao razvoj ugovora o osiguranju. Pritom je zakonodavno iskustvo u vezi sa ugovorom o osiguranju dragoceno. Uvereni smo da prilikom izrade novog zakona o ugovoru o osiguranju treba početi od sledećih premisa. Prvo, shodno dobroj evropskoj zakonodavnoj praksi, princip detaljizma treba da ostane osnovno rukovodno načelo. Ideja je da se kreira fundiran regulatorni okvir, kojim će pravni život ugovora o osiguranju biti regulisan vrlo detaljno. Drugo, treba koristiti kogentni i polukogentni metod. Time će se učvrstiti temelji ustanove javnog poretka u osiguranju koji su postavljeni Zakonom o obligacionim odnosima. Uz to, treba potvrditi opredeljenje u korist ograničene (usmerene) slobode ugovaranja kao pokazatelja osobene pravne prirode ugovora o osiguranju i uticaja zaštite potrošača. To ne znači da u tom delu ugovornog prava neće biti dispozitivnih normi. Pretpostavljamo da bi se mogla uočiti sledeća tendencija: što je zakon detaljniji, to će potencijalno biti veći i broj dispozitivnih normi. Treće, na osnovu uporednopravne studije u poseban zakon o ugovoru o osiguranju treba implementirati moderna rešenja, ali uz istovremeno uvažavanje ograničenja koja nameće društveno-ekonomska situacija. Pritom, nije moguće postići moderan i podsticajan regulatorni okvir odjednom, to jest na osnovu usvajanja jednog zakona. Zakonodavac mora biti

svestan da je postizanje tog cilja dugoročan posao, koji se može ostvariti samo u etapama. Poznajući ukorenjenost rešenja ZOO i sistem koji je na osnovu njih nastao, nije realno očekivati da se već prilikom pisanja prve verzije zakona postigne konsenzus zakonodavstva i prakse osiguranja.

Literatura

- Baroš, P., Osiguranje od odgovornosti vlasnika i korisnika mozornih vozila za štete pričinjene trećim licima, magistrski rad, Novi Sad 2008.
- Besson, A., Osiguranje i građanska odgovornost, *Pravni život* 11–12/1992.
- Čolović, V., Zastarelost regresnih zahteva u osiguranju, *Pravna riječ* 36/2013.
- Čolović, V., Tešić, A., Upoznavanje sa opštim uslovima osiguranja kao uslov za zaključenje ugovora o osiguranju, u: *Osiguranje, naknada štete i parnični postupak* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Beograd 2014.
- Čolović, V., Treće oštećeno lice, u: *Bezbednost saobraćaja, osiguranje i naknada štete* (ur. Zdravko Petrović), Beograd 2015.
- Čolović, V., Vremensko ograničenje obaveze osiguravača – prime a clams' made klauzule kod osiguranja od odgovornosti, *Pravo i privreda* 7–9/2018.
- Đurđević, M., Obligacija obaveštavanja u ugovorima u potrošnji, *Pravo i privreda* 5–8/2008.
- Đurđević, M., Opšti uslovi ugovora i zaštita potrošača, *Od caveat emptor do caveat venditor*, Kragujevac 2009.
- Đurđević, M., Tumačenje ugovora u korist jedne ugovorne strane sa posebnim osvrtom na tumačenje potrošačkog ugovora u korist potrošača, *Pravna riječ* 36/2013.
- Filipović, A., Naknada štete prouzrokovane upotrebom nepoznatog ili neosiguranog motornog vozila, *Pravni život* 11/1996.
- Ilkić, Z., Zaključivanje i uređivanje sadržine ugovora o osiguranju, u: *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Zlatibor 2012.
- Ivančević, K., Usklađenost regulative Republike Srbije sa evropskim pravom u domenu zaštite potrošača usluge osiguranja, *Promene u pravu osiguranja Srbije u okviru evropskog (EU) razvoja prava osiguranja*, Palić 2011.
- Ivančević, K., O nepravednim ugovornim odredbama uslova osiguranja u pravu EU i Srbije, *Integracija (prava) osiguranja Srbije u evropski (EU) sistem osiguranja* (zbornik radova), Palić 2009.
- Jankovec, I., *Ugovor o reosiguranju*, Savremena administracija, Beograd 1967.
- Jankovec, I., Upotreba motornog vozila kao uslov za nastupanje osiguranog slučaja u obaveznom osiguranju, *Pravni život* 11/74.
- Jankovec, I., *Obavezno osiguranje za štete od motornih vozila*, Savremena administracija, Beograd 1977.

- Jovanović, S., Neki aspekti delatnosti reosiguranja i ugovora o reosiguranju, *Evropska revija za osiguranje* 3–4/2003.
- Jovanović, S., Osiguranje od odgovornosti – ugovorno pokriće po sistemu nastanka osiguranog uzroka ili datuma postavljanja odštetnog zahteva, *Evropska revija za osiguranje* 1/2010.
- Jovanović, S., Počuča, M., Subrogacija u osiguranju, sličnosti i razlike sa drugim institutima, *Evropska revija za pravo osiguranja* 4/2014.
- Jovanović, S., Pavlović, Z., Jedan pogled na institut osiguranog slučaja, *Reforme i novi izazovi u pravu osiguranja*, Palić 2016.
- Kapor, V., Carić, S., Ugovori robnog prometa, deveto izdanje, Centar za privredni konsalting, Novi Sad 1996.
- Karanikić Mirić, M., Odgovornost vlasnika motornog vozila kao preduslov odgovornosti osiguravača, *Pravni život* 10/2011.
- Konstantinović, M., *Obligaciono pravo, beleške sa predavanja*, Beograd 1956.
- Konstantinović, M., Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu, *Pravni život* 9–10/1992.
- Mrkšić, D., Novi ugovori osiguranja života, u: *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Zlatibor 2012.
- Ognjanović, S., *Osiguranje od odgovornosti za štete pričinjene motornim vozilom*, Centar za privredni konsalting, Novi Sad 2003.
- Pak, J., *Pravna zaštita potrošača usluga osiguranja sa posebnim osvrtom na građansko-pravnu odgovornost posrednika i zastupnika*, *Posrednici i zastupnici osiguranja u pravu EU i srpskom pravu*, Intermeks, Beograd 2007.
- Pak, J., Slavnić, J., Jovanović, S., *Vreme trajanja osiguranja*, Prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u novom *Građanskom zakoniku Srbije*, *Revija za pravo osiguranja* 4/2008.
- Pak, J., *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2011.
- Pak, J., *Značaj životnih osiguranja za materijalnu sigurnost u starosti*, *Promene u pravu osiguranja Srbije u okviru evropskog (EU) razvoja prava osiguranja* (zbornik radova), Palić 2011.
- Pak, J., *Klauzula o vođenju spora u ugovorima o osiguranju od građanske odgovornosti*, u: *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Zlatibor 2012.
- Pak, J., *Interes kao osnovni uslov za punovažnost ugovora o osiguranju*, u: *Osiguranje, naknada štete i parnični postupak* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Beograd 2014.
- Perović, S., *O jednom projektu zakona o naknadi štete prouzrokovane saobraćajnim nezgodama*, *Pravni život* 12/81.
- Perović, S., *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, sedmo izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd 1990.
- Petrović Tomić, N., *Odgovornost direktora akcionarskog društva za osiguranje – Neke specifičnosti sektorskog pristupa*, *Pravo i privreda*.

- Petrović Tomić, N., Kodeks poslovne etike, *Pravni život* 11/2006.
- Petrović Tomić, N., Neustavnost oduzimanja dozvola za rad društvima osiguranja iz razloga koji nisu izričito propisani zakonom, *Pravo i privreda* 9–12/2009.
- Petrović Tomić, N., Osiguranje robe u međunarodnom pomorskom prevozu, *Pravni fakultet*, Beograd 2009.
- Petrović Tomić, N., Medijacija u osiguranju, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci* 1/2010.
- Petrović Tomić, N., Uticaj osiguranja od odgovornosti direktora na prvi agencijski problem, *Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije (zbornik radova)*, Palić 2010.
- Petrović Tomić, N., Osiguranje od odgovornosti direktora i članova upravnog odbora akcionarskog društva, *Pravni fakultet*, Beograd 2011.
- Petrović Tomić, N., Osiguranje od profesionalne odgovornosti advokata, *Pravni život* 10/2011.
- Petrović Tomić, N., Neka aktuelna pitanja Nacrta Zakona o osiguranju, *Pravni informator* 10/2012.
- Petrović Tomić, N., Osiguranje života vezano za investicione fondove, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2013.
- Petrović Tomić, N., Rešavanje potrošačkih sporova pred arbitražom, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2014.
- Petrović Tomić, N., Još jedan Nacrt Zakona o osiguranju – ključne slabe tačke predloženog regulatornog okvira osiguranja, u: *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2014)*, (ur. Vuk Radović), *Pravni fakultet u Beogradu*, Beograd 2014.
- Petrović Tomić, N., Zaštita osiguranika pojedinca i Prednacrt Građanskog zakonika, *Pravo i privreda* 4–6/2015.
- Petrović Tomić, N., Ključni nedostaci predloženog regulatornog okvira osiguranja u pogledu nepravičnih klauzula, u: *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2016)*, (ur. Vuk Radović), *Pravni fakultet u Beogradu*, Beograd 2016.
- Petrović Tomić, N., Evropski okvir vansudskog rešavanja sporova iz osiguranja od odgovornosti imalaca motornih vozila i srpsko pravo, *Srazmernost i pravna izvesnost u pravu osiguranja*, Palić 2017.
- Petrović Tomić, N., Kultura arbitražnog rešavanja sporova iz osiguranja velikih rizika i reosiguranja – Zaštita od sudske aleatornosti, *Pravo i privreda* 7–9/2018.
- Slavnić, J., Kritički osvrt na regulativu Zakona o osiguranju o obligaciono–pravnim odnosima posrednika osiguranja, *Posrednici i zastupnici osiguranja u pravu EU i srpskom pravu*, *Intermeks*, Beograd 2007.
- Slavnić, J., Pogled na neka nova zakonska rešenja neprimerena obaveznom osiguranju autoodgovornosti, *Pravni život* 11/2010.
- Slavnić, J., Gubitak prava iz osiguranja autoodgovornosti prema novom zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju, *Revija za pravo osiguranja* 1/2011.

- Slavnić, J., Predlog tema za javnu raspravu o rešenjima koja nisu prihvaćena u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije u odnosu na ugovor o osiguranju, *Evropska revija osiguranja* 1/2012.
- Slavnić, J., Neki važniji predlozi doktrine u Srbiji Komisiji za GZS za ugledanje na rešenja ZOUN, u Slavko Đorđević.
- Slavnić, J., Nova područja i pravila tumačenja ugovora u korist jedne strane kod ugovora o osiguranju, *Moderno pravo osiguranja: tekuća pitanja i trendovi* (zbornik radova), Palić 2014.
- Slavnić, J., Zakonsko regulisanje posledica povreda ugovorom o osiguranju predviđenih obaveza za osiguranika u savremenim evropskim pravima, Palić 2017.
- Slijepčević, D., Uticaj stečaja na ugovor o osiguranju, *Pravni informator* 4/2004.
- Stojanović, D., Istorijski razvoj i ciljevi građansko-pravne odgovornosti za prouzrokovanu štetu, *Pravni život* 9–10/1992.
- Sokal, V., Štete pokrivenne osiguranjem i njihova naknada, *Pravni život* 11–12/1992.
- Stanišić, S., Pravne posljedice docnje u plaćanju premije osiguranja, u: *Osiguranje, naknada štete i novi Zakon o parničnom postupku* (ur. Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović), Zlatibor 2012.
- Stanišić, S., Regres i zakonska subrogacija u osiguranju od autoodgovornosti, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 5/2005.
- Stanišić, S., Motorno vozilo i saobraćajna nezgoda kao karakteristične pretpostavke odgovornosti za štetu, *Pravni život* 24/2010.
- Stanišić, S., Odgovorna lica za štete prouzrokovane motornim vozilom, *Pravni život* 10/2010.
- Šulejić, S., Odnos osiguranja i građanskopravne odgovornosti, *Pravni život* 11–12/1992.
- Šulejić, S., *Komentar ZOO, II knjiga* (gl. redaktor Slobodan Perović), Beograd 1995.
- Šulejić, S., *Pravo osiguranja*, Pravni fakultet, Beograd 2005.
- Šulejić, S., *Osiguranje od odgovornosti davalaca usluga, Osiguranje u susret procesu pridruživanja Srbije i Crne Gore Evropskoj uniji* (zbornik radova), Palić 2006.
- Šulejić, S., Zastarelost potraživanja iz pravnih odnosa osiguranja kao predmet zakonskog regulisanja, *Revija za pravo osiguranja* 2/2009.
- Šulejić, S., *Ugovor o osiguranju u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije od 2010. godine, Evropske (EU) reforme u pravu osiguranja Srbije* (zbornik radova), Palić 2010.
- Šulejić, S., *Metod regulisanja zakonskih normi koje se odnose na ugovor o osiguranju*, *Pravni život* III, 11/2012.
- Šulejić, S., *Ugovor o kolektivnom osiguranju u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije*, Palić 2013.
- Terzić, N., *Direktive Evropske unije u oblasti obaveznog osiguranja autoodgovornosti, Novo zakonodavstvo u osiguranju imovine i lica*, Palić 2002.