

*Академик Јожеф Салма, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ

– у европском, упоредном и домаћем праву –

Сажетак: Аутор у овом раду разматра појам, домен примене и особености уговорне одговорности на основу домаће и упоредне теорије и праксе, имајући у виду реформу, односно европску хармонизацију Закона о облигационим односима Републике Србије. Основна особина уговорне одговорности је да пошче из повреде уговора (неизвршење, неправилно извршење и доцња). Међу њим, уговорна одговорност несавесног уговарача према другој савесној страни може да настане и из разлога ништовности уговора, иј. поводом пога шће је повређен империјални пропис закона (повреда јавног поретка). Бина особина уговорне одговорности је и у томе шће се она може смањити клаузулама о редукацији или искључењу, саасно правилима о аутономији воље. Код уговорне одговорности, под условом да је повређен уговор, одговорност може да наступи и онда ако није настала шћења, уколико је по предвиђено датом врстом клаузуле о одговорности. За разлику од пога, основни услов деликтне одговорности је да је дошло до шћења, иј. проивправног умањења туђе имовине или повреде телесног или психичког интритетта личности.

Кључне речи: Уговорна одговорност; правне особине, врсте и обим уговорне одговорности; конкуренција уговорне и деликтне одговорности

I

Уводне напомене

Домаћа литература се више бавила деликтном¹ него уговорном одговорношћу. У домаћој литератури постоје значајни радови којима се уговор-

¹ В. на пример Обрен Спанковић, Накнада штете (Новчана накнада неимовинске штете, Накнада за појачане напоре и умањење животне активности, накнада имовинске штете, накнада штете у облику ренте), постхумно издање, Номос, Београд, 1998.

на одговорност обрађује по појединачним аспектима², али не постоји рад који би уговорну одговорност обрадио на систематски и целовит начин. Изузетак додуше чине систематска дела облигационог права у којима су на основама упоређивања деликтне (вануговорне) и уговорне одговорности извршене корелације те две одговорности. Наравно, аутор ни по обиму нити у погледу целине проблематике уговорне одговорности није у могућности, нити има за циљ да овим радом „замени“ недостајућу домаћу литературу, већ само да покуша да на основу теоријске, упоредно-правне анализе, као и анализе домаћег важећег права, да општи преглед важнијих питања.

У упоредном праву владајући је принцип одвојене примене правила о уговорној и вануговорној одговорности, тачније, правило је да се на исти одштетно-правни однос не може установити двострука одговорност одговорног лица, истовремено и деликтна и уговорна (*принцип декумулације* уговорне и деликтне одговорности). Постоје изузетни случајеви када се *кумулирају*³ или барем *испреплићу* правила а уговорној и правила о деликтној одговорности⁴. Такав је случај код осигурања од одговорности код кога се на основу уговора преноси одговорност са потенцијалног штетника, осигураног лица на осигуравача. Према оштећеном трећем лицу осигуравач одговара према правилима о уговорној одговорности, бар у примарној парници. У секундарној или регресној парници где је тужилац осигуравајуће друштво, а тужени штетник, осигурано лице, регрес се расправља по правилима о деликтној одговорности. Но такав је случај и одговорност за савесно вођење преговора код кога је одговорност деликтна, зато што је повређен императивни законски принцип савесности и поштења⁵, али се мера одговорности делом одређује према правилима о уговорној одговорности.

² В. на пример Слободан *Перовић*, *Забрањени уговори*, Сл. лист СФРЈ, Београд, 1975; *ibid*, Теорија недозвољене каузе у практичној примени, Анали Правног факултета у Београду, 1-3/1972; Миодраг *Орлић*, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993.

³ Упор.: Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Leçons de Droit civil*, Tome deuxième, Obligations, Biens, Édition Montchrestien, Paris, 1962, стр. 331-334. Кумулација је ипак изузетна. Правило је дакле да се примењују или правила о контрактуалној или правила о деликтној одговорности, у зависности од тога да ли се ради о повреди уговора или о грађанскоправном деликту. Упор. браћа *Mazeaud*, *op. cit.*, стр. 321. тач. III, и стр. 332, тач. 404. У новијем коментару француског Code civil-а, поводом чл. 1147. (В. нпр., Code civil 102e édition, Dalloz, Paris, 2003, стр. 979.) потврђује се начело некумулације уговорне и деликтне одговорности: *Princip du non-cumul des responsabilités contractuelle et delictuelle*.

⁴ Као на пример код одговорности несавесно вођење преговора, јер је основни став литературе да је то деликтна одговорност, али се на меру одговорности примењују правила о уговорној одговорности.

⁵ В. чл. 12. ЗОО.

Корелација уговорне и вануговорне одговорности постоји и у том смислу да у случају да за уговорну одговорност што друго није предвиђено, сходно се примењују општа правила о деликтној одговорности.⁶

II

Појам и обим уговорне одговорности

А) Грађански деликџ, истовремени кривични деликџ и ѿвреда уѿвора (уѿворна одѿворностѿ)

Док је деликтна одговорност последица повреде *оѿшѿеѿ ѿравноѿ акѿа*, непоштовања опште забране проузроковања штете другом, уговорна одговорност настаје повредом *индивидуалноѿ ѿравноѿ акѿа*, тј. уговора, акта странака, повредом уговорних обавеза.

Из такве корелативне дефиниције проистиче, поред заједничких особина (проузроковање штете другом), низ *ѿособностѿи* уговорне одговорности.

У материји грађанскоправне одговорности влада начело *ѿоѿѿѿуносѿи накнаде*, тј. правило „колика је штета, толика је и накнада“. При томе је накнада једнако потпуна и онда када је грађански деликт проузрокован најмањом кривицом (нехатом) и онда када је проузрокована највећом кривицом (умишљајем). Такво правило је установљено у швајцарском праву, као и у домаћем праву, за разлику од аустријског права које у зависности од степена кривице одређује потпуност или непотпуност накнаде. Потпуност накнаде као грађанскоправне санкције је последица приватног заштитног циља грађанског деликтног права који се састоји у томе да се имовина оштећеног врати у пређашње равнотежно стање, тј. у стање које је постојало пре противправне деликтне радње.

Деликтно грађанско право се не бави кажњавањем штетника већ обештећењем оштећеног. Ако је по среди *истовремени ѿрађански и кривични деликџ*, начело репресије, тј. кажњавање примењује кривично право. Грађанско деликтно право пак примењује начело повраћаја у пређашње имовинско стање оштећеника (*in integrum restitutio*). У случају истовременог грађанског и кривичног деликта, нема приговора *ne bis in idem*-а (не двапут по истој правној ствари), будући да су кривични и грађански поступак по правилима материјалног права раздвојени различитим циљевима - први кажњавањем учиниоца, други обештећењем оштећеног, иако су последице (повреда поретка и повреда правом заштићене имовине и личности оштећеног) наступиле из истог чињеничног стања.⁷ То сходно вреди и за корелацију уговорне и кривичне одговорности.

⁶ В. чл. 269. 300.

⁷ В. József Szalma, Differenzierung zwischen der Bürgerlichrechtlichen und der Strafrechtlichen Haftung in der Doktrin und in den Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts, Annales

За разлику од грађанског деликтног права, *контрактуална (уговорна) одговорност није увек вођена идејом о њојности* накнаде. Од тог принципа контрактуална одговорност одступа уколико *уговор* чија повреда повлачи уговорну одговорност садржи *клаузулу о редукацији или искључењу одговорности* или уопште *клаузулу о одговорности* за случај повреде уговорених дужности (обавеза) уговорних страна. Наравно, уколико *уговор нема клаузулу о одговорности* за случај повреде уговора, *важе сусидијарна правила деликтног права*, у овом случају, начело о потпуности накнаде. Могућност, односно допуштеност контрактуалне редукације одговорности проистиче из тога што је уговорна одговорност последица повреде *индивидуалног акта*, акта странака - уговора, њихових уговором предвиђених узајамних права и обавеза, као и јавним поретком и добрим обичајима ограничене *слободе уговарања*, дакле уз ограничење могућности уговорне редукације одговорности према правилима о јавном поретку, добрим обичајима и императивним прописима. Постоје и случајеви када посебни прописи искључују уговорну одговорност за намерно проузроковану повреду уговора. У највећем броју правних поредака ништаво је путем уговорних клаузула искључење или редукација одговорности за кривично дело.

У иностраној (француској) доктрини се с правом истиче критеријум разликовања деликтне и уговорне одговорности на плану *јединства уговорне и диверзибилитетне одговорности*.⁸ Јединство уговорне одговорности се манифестује у томе што је њено порекло у уговору, као делу воље странака и у кривици због неизвршења, противно тој сагласној вољи. Диверзибилитет деликтне одговорности најпре проистиче из врло различитих чињеничних стања (нпр. саобраћајни удес, дејство ствари, штета од опасних производа итд.), као и из тога што де-

Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, sectio iuridica, tomus L. Budapest, 2009, str.187-211.; József Szalma, Differenzierung zwischen der Zivilrechtlichen und der Strafrechtlichen Haftung in der Theorie und in den Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts, Rechtsgeschichtliche Vorträge, Budapest 2009. стр. 3-25.; Жожеф Салма, Одговорност за штете од дејства ствари, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2009, стр. 7-31.; József Szalma, Szerződésen kívüli (deliktális) felelősség az európai és a magyar magánjogban (Вануговорна – деликтна - одговорност у европском и мађарском приватном праву), Budapest (заједничко издање: ELTE ÁJK – Правни факултет у Будимпешти Универзитета ЕЛТЕ - и Bibor Kiadó, Miskolc), 2008; о односу кривичне и грађанске деликтне одговорности, в. стр. 238.; Жожеф Салма, Правне особине грађанскоправне одговорности (Разграничење грађанско-правне од кривично-правне одговорности), Зборник радова правног факултета у Новом Саду, бр. 1-2/2008, Нови Сад, стр. 79-98.

⁸ В. на пример René Savatier, Traite de la responsabilité civile en droit Français, civil, administratif, professionnel, procédural. Préface de Georges Ripert, Tome premier – Les sources de la responsabilité civile, Deuxième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand –Auzias, 1951, стр. 136-137. тач. 109.

ликтна одговорност може бити и субјективна и објективна (независна од кривице).

Још једна важна разлика постоји и у томе што је уговорна одговорност заснована на *аутономији воље*. То значи да стране ту одговорност могу уредити у границама слободе уговарања, а деликтна, као заснована на општој законској забрани проузроковања штете другом, на *империјативном начелу*.⁹ Но, од те императивности у правилима деликтног права има одступања, управо на основу начела о аутономији воље, што значи да стране у случају спора о висини деликтне одштете могу да се *јоравнају*.¹⁰

Одшћейа (накнада штете) је код деликтне одговорности у принципу *јошћуна*, тј. онолика колика је и штета¹¹, а код уговорне се своди само на тзв. *јговорни инћерес* (*dommage-intérêts*), који се плаћа као накнада штете због скривљеног неизвршења уговора.¹² По немачкој теорији (Rudolf Ihering) негативни уговорни интерес (*negative Vertragsinteresse*), као накнада штете се плаћа уколико је уговор ништав због тога што је предмет постао немогућ, од стране уговорника који је приликом закључења уговора знао за разлоге немогућности.¹³

Након реформе облигационог права (Schuldrechtsreform) од 2002. године¹⁴, *немачко јправо* задржава традиционалне појмове позитивног и негативног интереса. По новијим коментарима Немачког грађанског законика у вези са § 249. који представља општу одредбу о обиму накнаде штете, поводом накнаде позитивног и негативног интереса се истиче да се раније стање, тј. стање пре повреде обавезе (Pflichtverletzung) из облигације може успоставити на различите начине. Први је тзв. *јозитивни инћерес*, интерес испуњења (positive, bzw. Erfüllungsinteresse), а други је *нејативни ин-*

⁹ Упор. Savatier, Traite de la responsabilité civil en droit Français, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., стр. 137-145, тач. 110-113.

¹⁰ Упор. Savatier, Traite de la responsabilité civil en droit Français, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., стр. 138-139.

¹¹ В. пар. 249. Немачког грађанског законика; чл. 190. Закона о облигационим односима Републике Србије.

¹² В. Savatier, Traite de la responsabilité civil en droit Français, civil, administratif, professionell, procédural, op. cit., стр. 141.; Raymond Saleilles, Étude sur la théorie générale de l'obligation, troisième édition, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et Durand-Auzias, 1925, стр. 164. тач. 153.; Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de Droit civil, Tome deuxième, Obligations, Biens, Édition Montchrestien, Paris, 1962, стр. 322-333.

¹³ В. Rudolf Ihering, Jahrbuch für Dogmatik, IV, стр. 16. Упор. Saleilles, Étude sur la théorie générale des Obligations, op. cit., стр. 173, 180. тач. 164.

¹⁴ В. нпр. Kohle, Miklitz, Rott, Tonner, Willingmann, Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, Luchterhand, by Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Neuwied, München, I-II, 2003, томус I, стр. 350, пар. 320. BGB (Einrede des nichterfülltes Vertrags).

интерес, интерес неиспуњења (negative, bzw. Vertrauensinteresse). Оба доводе до повраћаја у пређашње стање, једина је разлика у начину обештећења. Позитивни интерес се надокнађује због *изостанка испуњења* облигације. Он је могућ само онда уколико се изостала дужна престајања дужника ипак може испунити, а то је случај када је *уговор остиао у важности* (могући изузетак чини § 311 II 1). Насупрот томе, *негативни интерес* се надокнађује онда када је *уговор њосиао нејуноважан*, тј. остао без дејства. У овом случају поверилац може да тражи и *изгубљену добит* због изостанка испуњења. Позитивни интерес подразумева већи износ накнаде него негативни, али то може бити другачије јер се по §122 I износ негативног интереса ограничава износом позитивног. Међутим, ово ограничење негативног интереса позитивним није опште правило.¹⁵

По правилима савременог *аустријског права* дужник се понаша противно уговору, тј. вређа уговор, када је повредио (законска) *заштитна правила њоводом њопребне њажње* (Sorgfaltspflichten) уколико тиме проузрокује штету повериоцу на његовим другим добрима. Овај случај се назива *позитивном њовредом уговора* (positive Vertragsverletzung).¹⁶

По правилима *швајцарског права* неиспуњење облигације наступа када је изостала дужникова обавеза према уговореном начину, времену и месту испуњења. У том погледу се имају у виду два битна чињенична стања. Прво је да је током времена наступила *немогућност испуњења* за дужника (Säumnis des Schuldners). Друга група чињеница се односи на случај *нејравилног испуњења* (Schlechterfüllung). Разликује се накнадна немогућност од почетне, као и објективна од субјективне.¹⁷

¹⁵ В. BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, – Одлуке Савезног Врховног суда у грађанским стварима, том, страна) - 57,191,193; 69, 53, 56; Neue Juristische Wochenschrift, 88, 2234, 2236). Hans Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, BGB Kommentar, 2. neu bearbeitete Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer Deutschland, Neuwied, 2007, стр. 372. Randnummer 17, 2. Коментар Dieter Medicus-a.

¹⁶ В. Koziol - Welser, Bürgerliches Recht, Band II: Welser, Schuldrecht allgemeiner Teil, Schuldrecht, besonderer Teil, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2007. стр. 87. Под заштитним обавезама се подразумева да правна добра повериоца треба да се заштите од штете која може настати дужниковом несавесном радњом. То се односи и на штету која је настала поводом недостатата производа (Mangelvolgeschaden). Такође, несавесност дужника обухвата и одговорност за тзв. пропратну штету (Begleitschaden) а поводом повреде заштитних обавеза. В. даљу литературу Jud, Schadenersatz bei mangelhafte Leistung, 2003; Rudolf Welser, Gewährleistung und Schadenersatz, Juristische Blätter, 1976, 127; *ibid*, Gewährleistung und Schadenersatz: Vorrang und Kombination von Ansprüchen, Schadensberechnung, Frotz -FS, 1993, 137. *Ibid*, Schadenersatz statt Gewährleistung, 1994; *ibid*, Gewährleistungsreform – Konsequenzen für die Rechtssprechung, Krejci-FS, 2001, 1319.

¹⁷ Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, стр.240., Randnummer 1-2.

У заједничком европском праву постоје бројна дела посвећена уговорној одговорности међу којима се у новије време истичу дела Хајна Кеца (Hein Kötz).¹⁸

У иностраној и домаћој литератури¹⁹ спорно је да ли одговорност за несавесно вођење преговора (*culpa in contrahendo*), или тзв. предуговорна одговорност²⁰, по својој правној природи уговорна или вануговорна (деликтна) одговорност. Постоји и становиште да се ради о мешовитом случају, тј. о деликтној одговорности која има примесе уговорне одговорности. Решење питања правне природе ове одговорности има правни значај, јер утиче на обим и облик одговорности. Уколико је она уговорна одговорност, надокнађује се уговорни интерес. Ако је у питању деликтна одговорност, штета се надокнађује по принципима о потпуности накнаде. Иако постоје аргументи у прилог теорије о уговорној одговорности у савременом домаћем и упоредном праву, претеже становиште о деликтној природи предуговорне одговорности, са потребним корекцијама. Становиште о уговорној природи ове врсте одговорности полази од тога да су правила о преговорима везана за уговор, јер се преговори воде у циљу закључења уговора. Стога несавестан преговарач одговара савесном преговарачу аналогно правилима о повреди уговора, дакле, у основи се ради о уговорној одговорности. Противници ове теорије сматрају да овде не може бити речи о уговорној одговорности, будући да у фази преговора уговор још није настао, те не може бити речи о повреди уговора. Присталице схватања о деликтној природи предуговорне одговорности сматрају да је несавесно вођење преговора (у основи вођење преговора без намере за закључењем уговора или одустанак од даљег вођења преговора без оправданог разлога) повреда императивне законске одредбе о савесном понашању у облигационим односима. Отуда је несавесно преговарање повреда императивне одредбе закона а не уговора, што је карактеристика деликта. Међутим, у литератури се указује на то да се код *culpa in contrahendo* не може захтевати накнада целе штете, већ само оне која је настала из несавесности преговарача, чиме се овај облик одговорности приближава уговорној одговорности.

¹⁸ В. Hein Kötz - Axel Flessner, *Europäisches Vertragsrecht*, Band I.: Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, - Die Beteiligung Dritter am Vertrag, 1996. Hein Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, Juristenzeitung, Nr. 6/2002, стр. 257-264.

¹⁹ В. у погледу ставова упоредне и домаће литературе, законодавства и праксе, одн. еволуцију института преговора Јожеф Салма, *Одговорност за штету проузроковану несавесним вођењем преговора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, бр. 3/2010, стр. 53-78.

²⁰ Одговорност за несавесно вођење преговора је у нашем праву уређена у чл. 30. ЗОО.

Б) Редукација уговорне одговорности на основу контрактуалних клаузула и законских прописа

Иако се мера уговорне одговорности, за случај повреде уговорних обавеза препушта аутономији воље уговорника, путем клаузуле о одговорности, постоје и законске одредбе, којима се, у недостатку уговорне клаузуле, прописује редукација или утврђивање мере одговорности. Такође, треба имати у виду и опште услове пословања који се према закону сматрају саставним делом уговора, уколико једна уговорна страна има унапред утврђене, јавно објављене, свима под једнаким условима доступне услове пословања.

Општа карактеристика уговорних клаузула о редукацији одговорности за штету је да се одштета плаћа у унапред уговореном износу за случај повреде уговора, без обзира на то да ли је стварно наступила штета или, уколико је наступила, без обзира на њену висину, тј. одштета одговара износу предвиђеном у уговору. Међутим, то је принцип од којег постоје одступања по појединим видовима уговорне одштете (на пример, код уговорне казне).

(1) Редукација одштете на основу уговора

Разни су могући начини уговорног утврђивања мере уговорне одговорности. Међу њима су најпознатије, и у уговорној пракси најчешће примењиване, следеће: (1) клаузула о апстрактној штети, (2) клаузула о пеналима, (3) клаузула „пуно за празно“ код уговора о алотману (тј, ангажовању туристичких капацитета), (4) уговорна казна (*stipulatio poena*), (5) одустаница.

1) Клаузула о *ајсџпракџној шџејџи* предвиђа износ одштете за случај повреде уговора. Она се унапред предвиђа у уговору а њен повод је повреда уговора (неизвршење, неблагоприятно извршење или делимично извршење, под условом да је предвиђено извршење уговорне обавезе у целини, а не сукцесивно). Она се плаћа независно од тога да ли је повреда уговорне обавезе стварно довела до штете. Плаћа се у износу који је предвиђен у уговору.

2) Клаузула о *џеналу*.²¹ Клаузула о пеналу је врста *ајсџпракџне одшџејџе* која се најчешће примењује у трговинским уговорима, пре свега у уговору о превозу. Пеналом се одштета најчешће одређује у процентуалном износу у односу на вредност превезене робе (На пример 3% од укупне вредности робе за сваки дан закашњења у испоруци). Пенал се плаћа због задоцњења у односу на уговорени термин испоруке.²² По својој правој

²¹ В. на пример *Ambroise Colin et Henri Capitant, Traité de droit civil, tome II Obligations, Paris, Librairie Dalloz, 1959, стр. 510. тач. 913. подтачка 1.*

²² Упор. *R. Savatier, Traite de la responsabilité civil en droit Français, civil, administratif, professionnell, procédural, op. cit., стр. 141. тач. е), 142-143. тач. 112.*

природи клаузула о пеналу је уједно *контрактиуална казна* за повреду уговора. Она стимулише благовремено испуњење код хитних испорука, на пример, у случају кварљивих производа.

3) Клаузула „*пуно за празно*“.²³ Клаузула „пуно за празно“ је могућа уговорна клаузула у уговору о алотману. Уговор о алотману, тј. уговор о ангажовању угоститељских капацитета је уговор између туристичке агенције и угоститеља на основу кога агенција у вантуристичкој сезони резервише за туристичку сезону одређени број смештаја код угоститеља са пуним или делимичним пансионом у корист потенцијалних гостију. На основу ове резервације угоститељ плаћа агенцији уговорену провизију. Уколико уговор о резервацији угоститељских капацитета садржи клаузулу „пуно за празно“, туристичка агенција плаћа накнаду за пуни обим резервисаних пансиона, без обзира на то да ли је постигла потпуно попуњавање капацитета, чак и онда ако је угоститељ успео да попуни непопуњене капацитете из сезонске, текуће туристичке понуде, те на тај начин није претрпео штету. Изузетак чини случај, када је агенција благовремено, у законском року обавестила угоститеља да није у могућности да попуни све резервисане капацитете.

4) Клаузула о *уговорној казни*.²⁴ Уговорна казна се може предвидети и за грађанскоправне и за трговинске уговоре, као санкција за повреду уговора. Повод је неизвршење или неблаговремено извршење уговора. Предвиђа се унапред у уговору, а плаћа се у уговором предвиђеном износу у случају повреде уговора. Специфичност ове врсте клаузуле о одговорности је у томе што у случају да је штета због неизвршења већа од уговореног износа, може се тражити поред уговорне казне и разлика између уговореног износа до износа стварно претрпљене штете. Међутим, уколико је штета мања од уговореног износа или нема штете, плаћа се уговорени износ одштете. Отуда уговорна казна има двоструку природу. Некад има карактер апстрактне, а некад конкретне одштете. Исплата уговорне казне не ослобађа од исплате главног дуга, уколико је она уговорена за доцњу. Међутим, уколико је уговорена за неиспуњење, плаћање уговорне казне ослобађа дужника од испуњења главног дуга.²⁵

5) Клаузула о *одустаници*.²⁶ Иако је по дефиницији клаузула о одустаници „брз и лагани начин“ једностраног одустања од уговора, њеним пла-

²³ В. чл. 896. ст. 1-3., чл. 887. ст. 3-4. ЗОО.

²⁴ В. чл. 270-276., посебно, чл. 275 ст. 1. и 2. ЗОО РС према коме: (1) Поверилац има право уговорну казну и кад њен износ премаши висину штете коју је претрпео, као и кад није претрпео никакву штету. (2) Ако је штета коју је поверилац претрпео већа од износа уговорне казне, он има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете.

²⁵ В. чл. 273. ст. 4. ЗОО.

²⁶ В. чл. 82-83. ЗОО.

ћањем, без даљих одштетно-правних последица, она има функцију обезбеђења извршења уговора. Потоње у том погледу, што ће страна која одустаје од уговора бити дужна да плати уговору верној страни износ одустанице. На тај начин одустаница уједно има и функцију апстрактног обештећења. Одустаница се разликује од *кайаре* и по томе, што се капара плаћа унапред, а одсутаница *ad hoc*, поводом одустанка од уговора. Уговарање одустанице обично доводи до престанка обавезе плаћања главног дуга. Уколико је нешто ипак извршено на основу уговора, долази до реституције.

II Редуција уговорне одговорности на основу закона

1) Диференцијална штета

Одговорност за диференцијалну штету је врста уговорне одговорности која не проистиче из неке уговорне клаузуле већ из одредаба закона о потпуности накнаде. Уколико у закону нема посебне одредбе, као што је то случај са важећим правом код нас, диференцијална штета проистиче из начела *acta sunt servanda* (уговор је закон за стране) и његова повреда повлачи одговорност несавесног према савесном уговарачу. Доктрина о диференцијалној штети је развијена пре свега у немачком праву. У нас је мало примењивана у пракси, мада би за то било основа. Диференцијална штета се примењује пре свега у уговору о купопродаји, нарочито непокретности. Она представља разлику између уговорене цене и цене непокретности исте врсте и квалитета у случају (неоснованог) одустанка продавца. Подразумева не само повраћај у пређашње стање већ и плаћање разлике између уговорене цене и цене сличне непокретности према времену одустанка, односно примереном времену за куповину сличне непокретности. Тако, на пример, уколико би куповина непокретности исте врсте и квалитета од другог продавца била скупља, продавац који је неосновано одустао од уговора, би био дужан не само да врати исплаћену цену, већ и разлику до цене непокретности исте врсте и квалитета, од времена његовог одустанка и примереном времену за куповину нове, друге адекватне непокретности.

2) Општи услови пословања

Општи услови пословања²⁷ (*allgemeine Geschäftsbedingungen*) су једнострано утврђени услови (јавних или приватних) предузећа према којима се свима под једнаким условима нуде услуге и производи по унапред објављеним и доступним правилима. Обично ови услови садрже цене услуга

²⁷ В. чл. 142-143. ЗОО.

(нпр. код јавних железничких транспортних предузећа, јавних предузећа за превоз путника и њихових пртљага у јавном саобраћају, код осигуравајућих друштава укључене и искључене ризике, као и висину накнаде код факултативног осигурања за случај реализације ризика осигурања, цене и врсте услуга јавних комуналних предузећа, тарифе и услуге водопривредних предузећа и др.). Основна правна карактеристика ових услова је да ако постоје, *по сили закона чине саставни део уговора*²⁸ који се са тим предузећем, које их је установило, од стране саговорника, корисника закључује, без обзира на то да ли је то у уговору назначено. Будући да су општи услови установљени једнострано, те изражавају у неку руку монополску позицију, они су подвргнути *двосмјерној контроли*: 1) *Правосудна контрола*. Правосудна контрола значи да се пред парничним судом могу оспорити уколико су израз злоупотребе монополског положаја. У нашем праву успешно оспоравање делује само према лицу које је поднело тужбу. Међутим у иностраном (на пример у мађарском) праву, успешно оспоравање општих услова од стране тужиоца, делује и према осталим заинтересованим лицима. 2) *Уједнањена контрола*. У нашем праву, општи услови пословања јавних предузећа су подвргнути захтеву давања сагласности одговарајуће скупштине, тј. претходној контроли, у зависности од тога да ли је по среди јавно предузеће локалног, покрајинског или републичког значаја, тј. у зависности од тога ко је оснивач. Нама се чини да важеће одредбе Закона о облигационим односима захтевају дораду у светлу новијих европских норми (смерница) везаних за опште услове пословања, као и европских норми о заштити потрошача.²⁹

3) *Заштити потрошача као законски уљив у ниво контролирајућне одговорности.*

Заштита потрошача је релативно нова област европског права. Састоји се од низа смерница (правила за хармонизацију). Њихов је циљ да се потрошач штити не само индивидуално (на пример класичним правилима о заштити због скривених физичких или правних недостатака) већ и колективно³⁰ (као што је то случај код закључивања уговора на даљину, у физичком одсуству уговарача, изван пословних просторија привредника, закључивањем уговора у електронском саобраћају, одговорност произвођача

²⁸ В. чл. 142. ст. 1. ЗОО, надаље чл. 648, 671, 684, 836, 894 и 902. ЗОО.

²⁹ У нашој правној терминологији се одомаћио израз директива, али сматрам да је израз смерница у значењу примеренији, те ће у овом смислу бити у употреби у овом раду.

³⁰ В. József Szalma, Verbraucherrecht in Serbien im Lichte gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, In: *Welser* (Hrsg) Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa, Manz Verlag, Wien, 2010, стр. 167- 196, посебно, стр. 167-170.

за штете од производа /Produkthaftung/, нелојална конкуренција³¹ и др.). Повећана заштита потрошача у Европи је уследила због тога што су произвођачи и продавци масовних производа у фактичком монополу наспрам потрошача и као појединаца (индивидуалних уговорника уговора о купопродаји) и као апстрактног колективитета.³² Потоње због тога што мане у производима могу бити могу да се тиче читаве серије једне врсте производа. Делом су ове смернице укључене у важеће законодавство Србије, а у току је доношење новог закона.³³

4) Редуција одговорности код уговора о осигурању поводом обавезно осигурања од одговорности за штете нанете у саобраћају као и код факултативно осигурања.

(1) *Систем делимитације и лимитације суме осигурања.* У нашем праву у домену обавезног осигурања од одговорности за штете нанете трећем лицу у саобраћају (скраћено: ауто-одговорност) еволуција законодавства је садржавала и систем лимитације и систем делимитације суме осигурања.

³¹ В. следеће европске смернице: RL, 2005/29/EG од 11. маја 2005 о забрани нелојалне конкуренције на заједничком тржишту, тј. недозвољеним пословним праксама, RL 85/374/EG о одговорности за штете од производа; RL 92/59/EG од 29. јула 1992 о општој сигурности од производа; RL 84/450/EG о реклами која доводи потрошача до заблуде; RL 92/28/EWG од 31. марта 1992 о хуманим лековима; 93/13/ EWG смерница о контроли уговорних клаузула у општим условима пословања код потрошачких уговора који садрже неуобичајене одредбе које су израз неравноправности продавца и купца; 87/102/ EG од 22. децембра 1986 о приближавању административних норми чланица земаља који се тичу заштите потрошача; 2003/31/ EG о закључивању правних послова електронским путем, као и 99/93/ EG о електронском потпису; RL 97/7/EG о заштити потрошача који закључују правне послове на даљину; RL 90/314/EWG од 13. јуна 1990 о паушалном путовању и др. На нивоу Европског парламента и Савета 2008. године је израђан Нацрт нове јединствене смернице о заштити потрошача са циљем да се интегришу разне парцијалне смернице у јединствен „кодекс“ о заштити потрошача, од 8. 10. 2008. г., КОМ (2008) 614, коначан текст 2008/0196.

³² В. *Szalma*, Verbraucherrecht in Serbien im Lichte gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, *op. cit.*, стр. 167-197.

³³ Закон о заштити потрошача, Службени гласник РС бр. 75/2005, ступио на снагу 24. 09. 2005.; Закон о заштити конкуренције, Службени гласник РС бр. 79/2005 од 16. 09. 2005., ступио на снагу 24. 09. 2005.; Закон о одговорности произвођача за ствари са недостатком, Службени гласник РС бр. 101/2005 од 21. 11. 2005., ступио на снагу 21. 11. 2005.; Закон о ценама, Службени гласник РС бр. 79/2005 од 21. 11. 2005., ступио на снагу 29. 11. 2005.; Закон о оглашавању, Службени гласник РС бр. 79/2005, ступио на снагу 24. 09. 2005. 2009. године сачињен је и Предлог закона о општој безбедности производа. Затим, 17. августа 2009. године припремљен и нови Предлог закона о заштити потрошача са циљем да се прописи у области заштите потрошача ускладе са смерницама ЕУ. Учинио нам се да се у овом Предлогу водило рачуна да се припрема нов европски интегрисани „кодекс“ (смерница или уредба, још није решено) о заштити потрошача (2009).

Сума осигурања је накнада коју осигуравач исплаћује кориснику осигурања на име обештећења. Основно је правило да ако за дату врсту осигурања ни закон, ни општи услови пословања осигуравача, нити уговор нешто посебно не предвиђају, сума осигурања је једнака вредности настале штете. (а) *Систем делимитације одговорности*. По основу правила да је осигурање од одговорности контрактуални пренос одговорности са штетника на осигуравача поводом законом или уговором предвиђених ризика (опасности од штете), уз плаћање накнаде тј. премије осигурања, сума осигурања је, у недостатку других правила, једнака насталој штети. Ради се дакле о посебном виду уговорне одговорности код кога не одговара, бар примарно штетник, већ осигуравач, по деликтним правилима о потпуности накнаде. У секундарној, *регресној њарници* покренутој од стране осигуравача против штетника након исплате суме осигурања трећем, оштећеном лицу, осигуравач код обавезног осигурања од ауто-одговорности има право да се у висини исплаћене суме осигурања регресира од штетника (осигураника у уговорном односу осигурања) ако је овај штету проузроковао намерно, грубом непажњом или под утицајем опојних средстава (*actiones liberae in causa*). (б) Међутим, систем *лимитације* суме осигурања значи да закон може предвидети обавезу за осигуравача да уговара минимум или максимум суме осигурања код ауто-одговорности. Од 70-их година прошлог века у нас је до данас примењиван систем лимитације суме осигурања код ове врсте уговорне одговорности.

(2) *Подосигурање*. Код факултативног осигурања стране (осигуравач и осигураник) могу уговорити нижу суму осигурања у односу на штету која се очекује у случају потпуне или делимичне штете.³⁴

(3) *Франшизне клаузуле*.³⁵ Франшизне клаузуле (самопридржај) у уговору о осигурању представљају износ који се одбија од суме осигурања, који сноси сам осигураник. Постоје различите врсте франшизних клаузула. Основне су интегрална и одбитна франшиза. *Интегрална* франшиза значи да до одређене висине штете осигураник сам сноси штету, без обавезе осигуравача, а преко тог уговореног износа осигуравач сноси целину одштете. *Одбитна* је она франшиза код које се уговором предвиђени износ увек одбија од суме осигурања, тј. одштете.

(4) Редукција путем *лимитације ризика* осигурања. Код факултативног осигурања, било у општим условима пословања, било непосредно у уговору, осигуравач може предвидети које ће ризике покрити осигурањем, а које неће. На пример, код осигурања усева може се укључити ризик пропасти усева од града, али не и од дејства домаћих или дивљих животиња.

³⁴ В. чл. 936. ЗОО.

³⁵ В. чл. 936. ст. 1. ЗОО.

Код обавезног осигурања ризици се прописују законом, као што је то случај са нашим правом у погледу а) обавезног осигурања власника моторних возила од одговорности за штете нанете трећим лицима од ризика *саобраћајној удеса* и б) код обавезног осигурања *пућника у јавном превозу* лица и њиховог пртљага, где су законом прописани ризици *смрти, телесној оштећења, као и уништење, оштећење или губићак пућникових пртљага*. Код ове врсте осигурања сам закон одређује максимални износ одштете за сваки од ових ризика. Уговор ове врсте обавезно закључују превозник и осигуравајуће друштво. Он је посебна врста уговора у корист трећег лица, при чему је корисник осигурања путник. в) Обавезно осигурање *пућника у јавном ваздушном саобраћају* од ризика *саобраћајној удеса*. Што се тиче губитка или оштећења пртљага, авио превозници у својим општим условима пословања често предвиђају апстрактно обештећење, тј. исплаћују унапред прописану новчану накнаду чија је висина независна од стварне вредности садржаја путниковог пртљага. г) Обавезно осигурање *дејозитна грађана* код банака које закључују са осигуравајућим друштвом, ради пружања повећане сигурности новчаног депозита грађана.

(5) *Реосигурање*. Реосигурање се по правилу врши за ризике чије би наступање било по учесталости, било по вредности представљало претерано велики економски терет за осигуравача. У оваквим случајевима се на основу уговора о реосигурању закљученог између примарног осигуравача и реосигуравача део ризика преноси са примарног осигуравача на реосигуравача, уз плаћање премије реосигуравачу од стране примарног осигуравача. Обично се ради о подели високих ризика од штете између домаћег и иностраног осигуравајућег друштва које се бави послом реосигурања.

5) *Одговорност за штећу код уговора о засигурању односно пуномоћју*

Заступање може бити законско и уговорно, односно засновано на општем акту предузећа,³⁶ опште и посебно, за предузимање правних и фактичких радњи. У оквиру правних радњи може се односити на закључење правног посла, као што је пословно пуномоћје³⁷ или пуномоћје у корист трговачког путника.³⁸ Такође може се односити на предузимање парничних радњи (парнично пуномоћје). Одговорност код заступања која терети заступника према заступаном је уговорна одговорност која наступа у случају прекорачења граница овлашћења од стране заступника. Уколико заступани одбије да да одобрење за посао закључен ван граница овлашћења

³⁶ В. чл. 84. ст. 2. ЗОО.

³⁷ В. чл. 95-96. ЗОО.

³⁸ В. чл. 97. ЗОО.

за заступање³⁹ заступник и заступани солидарно одговарају за штету коју је друга страна претрпела, ако она није знала нити је морала знати за прекорачење овлашћења.⁴⁰ Оповив пуномоћја или његово сужавање нема дејство према трећем лицу које је закључило уговор са пуномоћником. Али тада властодавац има право да захтева од пуномоћника накнаду штете коју би због тога претрпео, осим ако пуномоћник није знао нити морао знати за опозивање, односно за сужавање пуномоћја.⁴¹

II

Поводи (разлози) и субјекти уговорне одговорности

Општи разлози уговорне одговорности. Субјекти одговорности

Општи разлог уговорне одговорности је *повреда уговорних обавеза*. Она може да буде *једнострана*, али и *обострана*. Другим речима, могуће је да је уговор повредила само једна страна или су уговор повредиле обе уговорне стране. У погледу *одговорној лица* примењује се на супсидијаран начин опште правило грађанског деликтног права према коме свако ко другоме противправно проузрокује штету дужан је да је надокнади. Уколико је повреда уговора једнострана за штету је одговорна *несавесна страна*, а право на накнаду има *савесна*, тј. лице које је остало верно уговору. Ако је до повреде уговора дошло понашањем обе уговорне стране, тада су обе несавесне стране дужне да накнаде другој ону штету која је проузрокована сопственом несавесношћу, односно коју су стране проузроковале својом радњом или пропуштањем. Када је закључен уговор о осигурању од одговорности, примарни субјекат одговорности је *осигуравач*. Уколико је закључен уговор о *јемству*⁴² примарно је одговоран главни дужник, а секундарно јемац. Поверилац је дужан да потраживање најпре захтева од главног дужника и тек ако не добије испуњење од њега, може се обратити јемцу. Ова правила се односе на случај обичног или супсидијерног јемства. Међутим, уколико је у питању јемство плаћања (јемац платац)⁴³, поверилац се не мора држати реда првенства и може се директно обратити јемцу плацу, при чему овај нема право на приговор реда првенства, као што је то случај код обичног јемства. Посебан случај представља јемство за накнаду штете. Ово јемство не покрива примарни дуг из основног, јемством обезбеђеног уговора, већ само секундарни дуг, дуг одштете, тј. штету насталу услед неизвршења уговора.

³⁹ У смислу чл. 87. ст. 1-4. ЗОО.

⁴⁰ В. чл. 87. ст. 5. ЗОО.

⁴¹ В. чл. 93. ст. 1. и 2. ЗОО.

⁴² В. чл. 308, 331, 338, 346, 353, 437, 449, 591/2, 796. и 1095. ЗОО РС.

⁴³ В. чл. 1004. ЗОО.

Поједини (ближи) разлози уговорне одговорности

Три су појединачна разлога који се у упоредном и домаћем праву наводе као разлози (основи) уговорне одговорности: 1) неизвршење уговора, 2) неблаговремено извршење уговора (доцња) и 3) делимично извршење уговора кад је уговорна обавеза предвиђена као целовита, тј. ако се не ради о извршењу путем сукцесивних престација, односно, неправилно извршење уговора.⁴⁴

1) *Неизвршење уговора*.⁴⁵ Неизвршење уговора (*Nichterfüllung*, у немачком праву⁴⁶ и *inexecution* у француском праву⁴⁷) се састоји у непошто-

⁴⁴ У иностраној (француској) науци ову поделу разлога уговорне одговорности је на основу темељног упоредно-правног и теоријског истраживања (имајући у виду француско, немачко и енглеско право) – у делу које по много чему ни данас није превазиђено - прихватио и детаљно разрадио: *Constantinesco*, Leontin-Jean, *Inexecution et faut contractuelles en droit comparé – Droit Française, Allemand, Anglaise*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Librairie encyclopedique, Bruxelles, 1960. У *домаћем праву ојшња правила о уговорној одговорности*, поводом неизвршења, неправилног извршења и доцње, предвиђена су у чл. 262-269. ЗОО.

⁴⁵ За важеће домаће право в. чл. 122-132 ЗОО; приговор неиспуњења: чл. 122-123. ЗОО; раскид због неиспуњења код двострано обавезних уговора: чл. 124. ЗОО; раскид код фиксних уговора: чл. 125 ЗОО. Позитивно право, код раскида, предвиђа као опште правило, (1) поред *ресцидиције* /чл. 132. ст. 1-3. ЗОО/ и (2) правила о одштетно-правној *одговорности*: Свака страна дугује другој накнаду за користи које је у међувремену имала од онога што је дужна вратити, односно накнадити /чл. 132. ст. 4. ЗОО/. При томе страна која враћа новац дужна је платити затезну камату од дана када је исплату примила /чл. 132. ст. (5) ЗОО/. Важеће домаће облигационо право прописује, да кад дужник не испуни обавезу или задоцни са испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео. /В. чл. 262. ст. (2) ЗОО/. За штету због задоцњења са испуњењем одговара и дужник коме је поверилац дао примерен накнадни рок за испуњење. /В. чл. 262. ст. (3) ЗОО/. Дужник одговара и за делимичну или потпуну немогућност испуњења и ако ту могућност није скривао ако је наступила после његовог доласка у доцњу, за коју одговара. /В. чл. 262. ст. (4) ЗОО/. Али се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да би ствар која је предмет обавезе случајно пропала и да је он своју обавезу на време испунио. /В. чл. 262. ст. (5) ЗОО/. Генерално правило предвиђа да се дужник ослобађа одговорности и за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавеза због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи. /В. чл. 263. ЗОО/. Важеће право садржи и одредбе о уговорном проширењу одговорности (чл. 264. ЗОО) о контрактуралном ограничењу и искључењу одговорности, при чему се не може искључити одговорност за намеру и крајњу непажњу (чл. 265. ЗОО); о обиму накнаде при чему се у обим укључује како проста штета тако и измакла корист. (Чл. 266. ЗОО). У случају да су стране уговориле уговорну казну, поверилац има право захтевати уговорну казну и кад њен износ премаши висину штете коју је претрпео као и кад није претрпео никакву штету. (Чл. 274. ЗОО). В. и право јемца-плаца главног дуга на регрес од главног дужника, чл. 1013. ЗОО; последице неизвршења уговора код капаре, које се састоје у праву да савесна страна може по свом избору тражити извршење уговора, ако је то још могуће, или тражити накнаду штете, а капару урачунати у накнаду или вратити, или се задовољити примљеном капаром - чл. 80. ЗОО.

вању (повреди) уговором установљених обавеза.⁴⁸ Неизвршење се може састојати у пропуштању исплате новчаног дуга или предаје обећане ствари, односно неизвршењу обећане услуге. Неизвршење се дакле по правилу састоји у изостанку неког *чињења*, *активне радње* (*dare, facere* или *prestare*), посебно онда ако се уговорна обавеза састоји у дужности *чињења*. Али неизвршење се може састојати и у изостанку *нечињења*, уколико уговорна обавеза гласи на *нечињење*.

2) *Доцња*.⁴⁹ Уговорник који је уговор испунио са задоцњењем, тј. после уговореног рока за извршење обавезе одговара другој страни за штету која је услед тога настала. Стране обично предвиђају рок за извршење својих обавеза. До доцње долази када тако утврђено време извршења није испоштовано. Наравно, до доцње може доћи услед оправданих разлога, на пример, због пропасти генеричне ствари услед више силе или случаја када не наступа одговорност за доцњу. Када рок за извршење није утврђен, рок може до проистекне из природе уговора. Када су странке без тачног назначења рока уговориле клаузулу „*prompt*“, то значи да је извршење хитно. Уз доцњу дужника може се придружити и доцња повериоца, ако је поводом дуга дужника предвиђена корелативна обавеза повериоца, на пример, да поверилац припреми терен за испоруку наручене робе. Тада свако одговара за свој пропуст у вези благовремености извршења обавезе. Рок за извршење уговора се разликује од рока као услова у правнотехничком смислу. Када од рока зависи наступање или престанак дејства насталог правног посла, тако да он тада нема карактер услова контрактуалне одговорности.

⁴⁶ В. новију *немачку* литературу: *Flessner*, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, in: ZEuP, 1997, стр. 255- 320; H.G. *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen, Tübingen, 1975; P. *Schlechtriem*, Abstandnahme vom Vertrag, in: *Basedow* (Hrsg) Europäische Vertragsrechtvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen, 2000, стр. 159-177. За *аустријско* право в. Rudolf *Welser*/ Brigitte *Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, in: Verhandlungen des Vierzehnten Österreichischen Juristentages, 2000, Bd. II/1; Wien, 2000 и др.

⁴⁷ В. у новијој *француској* литератури: *Larrumet*, Pour la responsabilité contractuelle, Études P. Catala, Litec, Paris, 2001, p. 543; *Rémy*, Responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, p. 323; *Savaux*, Fin de la responsabilité contractuelle? RTD civ. 1999, p. 1; *Serlouten*, Mélanges Hébraud, Responsabilité professionnelle, Univ. Toulouse, 1981, p. 805; *Tallon*, Mélanges Cornu, Pourquoi parler de faut contractuelle, PUF, 1994, p. 614; *Viney*, La responsabilité contractuelle en question, Études Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921.

⁴⁸ В. пар. 323. ст. 1 и 2. *Немачкој* грађанског законика. В. пар. 918. ст 1. и пар. 919. *Аустријској* општег грађанског законика (ABGB). В. чл. 107 *швајцарској* Законика о облигацијама (OR). В. Filippo *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Springer, Wien-New York 2003, стр. 276- 294. В. и чл. 1611. *француској* Code civil-а који предвиђа одговорност за штету поводом раскида уговора.

⁴⁹ В. за доцњу дужника чл. 278 и 324. ЗОО, а за доцњу повериоца чл. 325, 326. и 420. ЗОО, а за посебне случајеве доцње повериоца чл. 290-294. ЗОО.

Рок застарелости потраживања такође се битно разликује од рока за извршење уговора, будући да истеком рока застарелости поверилац уговорног потраживања губи право на правозаштитни захтев, тј. тужбу пред судом. Међутим фиксни рокови, тј. рокови који су по природи или по уговору битни елементи уговора, а тичу се испуњења, њихово непоштовање доводи до раскида уговора по сили закона (*ex lege*), чињеницом безуспешног истека рока за испуњење.

3) *Делимично испуњење, односно неправилно испуњење.*⁵⁰ Одговорност за делимично испуњење постоји када је дата обавеза утврђена на начин да дужник има да испуни обавезу у целини. Нема одговорности за делимично испуњење ако је обавеза уговорена у виду периодичних давања, као што је плаћање закупнине, исплата купопродајне цене код уговора о купопродаји на рате⁵¹ итд. Појам неправилног испуњења је шири од тога и обухвата све врсте повреде уговора током и до краја извршења. У немачкој науци Карл Ларенц (Karl Larenz) наводи пример мајстора који су прихватили рад обнове крова једне куће. Обавезу су испунили, али су пре завршетка радова учинили грешку тиме што је један од њих палећи цигарету, упалио цео кров, при чему је у спору поводом оштете суд одлучио да је извођач обавезан на поновно извођење као и на сношење све штете до које је дошло пожаром.⁵²

Ларенц, анализирајући у Немачкој и у Француској опште прихваћену тројну поделу разлога уговорне одговорности, указује на то да је у немачкој учињен покушај синтезе, тј. свођење на један једини разлог уговорне одговорности који би инкорпорисао све остале. Тај синтетички разлог би била *повреда уговора*, јер обухвата и немогућност испуњења, доцњу и све остале могуће случаје који повлаче уговорну одговорност.⁵³ Међутим, Ларенц иако не оспорава корисност синтезе, (оправдано) је скептичан према идеји уопштавања уговорне одговорности у једном једином појму, указујући на мноштво посебности, који се једним појмом не могу обухватити.

⁵⁰ В. чл. 301, 310, 323 и 372. 300.

⁵¹ В. чл. 542-551. 300. По чл. 546. 300 продавац може раскинути уговор уколико купац дође у доцњу са почетном отплатом. Продавац уместо да раскине уговор може од купца тражити од купца исплату целог остатка цене.

⁵² В. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I. Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1979. (Schädigung durch Schlechtleistung und sonstige Pflichtverletzungen; Vereinbarung einer Vertragsstrafe), стр. 298-299. Leonhard то назива *ипојрајном ишћејом* (Begleitschaden), а Heinrich Stoll повредом тзв. *заштитне обавезе* (Schutzpflicht) чија се правила не налазе директно у уговору већ у закону, у правилима о дужности спречавања штете. В. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936; *ibid*, Abschied von der Lehre von der Lehre über Leistungsstörungen, AcP (Archiv für zivilistische Praxis), 136, 257.

⁵³ В. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit., стр. 297, Пар. 24.

Указује на сложени однос примарне обавезе и уговорне одговорности (*Leistungspflicht*). Наиме, исплата (уговорне) одштете по правилу не ослобађа дужника од испуњења преузете обавезе. Указује и на позитивни и негативни интерес, на проблеме око терета доказивања и др.⁵⁴

Покушај синтезе је учињен на основу одредаба Мађарског грађанског законика и у мађарској науци у појму повреде уговора (*szereződésszegés* – повреда уговора).

Предност синтетичког израза уговорне одговорности је у томе што до одговорности долази само онда и у мери у којој су повређене уговорне обавезе уговорних страна. Синтетички приступ указује на то да порекло уговорне одговорности примарно није у закону, већ у уговору.

Посебности уговорне одговорности у погледу услова одговорности

Постоје општи и посебни услови грађанскоправне одговорности. Општи услови су потребни код свих врста одговорности: 1) да је штета наступила 2) да је штета проузрокована противправном радњом, 3) да постоји узрочна веза између радње и последице. 4) Посебни услов је постојање кривице штетника. Кривица је зато посебан услов јер се не тражи код свих врста одговорности, већ само код субјективне одговорности. Кривица, наиме, није услов одговорности код објективне одговорности, тј. код одговорности ималаца за деловање опасних ствари и опасних делатности. Услов противправности, као и кривица могао би да буде и посебан услов, зато што се не тражи код свих врста одговорности (нпр. код имисионе деликтне одговорности). Одговорност се изузетно установљава и за случај да нема противправности, када упркос концесионарању, административном допуштењу, постоји одговорност ако постоји угрожавање или ако је штета наступила преко граница административних лимита или лимита толеранције.⁵⁵

1) Док је код деликтне одговорности неопходно да је дошло до *шће-иће* (осим тзв. имисионе или еколошке одштетне одговорности, где је довољно да постоји опасност за наступање штете за неодређени, шири круг субјеката⁵⁶), код уговорне одговорности *настјуиће шћеиће није нужни услов одговорности*. Довољно је да је дошло до повреде уговора, тј. до (скривљеног) неизвршења,⁵⁷ нарочито када су у уговору за неизвршење или неблаговремено извршење стране унапред предвиделе неки вид апстрактне штете која се плаћа и када штета није наступила.

⁵⁴ В. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, op. cit., стр. 298-308.

⁵⁵ В. чл. 156. 300.

⁵⁶ В. чл. 156. 300.

⁵⁷ Упор. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de Droit civil, Tome deuxième, Obligations, Biens, Édition Montchrestien, Paris, 1962, стр. 329-331.

2) Услов *iproivivpravnosti* код уговорне одговорности се састоји у повреди уговорне обавезе, а не у повреди опште одредбе закона о забрани проузроковања штете. Стога се противправност уговорне одговорности своди на повреду уговором утврђених права и дужности. Ближи разлози и обим одговорности се могу предвидети у уговору.

Терет доказивања у погледу овог услова сноси оштећена страна, тј. савестан уговорник.

3) Код уговорне одговорности се *uzrocnosti* претпоставља за сву штету која настаје после факта неизвршења, одн. повреде уговора, под условом да се докаже повреда уговора. То значи да несавесна страна која је повредила уговор савесној страни одговара за сву штету која је настала после повреде уговора. Ова претпоставка је оборива, те несавесна страна има право да доказује да је штета настала из неког другог узрока, а не из узрока повреде уговора.

4) У погледу *krivice* се код уговорне одговорности примењује правило о *ireivnostjavljenoj krivici*. То значи да се сматра да је несавестан уговорник крив за сву штету која је настала из неизвршења. Терет доказивања несавесности има оштећени уговорник, али ако он докаже да је друга страна повредила уговор, претпоставља се да је друга, несавесна страна, уједно крива и самим тим одговорна за сву штету која је настала после тренутка повреде уговора. Међутим, ова претпоставка је оборива, при чему терет доказивања сноси несавестан уговорник, тј. страна која је повредила своје уговором установљене обавезе. У материји деликтне одговорности, по класичној теорији, важи начело *доказане krivice* према којем терет доказивања кривице, као и осталих услова одговорности, сноси оштећено лице.

Посебности уговорне одговорности у погледу основа одговорности

Основ одговорности је *razloj* због којег закон установљава грађанско-правну одговорност. Он уједно одређује и *vrstu* одговорности (субјективна, објективна, одговорност за сопствене радње, одговорност за радње другог). У грађанскоправној доктрини главни разлози одговорности су: 1. *krivica* (субјективна одговорност), 2. *uzrocnosti* (објективна одговорност), 3. одговорност због *iproivustijanja zakonске dужnosti* (одговорност за радње другог). Општа карактеристика уговорне одговорности је да је то одговорност за сопствене радње и то услед *krivice*. Страна која је повредила уговор се, по основу обориве претпоставке, сматра кривим за сву штету која је настала по повреди уговора. Међутим, од овог правила постоје одступања када се одговара независно од кривице, тј. *objektivno*. То ће бити случај код штета за производе, поводом уговора о купопродаји таквих ствари, код одговорности за опасних спортских активности, код

уговора о лечењу, код одговорности медицинских институција поводом ризичних подухвата по здравље. Наравно, постоји низ могућих разлога екскулпације (на пример, као што је случај са допуштеним доменом пристанка оштећеника и др.).

Посебни случајеви уговорне одговорности

Раскид, ништивоси и рушљивоси уговора

1) *Општиа правила о раскиду уговора и одговорности за раскид.*⁵⁸ Постоје два основна облика раскида уговора. Први је једностран, а други је обостран. *Једностран* раскид може бити мотивисан и немотивисан. 1) *Мотивисани* раскид је условљен нелојалним понашањем друге уговорне стране, тј. да је уговорна страна изјаву о раскиду дала због тога што је саговорач претходно повредио уговор, тако да са своје стране није испоштовао своје уговором преузете обавезе. У таквом случају давалац изјаве о раскиду не одговара за контрактуалну штету, пошто је изјаву о раскиду дао због несавесности друге уговорне стране. 2) *Немотивисани* једностран раскид је такав случај у којем давалац једностране изјаве о раскиду уговора ту изјаву дао независно од „уговорног“ или „неуговорног“ понашања друге стране. У том случају одговорност за насталу штету сноси изјавилац немотивисаног раскида.⁵⁹ *Обострани раскид* може да буде мотивисан и немотивисан (понашањем друге уговорне стране). Тада се сходно примењују претходна правила. 3) Раскид, међутим, може бити и *споразуман*. Правна карактеристика споразумног раскида је у томе, што ће стране уређују правне последице раскида, укључив и накнаду штете настале услед раскида уговора.

Раскид уговора због промењених околности (clausula rebus sic stantibus) је установљен због непредвидљивих и неотклоњивих околности, које

⁵⁸ В. раскид код формалних уговора чл. 68. и 69. ст. 2 ЗОО; раскид због неиспуњења чл. 124-132. и 497. ЗОО; једностран раскид чл. 124, 125. ст. 3, 126, 127, 128 и 130 ЗОО; раскид по изјави о раскиду или по сили закона, чл. 124. (права једне стране кад друга страна не испуни своју обавезу), чл. 125 (раскид код фиксних уговора), раскид код делимичног неиспуњења због догађаја за који није одговорна ни једна страна чл. 137. ст. 2. ЗОО.

⁵⁹ ЗОО наизглед уређује само случајеве мотивисаног раскида. У чл. 17. ЗОО се предвиђа дужност испуњења облигација (*pacta sunt servanda*). Самим тим Закон одређује да је уговор закон за странке. Из тога би се олако могло закључити да је немотивисани раскид недопуштен. Али остале одредбе указују на случајеве допуштања раскида, без обзира на уговорно или неуговорно (тј. савесно) понашање друге уговорне стране, као што је то случај, нпр. код раскида уговора због промењених околности или отказ уговора о подстанарском односу. Немотивисан раскид, тј. изјава о раскиду без обзира на понашање друге уговорне стране подразумева тужбу савесне стране за осуду на чинидбу, али ако је на страни изјавиоца раскида у међувремену настала накнадна немогућност извршења, посебно, с његове стране скривљена, тада преостаје његова одштетноправна одговорност.

су нарочито отежале извршење обавезе једне стране, тако да би уговор био неправичан, по општем мишљењу, упркос правилу *pacta sunt servanda* (уговор је закон за странке⁶⁰, те се има извршити онако како он гласи). По важећем праву⁶¹, санкције су двојаке: (1) раскид и повраћај, (2) одржавање уговора уз корекцију да се смањењем обавезе олакша положај уговорника коме је услед непредвидљивих околности испуњење обавезе постало отежано. Одштетноправни захтев се по позитивном праву не предвиђа, будући да су промењене околности изазване спољним и непредвидљивим догађајима, а нису изазване од стране уговорних страна. Оштећена страна се може одлучити за раскид уговора са повраћајем у пређашње стање или да затражи смањење своје обавезе уз одржавање уговора на снази.

2) *Уговорна одговорност њоводом ништавостии уговора*. Постоје традиционална начела одговорности за ништавост уговора. Прво је правило *fraus omnia corrumpit*, тј. да онај који је знао за разлог ништавости сноси (одштетне) последице ништавости. Друго је *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non est convalescere*, што у преводу Валтазара *Бојшиућа* у Општем Имовинском законику за Црну Гору од 1888. године гласи „што се грбо роди, време не исправи“. Овим се исказује, да је уговор који је повредио јавни поредак, добре обичаје и императивне прописе ништав од почетка (*ex tunc*), чија је основна санкција повраћај у пређашње, предуговорно стање, стање пре закључења ништавог уговора, што значи да она страна која је пре поништаја извршила престајацију има право да тражи повраћај, а она која до тада то није учинила, није више у обавези.

По једном делу *француске доктрине* одговорност стране криве за ништавост уговора није уговорна већ деликтна одговорност, будући да се ради о страни којој се може приписати кривица за повреду јавног поретка, дакле императивне одредбе закона.⁶²

Основно правило *немачкој љрава* је да је уговорник који напада уговор због ништавости или рушљивости, обавезан да накнади штету коју су сауговорник или треће лице претрпели због тога што су веровали у пуноважност уговора.⁶³

Савремено *домаће* облигационо право полази од тога да је ништавост уговора резултат повреде јавног поретка, добрих обичаја и императивних

⁶⁰ В. чл. 17. ЗОО.

⁶¹ В. чл. 133-136. ЗОО.

⁶² Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de Droit civil*, op. cit., стр. 269, тач. 336 (*Responsabilité délictuelle de l'auteur de la faute nullité*).

⁶³ В., §122 немачког Грађанског законика, као и коментар, in: *Prütting*, Wegen, Weinreich, *BGB Kommentar*, 2. Auflage, Luchterhand, 2007, стр. 114. и 115. *Randnummer 4. Jauernig*, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, *Vollkommer*, BGB 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, стр. 59.

прописа.⁶⁴ Наиме, несавестан уговорник, а то је онај који је у време закључења уговора знао или је био дужан да зна за разлоге ништавости, поред обавезе реституције, дужан је да другој савесној уговорној страни накнади насталу штету. У том погледу, у савременом цивилном праву је дискутабилна санкција *одузимања предмета престаације од несавесног уговорача* у корист фискаса (буџета општине места закључења уговора) коју наше право⁶⁵ прописује за несавесну страну без обзира на то да ли је пре поништења своју обавезу испунила или није⁶⁶ (правило *neto auditur propriam turpitudinem allegans*).⁶⁷ Санкција је иначе задржана у Преднацрту новог закона о облигационим односима Србије из 2009. године.⁶⁸ Нама се чини да је задржавање ове санкције дискутабилно. Принципијелно гледано, наиме, цивилно право се не бави кажњавањем већ *реституцијом*, тј. приватноправним циљем да се имовинско стање уговорника врати у стање које је постојало пре закључења уговора, те институција одузимања предмета престаације у корист општине није ствар цивилног, већ казненог права.⁶⁹ Готово ниједан (класични) европски грађански законик не предвиђа санкцију одузимања, тј. цивилноправу конфискацију у корист фискаса. *Француско право* предвиђа друго решење за случај да је једна (несавесна) страна ништавог уговора испунила престаацију, а друга (савесна) није. Наиме, у таквом случају савесна страна има обе престаације, и оно што није дала и оно што је добила. Француско право је тај проблем уместо одузимања престаације

⁶⁴ В. чл. 10. ЗОО у вези чл. 103. и посебно чл. 104. ст. 1. и 2. ЗОО.

⁶⁵ В. чл. 104. ст. 2. ЗОО.

⁶⁶ Санкција одузимања предмета престаације несавесне стране у корист државе код ништавих уговора је уведена у свим некадашњим тзв. социјалистичким земљама, под утицајем *Грађанског законика РСФСР* из 1927. године. Од класичних цивилних кодекса је пре совјетског ова санкција уведена у *Општем Имовинском законуку за Књажевину Црну Гору* Валтазара Богишића од 1888. године. В. Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, првобитно објављено на Цетињу у државној штампарији, 1888, (фототипско репринт издање, Форум, Нови Сад, 1980. године, са предговором Томице *Нукчевић*), стр. 201, чл. 600 ст. 2: „Кад су обојица непоштено радили, тада давалац не може више тражити повраћања, него ће прималац у црковну касу дати то што је примио.“ Потребно је имати у виду да је својевремено, у Богишићево време, постојала персонална унија између врховног верског и цивилног владара. Дакле, оно што је тада била „црковна каса“ уједно је била и државни буџет.

⁶⁷ В. Јожеф *Салма*, *Начело нето аудитур проприам суат турпitudinem allegans и ништавости уговора*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, 2004, стр. 487-496.

⁶⁸ В. *Влада РС, Комисија за израду Грађанског законика*, Преднацрт, Грађански законик Републике Србије, Друга књига, *Облигациони односи*, Београд, 2009, стр. 45., чл. 116 (чл. 104. ЗОО).

⁶⁹ В. следеће наше радове: József Szalma, *Közrendésrelmes szerződések és jogi következményei, A magánjogi kodifikáció eredményei*, Novotni Kiadó, Miskolc, 2010, стр.115-153.; József Szalma *Közrendésrelmes szerződések és jogi következményei*, Magyar Jog, Budapest, бр. 11/2010, стр. 641-655.

несавесне стране, која се налази код савесног уговорника, у корист јавне својине или фискаса, решавало путем *шужбе збој неоснованој обоћаења* (*condictio ob causam finitam*).⁷⁰ Има међутим, реформских европских земаља које су институцију одузимања престације несавесне уговорне стране, тј. оне која је знала да закључује уговор противан јавном поретку и добрим обичајима, као грађанскоправну санкцију за огрешење о поредак, бар привремено задржале, као што је то случај са важећим, више пута измењеним *Мађарским грађанским закоником*. Али је одузимање престације несавесне стране у корист фискаса почев од реформи цивилног права у Мађарској (1989) ретка санкција, са врло редукованом и рестриктивном применом.⁷¹ Нови Мађарски грађански законик усвојен 2009. године⁷², који до-

⁷⁰ В. на пример Ambroise Colin et Henri Capitant, *Traité de Droit civil*, Tome II, Obligations, Paris, Librairie Dalloz, 1959, стр. 444., тач. 792. В. и: Philippe Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Édition Matot-Braine, Reims, 1953; *Bonnecase*, *La notion de bonnes moeurs*, Etude Capitant, Paris, 1939; *Bedier*, *Les principes de la législation française sur le maintien de l'ordre public*, Paris, 1938; Juliot de la *Morandiere*, *L'ordre public en droit civil interne*, Etude Capitant, Paris, 1939; *Koshembahr-Lyskowski*, *Conventions contra bonas mores*, Melanges Cornil, Paris, 1926; *Ripert*, Georg, *L'ordre public économique*, Mélanges Gény, Paris, 1935; *ibid*, Cours Doctorat, Paris 1929-30; *Senn*, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes moeurs*, Requeil Gény, Paris, 1934; *Alglave*, *Définition de l'ordre public en matière civile*, *Revue pratique de droit*, 1868, p. 444; *Dabin*, *Autonomie de la volonté et Lois imperatives: ordre public et bonnes moeurs*, *Annales de Droit et de Science Politique*, Lourain, 1940, p. 190; *Kayser*, *Les nullités d'ordre public*, *Rev. Trim. Dr. Civ*, 1933, p. 1115; *Mezger*, *L'arbitrage commercial et l'ordre public*, *Rev. trim.dr. com*, 1948, p. 611; *Capitant*, René, *Introduction à l'étude de l'illicite, l'imperatif juridique*, Paris, 1928.

⁷¹ Чл. 237. ст. 4. Мађарског грађанског законика у *Polgári Törvénykönyv a gyakorlatban*, Kiegészítve a vonatkozó kollégiumi határozatokkal (Грађански законик у пракси са начелним становиштима Врховног суда), Novissima Kiadó, Budapest, 2006, стр. 53. Према овој одредби судија на предлог јавног тужиоца може досудити предмет престације стране у корист државе, због тога што је свесно закључила уговор који је забрањен, противан моралу, на превару или на присилу односно на други фразулозан начин. У литератури се наводи да се ова одредба све ређе примењује у судској пракси. В. нпр. А *Polgári Törvénykönyv magyarázata*, (Коментар МГЗ), KJK KERSZÖV, Budapest, 2002, стр. 809-810. По ауторима: *Jobbágyi Gábor, Fazekas Judit, Kötelmi jog* (Облигационо право), Szent István Társulat, Budapest, 2007, стр. 67. према 13. Начелном становишту Врховног суда Мађарске одузимање у корист државе може се остварити под три рестриктивна услова: 1. да би због ништавости требало предмет престације вратити другој страни, 2. да би ова престација требала да се врати по правилима о реституцији несавесној страни, тј. оној која је свесно закључила забрањен уговор, уговор противан моралу, односно оном ко је противзаконито вршио принуду, или на други начин поступио фразулозно и 3. треба да је иницијатива за одузимање потекла од јавног тужиоца. У пракси се дешавало да је ова иницијатива одбијена. *Biró György*, in: *Kötelmi jog* (Облигационо право), Novotni Kiadó, Miskolc, 2010, стр. 348, наводи да је досуђивање предмета престација у корист државе код ништавих уговора у односу на репарациони карактер грађанског права, страна пенална санкција, која иначе значи одбијање повраћаја предмета престације несавесној уговорној страни, те да по 21. Начелном мишљењу Врховног суда Мађарске ова санкција се примењује само изузетно.

душе још није ступио на снагу, одустаје од институције одузимања предмета престације несавесној странци забрањеног уговора.⁷²

Има можда међутим, разлога и за одузимање престације несавесне стране, независно од кривичноправне инкриминације, код традиционалних *неморалних уговора*. Детаљнији приступ појму неморалних уговора би превазишао оквире овог рада. Грађанскоправно гледано, неморални уговори дотичу основне принципе на којима је заснована правна организација друштва. То могу бити сви уговори који су противни забрани дискриминације, тј. клаузуле које вређају једнакост грађана пред законом, које разликују уговорна права по полу - мушкарца и жене, уговорне одредбе које у правима разликују старије и млађе особе, уговорне клаузуле које по правима чине разлику у зависности од националне и верске исповести уговорних страна, уговор који спречава слободу мишљења и слободу савести, који ограничава слободу научног стваралаштва, итд. Такав би био и уговор који је противан начелу *favor matrimonii*, тј. који угрожава постојање брака и породице. Опсежно је поље ништавости уговора због трговине људским органима. Донација је допуштена, али је трговина забрањена. Све области је заиста тешко инкриминисати правилима кривичног права. Али исто тако, у цивилном праву, њихова потпуна енумерација је скопчана са тешкоћама. Мора се признати да се појам неморалних уговора своди на вредносни суд о томе шта је добро, шта је зло. Поред несигурности, постоје у грађанском праву стабилне вредности које чине брану слободи уговарања које, упркос томе што су приватноправног порекла, улазе у појам јавног поретка и добрих обичаја. Као што је горе наведено, то су вредности које се односе на једнакост грађана пред законом, слободу савести, заштиту физичког и психичког интегритета личности, породичног живота, укључив и личну сферу, одн права личности (право на име, неповредивост статуса, личне кореспонденције, личноправну компоненту ауторског и проналазачког права, и др.). Енумерација је отворена, зато што је тешко установити „вечите“ критеријуме који би покрили све случајеве, будући да су вредносни судови подложни промени. Због додирних тачака тешко је разграничити неморалне уговоре од уговора противних *добрим обичајима*. Уколико су неморални уговори засновани на вредносним судовима, онда уговори противни добрим обичајима су они који се противе опште прихваћеним трајним неписаним правилима. Забране добрих обичаја, уз законску

⁷² В. 2009. évi CXX. Törvény A Polgári Törvénykönyvről (120. Закон о Грађанском законнику), Magyar Közlöny (Службени лист Мађарске), Budapest, бр. 165, од 20. новембра 2009. године, стр. 42103, Забрањени уговори, пар. 5:76.

⁷³ В. Új Polgári Törvénykönyv (2009. évi CCII. Törvény a Polgári Törvénykönyvről) – 22. закон о новом Грађанском законнику од 9. новембра 2009), Árboc Kft, Budapest, 2009.

синтагму „добрих“, улазе у домен законом схваћене забрањености, само ако су опште прихваћени. Стога и уговорна одговорност поводом ништавости, зато што је уговор противан добрим обичајима, долази у обзир само под тим условом, тј. да је обичајна забрана опште прихваћена.⁷⁴

Посебно је питање ништавости уговора због *повреде империјативне форме*. Важећи текст закона⁷⁵ омогућава санацију недостатака у форми чиме долази до *конвалидације* уговора уколико су стране у целини или у претежном делу *извршиле* уговор, под условом да се конвалидација не противи *сврси* (циљу) прописане обавезне форме.⁷⁶ Сврха форме, по класичној доктрини (на пример Флуме)⁷⁷ може бити *јуриватна* (заштита интереса странака) и *јавна* (заштита општих интереса). Преднацрт новог Закона о облигационим односима⁷⁸ остаје при ранијем решењу. Међутим, предвиђа се и алтернатива по којој страна која је закључила консенсуални уговор, иако је дати уговор формалан, па је своју обавезу испунила, а друга није, нема право да тражи повраћај, али има право на накнаду штете.⁷⁹

У случају *делимичне ништавости*⁸⁰ када се уговор одржава на снази уз поништај ништавих одредаба, по нашем мишљењу, треба аналогно примењивати правила везана за уговорну одговорност која наступа у случају ништавости уговора у целини⁸¹, тј. правило да страна која је знала за ништа-

⁷⁴ В. чл. 10, 103. и 104. ЗОО.

⁷⁵ В. чл. 73. ЗОО.

⁷⁶ Немачко право не допушта конвалидацију повреде законом прописане обавезне форме путем узајамног извршења. Наиме Законик по пар. 125. прописао обавезну форму, па ако стране ту форму нису испоштовале, накнадним извршењем или испуњењем не могу санирати ништавост уговора, уговор остаје ништав. В. *Jauernig*, *Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer, BGB, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997*, стр. 64. *Randnummer 12*. У том смислу и *Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, Par. II. 15 III 4 с.* После ревизије Немачког грађанског законика од 2002. године формулација пар. 125. је остала иста. Новији коментатори (*Prütting, Wegen, Weinreich, BGB, Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, 2007*, стр. 126, *Randnummer 21.*) истичу, да остаје генерална последица ништавости због недостатака у форми, али постоје изузетни случајеви санације тих недостатака као што је то случај код пар. 311, 494, 502, 518, 766, 2301, - али, санација нема повратно дејство.

⁷⁷ В. *Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Springer Verlag, том II., Das Rechtsgeschäft, 1965. Ibid, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, Par. II. 15 III 4 с.* В. и: *Häsemayer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971; Köbl, Die Bedeutung der Form im heutigen Recht, Deutsche Notar-Zeitschrift, 1983, стр. 207. Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer, BGB, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, стр. 64.*

⁷⁸ В. чл. 72. Преднацрта.

⁷⁹ В. Влада Републике Србије, Преднацрт, Грађански законик Републике Србије, друга књига, Облигациони односи, Београд, 2009. године, стр. 32.

⁸⁰ В. чл. 105. ЗОО.

⁸¹ В. чл. 104. ЗОО.

вост појединих одредаба треба да надокнади другој савесној уговорној страни штету која је настала због поништаја тих одредаба. По нашем мишљењу, у случају *конверзије ништавог уговора* у пуноважан⁸², у начелу не наступа уговорна одговорност између уговорних страна, будући да конверзија треба да буде заснована на споразуму страна о избору конвертираног уговора који ступа на место забрањеног, наравно под контролом јавног поретка од стране суда.⁸³ Код *конвалидације* ништавог уговора *због њо-вредне бићне форме* путем узајамног целовитог извршења или извршења у претежном делу⁸⁴ по нашем мишљењу, такође нема одштетно-правне одговорности, будући да је на основу закона обострано испуњење довело до оснажења (конвалидације) уговора. Услов је, међутим, да такво оснажење није у противности са циљем ради којег је форма установљена. Наше је мишљење да уколико је битна форма установљена ради заштите интереса уговорних страна, онда је оваква конвалидација допуштена. Уколико је, међутим, форма имала за циљ заштиту општих интереса, оваква конвалидација није допуштена. Код *зеленашких уговора*⁸⁵ је изричито прописано да се на зеленашки уговор сходно примењују одредбе Закона о облигационим односима о последицама ништавости⁸⁶. Искоришћено лице уз одржавање уговора на снази, може тражити смањење обавезе на правичан износ у року од пет година од закључења уговора.⁸⁷

(3) *Уговорна одговорност њоводом рушљивости*. Класични случајеви рушљивости или нападљивости (релативне ништавости) уговора који се ниште тек на захтев заинтересоване стране, са дејством за савесну страну *ex tunc*, а у погледу егзистенције уговора *ex tunc*, се свде на *мане воље*⁸⁸, тј. на случајеве *зablуде*, *ѡреваре* и *ѡринуде*.⁸⁹ У ову групу спадају и уговори по-словно неспособних лица.⁹⁰ Будући да је *zablуда* несвесна несагласност између воље и изјаве, *per definitionem* искључује несавесност било које уговорне стране, те би по томе, *одговорност за шћейу ѡребала да буде искључена* када се уговор поништава због битне извињавајуће *zablуде*. Но, према правилима позитивног права није тако. Закон о облигационим односима на општи начин предвиђа⁹¹ одговорност за поништење рушљивих уговора, што

⁸² В. чл. 106. ЗОО.

⁸³ На основу чл. 109. ЗОО.

⁸⁴ В. чл. 103. у вези са чл. 73. ЗОО.

⁸⁵ В. чл. 141. ст. 1-4. ЗОО.

⁸⁶ В. чл. 141. ст. 2. ЗОО.

⁸⁷ В. чл. 141. ст. 4. ЗОО.

⁸⁸ В. чл. 111-117. ЗОО.

⁸⁹ Б. чл. 111-117. ЗОО.

⁹⁰ В. чл. 111. ЗОО.

⁹¹ В. чл. 115. ЗОО.

би се примењивало дакле на све мане воље, а самим тим и на заблуду. Закон прописује да је уговарач на чијој је страни узрок рушљивости одговоран свом сауговорачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао нити је морао знати за постојање узрока (разлога) рушљивости уговора. Из ове одредбе Закона закључујемо да *de lege lata*, тј. по слову и смислу Закона, одговорност за штету онога који је био у заблуди, у случају рушљивости, има исти третман као кад је по среди превара и принуда. У погледу одговорности за заблуду (генералну) одредбу Закона о облигационим односима разумемо тако да одговорност уговорне стране у заблуди, наспрам друге уговорне стране постоји само онда, уколико је лице у заблуди било дужно да зна за разлог рушљивости, иначе, по нама, - *per definitionem* заблуде, као несвесне несагласности између воље и изјаве, - не одговара. У српској литератури још је Драгор *Хибер* на основу упоредноправне анализе указао да постоји извињавајућа и неизвињавајућа заблуда, са теоријским и практичним последицама ове дистинкције.⁹² При томе је разграничење (*tertium divisionis*) између ове две категорије у томе да ли је лице у заблуди било или није било дужно да зна за чињеницу од значаја за закључење уговора. У том смислу тумачимо и одредбу Закона о облигационим односима⁹³ у коме је изричито прописано да у случају поништаја уговора због заблуде, друга савесна страна има право да тражи накнаду претрпљене штете.⁹⁴ За разлику од заблуде, код *преваре*⁹⁵ и *принуде*⁹⁶ једна страна је увек савесна (преварени, принуђени сауговорач), а друга страна је несавесна (страна која је свесно довела свог сауговорника у заблуду или страна која је извршила апсолутну или релативну принуду). Стога је код ових потоњих рушљивих уговора *несавесна страна* (преварант и принудилац) и по логици и по позитивном праву с правом *одговорна за штету* другој савесној страни, превареном или принуђеном лицу за штету коју она трпи због поништаја уговора.⁹⁷ У сваком случају, чини се да би уговорну одговорност поводом заблуде требало издвојено, засебно третирати, посебно онда када је она извињавајућа (тј. ако лице у заблуди није било дужно да зна за битне околности или елементе уговора, као што би то било случај код тзв. трговачких уговора, када се тражи висока професионалност и дужност познавања околности). Наиме, извињавајућа за-

⁹² В. Драгор *Хибер*, Појам битне заблуде при закључењу уговора, докторска дисертација, Београд, 1991.

⁹³ В. Чл. 61. ст. 3. ЗОО.

⁹⁴ В. Јожеф *Салма*, Облигационо право, Издавачки центар Правног факултета у Новом Саду, 2009. стр. 254.

⁹⁵ В. чл. 65. ЗОО.

⁹⁶ В. чл. 60. у вези чл. 115. ЗОО.

⁹⁷ Упор. чл. 115. и 116. ЗОО.

блуда не подразумева несавесност лица у заблуди, те би по томе требало да искључи одговорност према другој страни. То би било оправдано, пошто могућност заблуде, погрешне представе свести о стварности, овде о битним елементима правног посла, чини саставни део ризика правног посла. Но, позитивно право установљава одговорност, како смо изнели у претходним излагањима и лица у заблуди, које тражи поништај, наспрам друге, како Закон каже „савесне“ стране, тј. стране која трпи поништај. Заправо су обе стране савесне. Уколико је по среди једнострана заблуда друга страна заиста трпи штету услед поништаја, те је законодавац, можда тим поводом, установио одговорност за штету лица у заблуди у корист другог саговорника. Но, тада би лице у заблуди, тужилац требало да одговара не због несавесности, јер тога нема, већ тако рећи објективно, без кривице. Требало би имати у виду и могућност обостране заблуде, те је у том случају питање како би се решила одговорност у хипотези да само једна од њих тражи поништај.

По француској доктрини, одговорност за заблуду се своди на право лица у заблуди да захтева реституцију, али се обично не помиње право на накнаду штете.⁹⁸

У Закону о облигационим односима прописана је *одговорности ограничено пословно способној лица* које је несавесним поступањем изазвало заблуду. Наиме, ограничено пословно способно лице одговара за штету насталу поништењем уговора, уколико је лукавством уверило свог саговорача да је пословно способно.⁹⁹ Ово правило није усамљено, прихватају и друга законодавства, односно упоредно-правна теорија.

Посебни случајеви професионалне уговорне одговорности

У посебне случајеве професионалне уговорне одговорности спадају (1) Одговорност за штете поводом уговора о раду, (2) поводом уговора о спортском ангажману, (3) поводом уговора о туристичком путовању, (4) одговорности лекара односно медицинског особља, (5) одговорност код грађевинске изградње, (6) одговорност за штете од производа, (7) одговорност за нелојалну рекламу.

Док је код грађанскоправних уговора мера кривице за уговорну одговорност одступање од пажње доброг домаћина¹⁰⁰, стандард кривице код професионалне одговорности је повишен, тако да одговорност на-

⁹⁸ В. *Savatiér*, *Traite de la responsabilité civil en droit Français, civil, administratif, professionell, procédural*, op. cit., стр. 151. тач. 120. Упор. *Colin-Capitant*, *Traité de Droit civil, Tome II, Obligations*, op. cit., стр.421-445. посебно, стр. 425-430., тач. 749-756., стр. 429-430, тач. 760- 791.

⁹⁹ В. чл. 116. ЗОО.

¹⁰⁰ В. чл. 18. ЗОО.

стаје уколико је привредник одступио од добрих пословних обичаја, код привредних, одн. трговинских уговора¹⁰¹, односно код осталих професионалних уговора од стандарда дате струке, медицинске, градитељске и др¹⁰².

(1) *Одговорност њоводом уговора о раду и служби.* Уговор о раду се између осталог карактерише по томе што ствара трајни или привремени радни однос између саговорача – послодавца и запосленог, с обавезом запосленог да обавља радне задатке, с једне, и обавезом послодавца да исплати раднику уговорену зараду, с друге стране. Уговор о служби се од уговора о раду разликује по субјектима. У овом случају је послодавац држава, државни орган или орган локалне самоуправе, а друга страна је службеник, који након заснивања радног односа најчешће обавља законом уређену надлежност (на пример судија). Одговорност за штету може бити тројака, у зависности од узрочности: (1) Ако је штета настала због тога што послодавац није обезбедио потребне услове за рад (потребну заштиту на раду код ризичних радних задатака, на пример, у руднику), те је запослени због тога претрпео штету радећи без потребне заштите. У овом случају се ради о одговорности послодавца за штету коју је запослени претрпео на раду. (2) Уколико је запослени за време радног времена трећем лицу проузроковао штету, по правилима о одговорности за радње другог примарно одговара послодавац, али се он може регресирати од запосленог, ако је штету проузроковао искључиво својом намерном кривицом. Оба ова вида одговорности се решавају у принципу по правилима о посебним случајевима деликтне одговорности. (3) Повреда уговора о раду, може бити обострана, на пример да послодавац не исплати уговорену зараду или да запослени не обави свој радни задатак из уговора. У овим случајевима се одговорност расправља по правилима о уговорној одговорности.

Уговор о раду је у начелу *облигација средстава*. То значи да запослени не одговара за то што није постигао коначни циљ, уколико је све учинио по правилима сруке и уговора да га постигне. Међутим, уколико је уговор о раду у комбинацији са *уговором о делу*, онда се ради о *облигацији резултата*, те запослени, односно посленик (на пример, извођач грађевинских радова) је дужан да постигне коначан циљ, тј. да благовремено заврши уговорену градњу, иначе одговара за штету због доцње. Но, исто тако, ако је по среди грађевинско предузеће, оно одговара за штету због одступања од уговореног квалитета. У погледу сигурности запослених, као уго-

¹⁰¹ В. Јожеф Салма, Грађанскоправни и трговински уговори – Основна теоријска и методолошка питања њихове кодификације, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2010, стр. 37-64.

¹⁰² В. чл. 18. и чл. 21. ЗОО.

вор са накнадом, уговор о раду обавезује као облигација резултата који укључује одговорност предузећа, послодавца и за професионалну болест, у границама уговорене уплате социјалног и здравственог осигурања.¹⁰³ По одредбама немачког Грађанског законика предмет уговора о раду (служби) може бити сваки рад или служба, при чему је за обећану службу (рад) послодавац у обавези да исплати уговорену зараду (накнаду).¹⁰⁴ У немачком праву у пракси се показала потреба за разликовањем уговора о раду (служби) и уговора о делу.¹⁰⁵ Док је уговор о раду оријентисан на резултат службе, код уговора о делу посленик обавезан на коначни резултат рада.¹⁰⁶

(2) *Одговорности спортиста и спортистских организација*¹⁰⁷. Ради се о посебном случају одговорности, јер од околности случаја, најчешће од узрочности, зависи да ли је по среди деликтна или уговорна одговорност, да ли се ради о одговорности за своје радње или за радње другог, и затим да ли је одговорност заснована на кривици или је она објективна, тј. независна од кривице. Такође, у зависности од околности, посебно узрочности, зависи ко ће бити позван на одговорност. (а) *Када је њо среди уговорна одговорност*. Уговорна одговорност спортиста или спортских организација постоји када је било једна (организација), било друга (спортиста) уговорна страна повредила уговором преузете обавезе, нпр. спортска организација није исплатила уговорену накнаду, или када спортиста није обавио спортску дужност (по правилу не резултат, већ потребну активност, будући да се у принципу ради о облигацији средстава - *obligation moiyeu*-, а не циља - *obligation résultat* -)¹⁰⁸. Од тога је одвојено питање награде за постигнути

¹⁰³ Упор. *Contrat de travail*, in: *Code civil*, 102e édition, Dalloz, Paris, 2003, стр. 977. тач. 92. bis.

¹⁰⁴ В. §611 Немачког грађанског законика.

¹⁰⁵ В. пар. 631-651. Немачког грађанског законика.

¹⁰⁶ В. на пример *Prütting-Wegen-Weinreich*, *BGB Kommentar*, op. cit., стр. 1066, *Dienstvertrag* (уговор о раду одн. служби), стр. 1067, *Werkvertrag* (уговор о делу). О одговорности запослених према послодавцу в. пар. 619 а *BGB*. В. ауторове радове: *József Szalma*, *A munkaszervezés köz- és magánjogi jellegzetességei, különös tekintettel az európai és magyar jogfejlődésre* (Јавноправне и приватноправне особине уговора о раду са посебним освртом на еволуцију у европском и мађарском праву), *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica*, Tomus XXI/2, Miskolc University Press, 2003, стр. 724-776.; *József Szalma*, *Tamás Prugberger*, *Arbeitsvertrag und Vertragsinstitute im öffentlichem Dienst*, *Правни живот*, Београд, бр. 12/2007, том 4. стр. 721-739.

¹⁰⁷ Ова материја није уређена важећим Законом о облигационим односима. Обично грађански законици или посебни закони уређују ову област као посебан случај грађанскоправне контрактуралне или деликтне одговорности. У домаћој литератури овом проблематиком се бавио Драган *Косић* in: *Одговорност спортиста и спортских организација*, дисертација, Институт за упоредно право, Београд; *ibid*, *Правна природа и основ грађанскоправне одговорности у спорту*, *Правни живот*, бр. 9-10/1992, стр. 1323; *ibid*, *Појам опасне ствари*, Савремена Администрација, Београд, 1975, стр. 42-46.

¹⁰⁸ Према француском праву, спортска организација према гледаоцима у погледу њихове сигурности има облигацију средстава у времену одвијања спортске активности (нпр.

циљани коначни резултат. (б) *Када је њо среди деликџина одговорности*. Уколико је спортиста повредио правила о спорту и тиме нанео телесну повреду, проузроковао смрт или инвалидитет другом спортисти одговоран је за тако насталу штету. У случају борилачких спортова где су честе повреде, полази се од претпоставке пристанка оштећеника који је општи разлог искључења одговорности, али се та претпоставка односи само до границе поштовања спортских правила. Уколико је дошло до изричите изјаве о пристанку, она је ништава ако се пристанак односи на тешку телесну повреду (трајног телесног оштећења), угрожавање живота (изазивање смрти). (в) *Када је њо среди објекџивна одговорности*. Уколико је штета настала услед дејства опасне ствари. неке опасне спортске справе или опасне спортске делатности (на пример, борилачко спортско такмичење), у начелу се примењују правила о објекџивној одговорности имаоца ствари или вршиоца те делатности. Али ако је узрок штете у неправилној изради спортских справа (на пример отпадање скија, лом притке код гимнастичког разбоја) за штету одговара произвођач. Уколико је штета потекла од неправилног постављања спортских справа (на пример, недовољног причвршћивања, коша, гола и др.) одговара ималац, односно евентуално солидарно са њим онај који је био дужан да ове справе постави на стручан и безбедан начин. (г) *Субјекџивна одговорности* постоји онда када штета не потиче од опасне спортске справе или опасне спортске делатности. (5) *Субјекџи одговорности* зависе од тога на кога указује узрочност, тј. од тога услед чије радње или пропуштања је дошло до штете. Тако на пример, код борилачких спортова постоји обавезан лекарски преглед, пре или током спортског такмичења. То може да буде пропуст спортске организације (у смислу да није обезбедила такав преглед), али може бити одговоран и спортски лекар због погрешне лекарске дијагнозе о могућности наставка даљег такмичења. Уколико је штета настала услед гивања маса на бини, за штету је у начелу примарно одговоран организатор спортске манифестације, због пропуста потребног обезбеђења. Али ако је штета настала због тога што је део публике изазвао нереде, за штету су одговорни они који су то учинили.

(3) *Одговорности организатора џуристичкој џуџивања*. Одговорност организатора туристичког путовања за сигурност путника у погледу превоза релевантног за путовање је облигација средстава. Што значи да организатор одговара за штету ако није предузео све што је потребно за сигурност путника, у складу са професионалним правилима.¹⁰⁹

гимнастике). В. *Code civil*, 102e édition, Dalloz Paris, 2003, стр. 974, коментар уз чл. 1174. Француског грађанског законика, тач. 72.

¹⁰⁹ Упор. *Organisation de voyages*, Civ. 1re, 29 mai 1990, Bull. Civ. I. No 128, in: *Code civil*, 102e édition, Dalloz Paris, 2003, стр. 974., коментар уз чл. 1174. француског ГЗ, тач. 71.

(4) *Одговорности лекара одн. медицинској особља.* У суштини, одговорност лекара је уговорна одговорност и у принципу има карактер облигације средстава. Лекар и медицинско особље одговара за штету поводом неуспешног лечења, ако се нису држали правила професије у погледу дијагностике и лечења.¹¹⁰

(5) *Одговорности код грађевинске изградње.* Извођач грађевинске изградње (код нас се погрешно назива инвеститором према терминологији Закона о облигационим односима) обавезан је да на основу пројекта изгради у уговореном року и начин изврши наручену грађевинску изградњу (стана, стамбене зграде, пословног простора и сл.) на одређеном земљишту, иначе одговара за сву штету наручиоцу. Наравно, наручилац је обавезан да за то исплати уговорену цену.¹¹¹ Варијантом са клаузулом „*кључ у руке*“, извођач се обавезује да поред изградње објекта реализује све обавезе неопходне да би објекат био подобан за наменску употребу.¹¹²

(6) *Одговорности за штеће од производа.* Ова врста посебне одговорности (Produkthaftung) је израсла из одговорности за скривене мане. Од потоњег се разликује по томе што повлачи одговорност не само продавца, већ и произвођача, нарочито онда, уколико се покаже да се узрок штете налази у грешци у производњи. Осим тога, ова је одговорност специфична и у погледу врсте штете. Ради се о угрожавању здравља и живота, дакле, не само имовине. По среди је одговорност произвођача лекова, произвођача ствари и постројења опасних за људско здравље. Код лекова је обавезан упут о начину употребе. Примарно је одговоран онај ко је ставио у промет ствари опасне по живот и здравље грађана, макар и на основу дозволом административних органа, али је секундарно и регресно одговоран онај који је произвео опасну ствар. Веома је значајна домаћа или међународна лиценца и дозвола за употребу. Као и објективна, научно и стручно заснована административна претходна и накнадна контрола квалитета производа, сагласно европским заједничким правилима.

(7) *Одговорности за нелојалну рекламу и рекламу која доводи у заблуду потрошаче.* Европске смернице забрањују нелојалну рекламу производа или услуга. Рекламно право садржи основно правило да реклама не сме да

¹¹⁰ Упор. *Code civil*, 102e édition, Dalloz Paris, 2003, стр. 974., коментар уз чл. 1174. француског ГЗ, стр. 958., тач. 9. За домаће право в. Јаков *Радишић*, Одговорност медицинских посленика, Институт за упоредно право, Београд; *ibid*, Лекар и пацијент као уговорни партнери, Правни живот, Београд, бр. 11-12/1993, стр. 2027.; *ibid*, Одговорност лекара и медицинских установа због секундарних штета, Правни живот, Београд, бр. 9/1996, стр. 201.; *ibid*, Правна природа одговорности медицинских посленика и њихов однос према пацијентима, Правни живот, Београд, бр. 11-12/1993, стр. 1759.

¹¹¹ В. чл. 630. ЗОО.

¹¹² В. чл. 640. ст. 1. ЗОО.

садржи неистините податке, као и правило да не сме да буде „нелојална“ према другом сличном производу и не сме да доведе нејасним порукама потрошаче у заблуду око стварних својстава производа. Одговорност терети онога који наручује нелојалну рекламу (рекламера).

Посебни случајеви уговорне одговорности код теретних уговора

У посебне случајеве уговорне одговорности код теретних уговора спадају питање одговорности у случају (1) приговора неизвршења уговора, (2) заштите од правних и физичких недостатака, (3) раскида уговора због неиспуњења и (4) немогућност испуњења.

(1) *Приговор неизвршења уговора*. Приговор неизвршења уговора (*exceptio non adimpleti contractus*) је приговор материјалноправне природе. Представља средство одбране туженог уговорника-дужника који се састоји у томе да тужени дужник из двострано обавезног уговора има право да се успротиви тужби ради испуњења, уз доказ да пре тужбе ни сам тужилац није испунио своју доспелу обавезу.¹¹³ Ово правило проистиче из *узajамности* и *истовремености* обавеза из двострано обавезних уговора. (*Zug um Zug Leistung*). У немачком праву, бар у делу теорије је заступљен став да успешан приговор неизвршења има за резултат *одбијање* тужбеног захтева тужиоца.¹¹⁴ Но по нашем праву, основно процесно-правно дејство приговора неизвршења уговора је у *усвајању* тужбеног захтева тужиоца, ако суд нађе да је тужба основана. Међутим, уколико тужени докаже да ни сам тужилац пре подношења тужбе није био спреман да изврши своју оба-

¹¹³ В. чл. 122. и 123. ЗОО. Према чл. 122. ст. 1. ЗОО у двостраним уговорима ниједна страна није дужна испунити своју обавезу ако друга страна не испуни или није спремна да истовремено испуни своју обавезу изузев ако је што друго уговорено или законом одређено, или ако што друго проистиче из природе посла.

¹¹⁴ В. на пример у новијој литератури Silvia Dullinger, *Bürgerliches Recht, Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. aktualisierte Auflage*, Springer - New York, 2010, стр. 30. тач. 2/43. (Овај принцип је у реформисаном немачком БГБ-у прихваћен код купопродаје и закупа). В. АБГБ, пар. 1052. и пар. 1062. Али, принцип вреди и за све остале синалагматичне двострано обавезне уговоре. По Дулингеру уколико тужилац, поводом приговора неиспуњења одбије да изврши своју обавезу, суд ће одбити његов тужбени захтев. (*Dullinger, op. cit.*, стр. 31, Randnummer 2/45). Иначе, у *аустријском* праву *exceptio non rite adimpleti contractus* је заснован на пар. 1052. АБГБ, и проистиче из општег правила о *exceptio doli*. В. *Gschntzer, Österreichisches Schuldrecht, Korrigierter Nachdruck*, Springer Verlag, New York, 1991, стр. 92.

Немачко право, у пар. 320. БГБ-а одређује да обе уговорне стране двострано обавезног уговора имају право да одбију захтев за испуњење, ако друга страна није спремна на извршење своје обавезе. Приговор неиспуњења се сматра подврстом (ретенционог) права задржавања из пар. 273. БГБ. Тако, на пример, купац има право да одбије плаћање цене све докле док продавац није обезбедио право својине на купљеној ствари. (<http://dejure.org/gesetze/BGB/320.html>).

везу, пошто је позван на испуњење, суд ће захтев тужбе усвојити уз услов истовременог испуњења тужиоачеве обавезе. Оваква пресуда представља перфектан извршни наслов уз услов да је пре покретања или током извршног поступка тужилац испунио своју обавезу. Тужени дужник, због несавесности тужиоца, може дати и изјаву о раскиду уговора. Становиште о усвајању захтева тужиоца уз услов испуњења његове обавезе према туженом је усвојено и у добром делу упоредно-правне доктрине. У немачкој доктрини (*Blomeyer*) у том смислу, успешан приговор неизвршења има карактер одложеног (дилаторног) услова.¹¹⁵

(2) *Зашишћена од физичких и правних недостигања*. Основна идеја ових института је у томе да роба нема скривене физичке недостатке који умањују обећану еквивалентну вредност, односно да преносилац обећава да нема старијег облигационог или стварног права на основу којег треће лице може да одузме ствар стицаоцу.¹¹⁶

(9) *Раскид уговора због неиспуњења*. У позитивном праву ово је случај мотивисаног раскида, тј. када једна страна изјавом о раскиду раскида двострано обавезан уговор зато што је друга страна повредила уговор. Давалац изјаве о раскиду има право на накнаду штете.¹¹⁷

(10) *Немогућности испуњења*. У доктрини су познати различити облици немогућности испуњења: почетна, накнадна; узрокована понашањем друге стране или трећег лица, дејства више силе или случаја; апсолутна и релативна немогућност. Почетна немогућност подразумева непостојање уговора, када се у нашем праву, под утицајем француске доктрине, примењују аналогна правила о ништавости (осим правила о конверзији). Накнадна немогућност не утиче на егзистенцију већ на извршење уговора. И почетна и накнадна немогућност могу бити правна и фактичка. Почетна правна немогућност је заправо идентична са забрањеним предметом, те доводи до ништавости, будући да је један од услова пуноважности уговора допуштеног предмета. Релативна немогућност постоји када сам дужник не може да испуни преузету обавезу, али то може учинити треће лице.

¹¹⁵ В. Јожеф *Салма*, Облигационо право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2009. г. стр. 417, и у фн. бр.1336 наведену домаћу и инострану литературу.

¹¹⁶ В. чл. 121 ст. 1-3. ЗОО, *материјални недостици* код куповине, чл. 478-486: у погледу одговорности за скривене недостатке, в. чл. 482. ЗОО. За *правне недостици* код куповине, в. чл. 508-515. ЗОО РС. Од физичких недостатака се има разликовати *гаранција за исправно функционисање техничких производа* (в. чл. 501-507. ЗОО). Код потоњих се не ради о скривеном, већ о функционалном недостатку. Продавац, односно произвођач код гаранције за исправно функционисање техничких производа (на пример, пегла, аутомобил, косилица за траву и др.) гарантује на основу гарантног листа да технички производ одговара намени, тј. да функционише. У супротном одговара за штету.

В. чл. 501-507. ЗОО.

¹¹⁷ В. чл. 124. ЗОО.

Тада се извршење може поверити том трећем лицу на трошак уговорника који се нашао у немогућности. Апсолутна немогућност је случај када не само дужник већ било ко други није у могућности да изврши престацију. Немогућност може наступити и услед пропасти ствари, и то услед више силе или случаја. Тада дужник није одговоран ако је предмет обавезе индивидуално одређена ствар. Ако су по среди алтернативне обавезе, па је од две облигације пропала једна, долази до тзв. концентрације обавезе. Сложена облигација постаје једноставна, своди се на преосталу обавезу. Уколико је пропаст ствари скривљена, одговара она страна чијом радњом или пропуштањем је дошло до пропасти.¹¹⁸

III Закључне напомене

Уговорна одговорност је значајна област текуће реформе Закона о облигационим односима (2007-2009) која је усмерена на правну хармонизацију са европским правилима. У раду је учињен покушај да се еволуција уговорне одговорности анализира у светлу континенталних традиционалних кодекса (Немачки грађански законик, Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, Швајцарски закон о облигацијама и Мађарски грађански законик), како у теорији, тако и у практичној примени права. Узети су у обзир и значајне реформе Закона о облигационим односима предложене у Преднацрту новог закона о облигационим односима из 2009. године које се делом односе и на уговорну одговорност, у погледу неиспуњења, неизвршења, неправилно испуњења и доцње. У раду је заузет став да појам повреде уговора није довољан за све случајеве у којима је оправдана уговорна одговорност, иако инкорпорише неизвршење, неправилно извршење и доцњу. Уговорна одговорност, наиме, садржи и проблематику повреде не само уговора већ и императивних законских прописа, као што је то случај са ништавим уговорима који су противни јавном поретку, добрим обичајима и принудним прописима. У случајевима рушљивости уговора (мана воље, као што су заблуда, превара и принуда), спорно је да ли одговорност треба проширити и на заблуду, као случај несвесне несаслажности између воље и изјаве. Неспорно је да се уговорна одговорност има установити за случај бар једностране, а у сваком случају код обостране свесне несаслажности између воље и изјаве, код принуде и преваре, чији је носилац несавесни уговорник. Раскид уговора је посебан комплекс питања, пошто је он некад мотивисан повредом уговора од стране друге уговорне стране. Он, затим може бити једностран, обостран, као и споразу-

¹¹⁸ Упор. чл. 137. и чл. 138. ЗОО.

ман. Посебна правила су предвиђена за раскид уговора због промењених околности. У случају споразумног раскида стране се обично споразумеју и о одговорности, тј. о одштети. Уговорна одговорност, по томе што је уговорно право вођено начелом о аутономији воље, има ту особину да стране могу унапред уговорити одштету за случај повреде уговора (као што су клаузула о уговорној казни, клаузула о пеналу за задоцњење у испоруци производа, клаузула о одустаници, клаузула о супсидијерном јемству и јемству плаћања, клаузула „пуно за празно“ код алотмана, лимитација суме осигурања код уговора о осигурању, правила општих услова пословања, и др.). У раду је указано да ове и друге клаузуле о одговорности у извесном смислу представљају уговорну лимитацију одштете за случај повреде уговора, за разлику од деликтне одговорности где, у принципу, влада начело о потпуности накнаде.

*József Szalma, Academician, DSC, Dr. hc., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Contractual Liability – in European, Comparative and Serbian Law –

Abstract

Contractual liability is an important topic of the ongoing reform of the effective Serbian Law on Obligations (2007–2009), which aims to harmonize the national legislation in this field with the laws of the European Union.

In this paper the author analyzes the evolution of the traditional European civil codes (the German BGB, French Code civil, the Austrian ABGB the Swiss OR and the Hungarian Civil Code), with due attention to the doctrine and jurisprudence, taking into account the proposed reforms of the effective Serbian Law on Obligations concerning issues of contractual liability, such as the legal consequences of nonperformance, misperformance, default, etc.

The author is of the opinion that the notion of the breach of contract doesn't cover all the cases in which contractual liability arises, although it embraces nonperformance, misperformance and default. The notion of contractual liability, namely, covers not only the cases of breach of contract, but the infringement of public policy, good morals and mandatory rules, which all lead to the nullity of the contract. In cases of voidable contracts (that is in case of defects of contractual will, such as mistake, deceit and duress) it is questionable whether the scope of contractual liability should be extended to mistake, which is a case of nonconscious discrepancy between contractual will and its expression. It is undisputable that contractual liability arises in case of deceit and duress, to the burden of the party acting in bad faith.

The rescission of contract entails a separate complex of legal issues, since it may be justified by the other party's breach of the contract. It can also be one-sided, two-sided or by a mutual agreement. Furthermore, specific rules apply to rescission of contract due to changed circumstances. In case of termination of a contract by mutual agreement, the parties usually agree on the extent of liability, that is on the extent of indemnification. Contractual liability is also specific that, according to the principle of parties' autonomy, the parties always may in

advance agree on the extent of damages for the case of breach of contract, in a form of a clause on liquidated damages, forfeit money, suretyship for indemnification, the limitation of the sum insured in insurance contracts, clauses in the general conditions of business, etc. The author calls attention to the fact that these clauses in certain extent limit the scope of the indemnification for breach of a contract, according to which this liability differs from the liability for torts, where the principle of full indemnification applies as a rule.

Key words: contractual liability, divergences of contractual liability from the liability for torts