

УДК/UDC 347.4/.5:340.134(497.1)
347.4/.5:340.134(497.6)

Проф. др Бранко Мораит

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА КАО ДОПРИНОС ВЛАДАВИНИ ПРАВА

Аутор се у чланку осврће на законско уређивање облигационих односа на простору бивше Југославије, с посебним освртом на стање у Босни и Херцеговини. У Босни и Херцеговини припремљен је Нацрт Закона о облигационим односима са стањем 28. 1. 2003. године, када су двије радне групе ентитета завршиле рад на изради текста Нацрта у организацији министарстава правде ентитета, подржаних од стране њемачке владине организације GTZ. Послије наведеног датума, организацију око довршавања израде текста Нацрта Закона о облигационим односима преузело је Министарство правде БиХ уз подршку ОНР, али резултат њиховог рада није постао позитивни законски текст.

Аутор покушава да освијетли значај југословенског Закона о облигационим односима из данашње перспективе и закључује да он и даље значајно утиче на законодавне токове уређивања облигационих односа у свим бившим југословенским републикама. Закон о облигационим односима продужио је свој правни живот рецепцијом у нове правне поретке који су приступили његовим мањим или већим измјенама. И тамо гдје је донесен нови законски текст о облигационим односима, нису запажсена велика одступања од изворника, како у систематици, тако и у садржају законског текста.

Кључне ријечи: Кодификација; Закон; Систем норми; Садржај закона; Субјекти облигационих односа; Заштита потрошача.

1. УВОД

Велике кодификације правних норми, у које спадају и велики кодекси на пољу облигација, па тако и југословенски Закон о облигационим односима из 1978. године са каснијим измјенама и допунама,

никада не престају да живе.¹ Професор Перовић је томе визионарски додао да „временом, употребом државне власти, они могу бити стављени ван снаге, али, ван снаге живота, никада“. Они се „ко болест вечита наслеђују, од колена до колена потежу, од места к месту тихо се протежу“.²

Нешто слично десило се и са југословенским Законом о облигационим односима (ЗОО), који и након тзв. дисолуције југословенске државе наставља да живи, са мањим или већим измјенама и допунама, у свим бившим југословенским републикама, сада самосталним државама. У овом реферату покушаћемо приказати правни живот ЗОО-а с више аспеката: као извора норми, субјеката на које се односе његове норме, скупа систематизованих норми и његовог садржаја *de lege lata* и *de lege ferenda*, с посебним освртом на стање у Босни и Херцеговини.

Ако период од тридесет година упоредимо са двјестогодишњицом Француског грађанског законика, родоначелника тзв. модерних грађанских кодификација, учиниће нам се неупоредиво кратко. С друге стране, огроман је успјех васпоставити овакав законски пројекат на турбулентним југословенским просторима, у специфичним условима владавине концепта договорне и доходовне економије, удруженог рада и средстава, несвојинске концепције друштвене својине, негације права својине и уговора, и перманентног распада јединственог југословенског тржишта и правног система, за који важи раширена и ничим оспоравана оцјена да је најуспјешнији законски пројекат у историји југословенског права.

2. ЗАКОНОДАВНИ ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

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

Као што је у Краљевини Југославији, у преднацрту, остао југословенски грађански законик, односно његов пројекат, тако је у Федеративној Републици Југославији уложен напор на унификацији правила о накнади штете који се зауставио на фази израде пројекта. Израђена су три нацрта закона о накнади штете (1951, 1960, 1961), који нису никада ушли у законодавну процедуру нити су из ње изашли као правноснажни акти.

¹ Закон о облигационим односима с регистром појмова, дванаесто, измењено и допуњено издање с најновијим законским изменама, предговор Слободан К. Перовић, Службени лист СРЈ, Београд 2001, 59. (У даљем тексту: Предговор професора Перовића)

² *Ibid.*, цитат из Фауста.

Савезна скупштина је у јулу 1969. основала Комисију за цивилни кодекс. Након савјетовања у Београду, одржаном од 7. до 9. маја о „Месту цивилног кодекса у систему нашег права“, умјесто да се иде ка законодавној процедури и довршавању цивилног кодекса, колебања теоретичара и притисци политичара условили су сторнирање и овог пројекта. Како наводи професор Слободан Перовић,³ замах идеје о кодификацији облигационих односа започео је 1960, када је професору Михаилу Константиновићу, од стране тада надлежних органа, повјерен задатак да изради текст који би у форми преднацрта послужио као основа за израду закона о облигацијама. Професор Константиновић је овај рад израдио под називом „Скица за законик о облигацијама и уговорима“. За њега је добио Седмојулску награду и рад је публикован, те је постао фактички незаобилазан документ јавне дискусије о питањима облигационог права. Скица је и у наше вријеме, послје распада Југославије, изузетно инспиративна за научноистраживачки и будући законодавни рад.

Након распада СФРЈ, до тада савезни закон, Закон о облигационим односима,⁴ претрпио је одређене измјене. У СФРЈ, која је била заједничка држава народа који су је сачињавали и федералних јединица као административно-политичких ентитета, Србија и Црна Гора су уставно конституисале Савезну Републику Југославију која се територијално састојала од бивших АВНОЈ-евских федералних јединица, СР Србије и СР Црне Горе. У тој новој држави донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима,⁵ који садржи 60 чланова.

У Републици Српској, која је формирана на територији бивше СР Босне и Херцеговине, као државноправни ентитет у постдејтонској Босни и Херцеговини, донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима,⁶ који садржи 61 члан. Разлози за овакво номотехничко рјешење леже у одредбама Амандмана XIV на Устав Републике Српске, које одређују да Република Српска уређује и обезбјеђује својинске и облигационе односе. А према члану 12 Уставног закона Републике Српске, до доношења одговарајућих закона, примјењиваће се закони и други прописи бивше СФРЈ и бивше СР БиХ који су у сагласности са Уставом Републике Српске и који нису у су-

³ Закон о облигационим односима са регистром појмова, *Предговор*, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, 4–6.

⁴ Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89.

⁵ Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93.

⁶ Закон о изменама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени гласник РС*, бр. 17/93.

протности са законима и другим прописима које је донијела Народна скупштина Републике Српске.

Измјене и допуне ЗОО-а у СР Југославији, од 16. јуна 1993. године, ослободиле су законски текст политичко-идеолошке терминологије. У Републици Српској убрзо након тога извршена је потпуна рецепција ових измјена и допуна ЗОО-а, тако што је донесен Закон о измјенама и допунама ЗОО-а. Према овим измјенама и допунама, субјекти облигационих односа не означавају се као „учесници“, него као „стране“ у облигационим односима, а то могу бити физичка и правна лица. Ова измјена је условљена усклађивањем ЗОО-а са уставним актима тадашње СРЈ и РС. Уједно, тим измјенама и допунама искоришћена је прилика да се ЗОО врати своме изворнику, Скици професора Константиновића.⁷ Овим измјенама и допунама ЗОО-а из 1993. године, друштвена правна лица су ишчезла из облигационих односа, јер је озакоњен уставни принцип једнаке заштите свих облика својине и нису више постојали разлози за посебну заштиту друштвених правних лица у облигационим односима.

У Федерацији БиХ, другом државноправном ентитету Босне и Херцеговине, југословенски Закон о облигационим односима преузет је на основу Уредбе са законском снагом,⁸ а ступио је на правну снагу потврђивањем уредаба са законском снагом (*Службени лист РБиХ*, бр. 13/94).

Потом, у Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине приступило се припремама за доношење новог Закона о облигационим односима, уз подршку њемачке организације *GTZ*, која израду Нацрта ЗОО-а повјерава њемачком професору *Helmutu Ruessmani*. Професор *Ruessman* је за основ израде изабрао ЗОО као модерно и успјешно законодавно дјело. Као важан разлог за израду новог Закона о облигационим односима указано је на потребу усклађивања ЗОО-а са директивама Европске уније о заштити потрошача. Владе ентитета формирале су двије експертске радне групе које су помагале при изради Нацрта ЗОО-а.

У току рада изражена су два различита мишљења о томе да ли питања заштите потрошача треба да уђу у текст Нацрта ЗОО-а, или је овим питањима мјесто у посебном законодавству. Послије изношења аргумената за и против, те указивања на предности различитих ријешења у француском и њемачком праву, одредбе о заштити потрошача остале су интегрисане у Нацрт ЗОО-а.

⁷ Предговор професора Перовића.

⁸ Уредба са законском снагом о провођењу Одлуке Републичког референдума, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/93.

Одредбом члана 5 Нацрта ЗОО-а, одређено је да стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица. Поред ове начелне одредбе, уграђене су још двије одредбе. Према одредби члана 15, „предузетник“ је физичко или правно лице које приликом закључивања неког правног посла дјелује у вршењу своје привредне или самосталне професионалне дјелатности. Према одредби члана 16, „потрошач“ је свако физичко лице које закључује неки правни посао у сврху која не спада у његову привредну или професионалну дјелатност. Ова издвојена дефинисања „предузетника“ и „потрошача“ у функцији су инкорпорисања одредаба о заштити потрошача у текст Нацрта ЗОО-а. Сви односи који се између потрошача и предузетника развијају предмет су посебних одредаба које су саставни дио Нацрта ЗОО-а. Тако, поново смо добили једну издвојену категорију субјеката облигационих односа који се издвајају из цјелине комплекса облигационих односа како би се успоставила равноправност страна у облигационим односима и јаче заштитили интереси потрошача који су у односима према предузетницима слабија страна. Оваквим нормирањем, конкретизују се или, чак, доводе у питање два принципа: принцип јединственог регулисања и принцип равноправности страна.

3. ПРЕГЛЕД САДРЖАЈА ПРЕДЛОЖЕНИХ ИНСТИТУТА ОПШТЕГ ДИЈЕЛА НАЦРТА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА ФБиХ/РС СА САДРЖАЈЕМ ОПШТЕГ ДИЈЕЛА ВАЖЕЋЕГ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

3.1. Основна подјела

Општи дио Нацрта Закона о облигационим односима, као и важећи Закон о облигационим односима подијељен је на следеће главе:

Основна начела (чл. 1 до 17 Нацрта; чл. 1 до 25 ЗОО-а);

Настанак обавеза (чл. 18 до 328 Нацрта; чл. 26 до 261 ЗОО-а);

Дејство обавеза (чл. 329 до 363 Нацрта; чл. 262 до 294 ЗОО-а);

Престанак обавеза (чл. 364 до 482 Нацрта; чл. 295 до 393 ЗОО-а);

Разне врсте обавеза (чл. 483 до 542 Нацрта; чл. 394 до 435 ЗОО-а);

Провјера повјериоца или дужника (чл. 543 до 563 Нацрта; чл. 436 до 453 ЗОО-а).

Главе општег дијела Нацрта, исто као и у општем дијелу ЗОО-а, подијељене су на одјељке и одсјеке.

3.2. Основна начела

Одредбе начелног карактера садржане су у Глави I која је, у односу на изворник – ЗОО, претрпјела одређене измјене и допуне. Од начела садржаних у ЗОО-у, у овај нацрт су преузета, без икаквих измјена и допуна, слједећа начела: савјесност и поштење, аутономија воље, добри пословни обичаји, забрана злоупотребе права, једнаке вриједности узајамних давања, проузроковање штете, дужности испуњења обавеза и поступање са дужном пажњом.

Нова одредба је садржана у члану 2 Нацрта и носи наслов „сходна примјена закона“. Овим се тежи попуњавању правних празнина методом законске аналогije, тако да се на правно сличне односе, за које Закон не садржи никакву одредбу, сходно примијени одредба која је садржана у закону као пропис за правно сличне односе. Уколико нема таквих прописа у закону, треба примијенити општа правна начела и добре обичаје.

Нова је и одредба члана 3 Нацрта о „основним правилима терета доказивања“, према којој чињенице доказује страна која из њих изводи своја права, односно штити сопствену правну позицију. У расправама о Нацрту, постављено је питање да ли одредба о расподјели терета доказивања спада у материјалноправни пропис, јер је, иначе, процесноправне природе.

Одредбе чланова 15 и 16 Прве главе Нацрта дефинишу појмове „предузетника“ и „потрошача“, чије облигационе односе специјално уређује Нацрт уводећи заштиту потрошача у облигационо право. Током расправа о Нацрту, и ово питање је било отворено за дискусију и о томе су се развили опречни ставови. Један дио чланова законодавне комисије сматрао је да ова питања нису од принципијелног значаја, да их не треба уносити у закон и да их треба оставити за посебно законодавство. Други су сматрали да је ово прилика да се директиве Европске уније унесу у домаће законодавство и тако изврши хармонизација домаћег права са правом Европске уније. Под утицајем мишљења главног редактора текста Нацрта, унесене су слједеће директиве Европске уније:

1. Директива 85/577/EWG Вијећа од 20. децембра 1985. године, о опозиву послова на кућним вратима;
2. Директива 90/7 Европског парламента и Вијећа од 20. маја 1997. године, о продаји на даљину;
3. Директива 93/13 EWG Европског парламента и Вијећа од 5. априла 1993. године о забрањеним клаузулама у потрошачким уговорима;

4. Директива 90/314/EWG Вијећа од 13. јуна 1990. године о паушалним путовањима; и
5. Директива од 19. маја 1998. године о тужбама на пропуштање ради заштите интереса потрошача.

3.3. Настанак обавеза

У пододјелку Главе II Нацрта, која уређује сагласност воља уговорних страна, унесена је одредба члана 22 о „једностраним правним пословима“. Ријеч је о изјавама воље као што су: изјава о раскиду, изјава о опозиву или отказу, односно изјавама за чију пуноважност није потребна сагласност друге стране. Одредбом члана 23 уређује се „опозив дозволе до закључења правног посла“. Одредба члана 24 уређује „ретроактивно дејство одобрења“. Одредба члана 25 Нацрта уређује питање „важности располагања предметом правног посла од стране неовлашћеног лица“ и прави се разлика између „послова располагања од неовлашћеног уз дозволу овлашћеног лица“ и „послова које господар посла накнадно одобри или лице које је неовлашћено располагало предметом посла такав предмет стекне без ограничења“.

„Испорука ненаручених чинидби“, од стране предузетника потрошачу, неће довести до настанка облигационог односа. Ствар се може вратити пошиљаоцу и то је утврђено одредбом члана 32 Нацрта с циљем рецепције Директиве о продаји на даљину 91/9/ЕЗ од 20. маја 1997. године.

„Наруџба електронским путем“ унесена је у Нацрт одредбом члана 33 ради рецепције одредбе члана 11, став 2 Директиве 2000/31/ЕЗ о електронском пословању.

Уређивање питања предмета уговора модификовано је на тај начин што одређивање предмета од стране трећег лица неће бити обавезујуће за уговараче уколико је очигледно неправично. У таквој ситуацији, предмет уговора неће остати неодређен, јер се овлашћује суд да у том случају одреди предмет уговора.

Одређивање предмета уговора од стране једног уговарача врши се једностраном изјавом воље која мора бити учињена према правичној процјени. Уколико овлашћени уговарач тако не поступи приликом одређивања предмета уговора, предмет ће одредити суд.

3.4. Пословна способност

Одредба члана 55 Нацрта одређује „пословно неспособна лица“ као она која нису навршила четрнаест година живота, као и она која

због душевне болести, менталне слабости, опијености и сличних стања нису способна да разумно поступају.

„Ограничено пословно способно лице“, према одредби члана 56 Нацрта, је малољетно лице са навршених четрнаест година живота и лице којем је дјелимично одузета пословна способност. Законски заступник може овластити ограничено пословно способно лице да самостално обавља неку привредну или професионалну дјелатност, на који начин то лице стиче потпуну пословну способност у оквирима те дјелатности (члан 63 Нацрта). Ограничено пословно способно лице може закључити пуноважан уговор и без сагласности законског заступника ако располаже средствима која му је ставио на располагање законски заступник или уз сагласност законског заступника неко треће лице.

Багателне, „послове мале вриједности уобичајене у свакодневном животу“ могу пуноважно предузимати пословно неспособна и ограничено пословно способна лица.

3.5. Форма

Нове одредбе су настале измјенама одредбе члана 72 ЗОО-а (сада члана 78, став 5 Нацрта), којима је прописано да се писмена форма замјењује и изјавама електронским путем. Поред ове одредбе, у текст Нацрта унесене су и одредбе које уређују нотарску обраду исправе (члан 80 Нацрта), нотарску овјеру исправе (члан 81 Нацрта), замјену за нотарску обраду исправе (члан 82 Нацрта) и уговоре који се морају нотарски обрадити.

3.6. Услов

Нове су одредбе о: „повратном дјеловању услова“, што подразумијева да уговор почиње производити облигационоправно дејство од тренутка наступања услова (члана 85 Нацрта); „заштити условног права“, што подразумијева накнаду штете за скривљено онемогућавање или сужавање условног права (члан 88 Нацрта); и „непуноважности располагања под условом“, тако што се забрањује располагање предметом уговора које онемогућује или забрањује дејство предвиђено условом (члан 89 Нацрта).

3.7. Рок

Одредбе које су под овим насловом уврштене у Нацрт су нове. Потпуно су одређени термини шта се подразумијева под почетком и

крајем рока, шта је почетак, средина и крај мјесеца, продужење рока, итд. (члан 90 до 97 Нацрта).

3.8. Заступање

У овим одредбама Нацрта извршена је подјела на „посредно и непосредно заступање“ (члан 105 Нацрта). Прописивањем непосредног заступања новелиране су одредбе о дејству заступања (члан 106 Нацрта), неименованом заступаном лицу (члан 107 Нацрта), ограничено пословно способном лицу као заступнику (члан 108 Нацрта), манама воље (члан 109 Нацрта), сукобу интереса (члан 110 Нацрта), злоупотреби овлашћења за заступање (члан 111 Нацрта), те обавезама накнаде штете за заступника без овлашћења за заступање (члана 113 Нацрта). Нове одредбе су додатни прописи о пуномоћи, претпостављена пуномоћ, заједничко заступање, пуномоћ ограничено пословно способног лица, дејство престанка пуномоћи у односу на треће лице, једностранни правни посао и враћање исправе о пуномоћи.

Код посредног заступања, нове су одредбе о дејству посредног заступања, платежној неспособности посредног заступника и знатнијој повреди обавеза у односу на заступаног, као и платежна неспособност посредног заступника или знатнија повреда обавезе у односу на заступника.

3.9. Тумачење уговора

У Нацрт је додата нова одредба члана 136, у којој се одређује да заједничка намјера уговорних страна треба да се тумачи како би је схватила разумна лица истих својстава у таквим околностима.

3.10. Раскид уговора због неиспуњења

У овом дијелу Нацрта уређују се „једностранна изјава воље као форма раскида упућена другој уговорној страни“ (члан 168 Нацрта) и „недјељивост права на раскид када уговорне стране чини више лица“ (члан 169 Нацрта); изјава о раскиду нема дејства ако се дужник могао ослободити обавезе пребојом (члан 170 Нацрта) и клаузула у губљењу права дужника ако не изврши своју обавезу када повјерилац остаје овлашћеник права на раскид уговора.

3.11. Право опозива и поврата код потрошачких уговора

У овом дијелу текста Ннацрта интервенисано је у постојећи текст ЗОО-а ради провођења Директиве 97/7 ЕГ, по којој потрошач има право опозвати изјаву воље дату као пристанак на закључење уговора

са предузетником. Опозив се даје у року од 15 дана од пријема правне поуке о опозиву (члан 172 Нацрта). „Право на поврат код потрошачког уговора“ могуће је замијенити „правом на опозив“ (члан 173 Нацрта). Поред овога, уређују се правне посљедице опозива и поврата тако што се предвиђа сходна примјена законских одредаба о раскиду уговора (члан 174 Нацрта), те се дефинише појам трајног носача података (члан 175 Нацрта).

3.12. Општи услови формуларних уговора

Све нове одредбе унесене су у Нацрт с циљем провођења Директиве 99/13/EWG, која говори о „преварним (злоупотријебљеним) клаузулама у потрошачким уговорима“, а новим одредбама је циљ да штите потрошача као купца робе или прибавиоца услуга односно слабије стране у уговору, нарочито када се закључује уговор чији је садржај продавац унапријед и једнострано припремио.

Појам „формуларног уговора“ у одредби члана 184 Нацрта измијењен је у односу на формулисање таквог појма одредбом члана 142 важећег ЗОО-а. Утврђени су начини на које „општи услови“ постају дио појединачног уговора техником укључивања општих услова у уговор (члан 185 Нацрта). Одредба члана 186 прописује „неуобичајене одредбе“ које се не могу укључити у уговор и због тога не постају дио уговора, јер су тако неуобичајене да са њима сауговорач приређивача општих услова не мора рачунати. Поред овога, у овај дио Нацрта унесена је и одредба члана 187 о „забрани знатнијег оштећења“, набројане су „забрањене одредбе“ у члану 188, правне посљедице „неукључивања“ и „непуноважности“ (члан 189), те подручје примјене (члан 190 Нацрта).

3.13. Уступање уговора

Одредбама Нацрта о „уступању уговора“ уводи се правило о стављању рока за сагласност када она није изјављена и посљедице неизјављивања сагласности (члан 192 Нацрта). Уколико одређени рок, позив страни која је закључила уговор о уступању, безуспјешно истекне, сматра се да је сагласност одбијена. „Прелаз споредних права“, након уступања уговора, чини се зависним од лица која су дужници споредних обавеза. Ако су то уговорачи, споредна права прелазе, али ако су дужници трећа лица, споредна права прелазе на новог повјериоца само ако се она сагласе.

3.14. Проузроковање штете као извор облигација

Нова је одредба члана 203 Нацрта, која носи наслов „Приписивање штете“. Према овој одредби, штетник одговара само за штету која је са догађајем из кога произлази одговорност штетника тако повезана да се она, с обзиром на врсту одговорности и карактер штете, уз уважавање заштитне функције повријеђене правне норме, може сматрати посљедицом тог догађаја.

Нова је одредба и члана 225 Нацрта, која „одговорност за штету од животиња“ веже за власника односно лице под чијим је надзором животиња на чувању или лијечењу.

„Одговорност за штету од грађевина“ из члана 226 Нацрта веже се за власника ако се штета догоди рушењем, падом грађевине или на неки други сличан начин. Власник се може ослободити одговорности само ако докаже да је штета настала дејством више силе или кривцом оштећеног.

3.15. Одговорност за неисправне производе и одговорност за рекламу

Новост је одредба члана 228, став 1 Нацрта, која „одговорност произвођача“ везује за „грешку производа“. Оштећени је дужан доказати грешку, штету и узрочну везу између грешке и штете. Произвођач се ослобађа одговорности ако производ с грешком није ставио у промет, ако је производ одговарао принудним прописима у вријеме када га је ставио у промет, ако грешка није могла бити уочена или је грешка настала током уградње у неки други, финални производ. Одредба члана 232 Нацрта ограничава одговорност на штету узроковану „производом са грешком“ која је настала оштећеном као повреда живота и здравља, или је узроковала уништење или оштећење какве оштећеникове ствари, изузимајући сам производ са грешком. Ове одредбе унесене су у текст Нацрта ради имплементације Директиве 85/374/EWG Вијећа од 25. јула 1985. године о одговорности за неисправне производе.

„Одговорност за рекламу“, прописана одредбом члана 235 Нацрта, утврђује одговорност за штету проузроковану рекламом лица које је контролисало изразу рекламе. Лице одговорно за рекламу може се ослободити одговорности ако докаже истинитост чињеница и тврдњи садржаних у реклами.

3.16. Накнада материјалне штете

Измјена коју доноси Нацрт састоји се у допуни одредбе члана 192 важећег текста ЗОО-а, тако што се „терет доказивања“ дијели између штетника и оштећеног за допринос оштећенога у настанку штете. Одредба члана 251 Нацрта уређује ситуацију када штетник одговара за накнаду штете и стиче право од оштећеног да захтијева да му „уступи право“ према трећим лицима, на примјер, из уговора о осигурању. Одредба члана 252 Нацрта садржи правило „пребијања користи са штетом“.

3.17. Стицање без основа

У дефинисању појма института стицања без основа извршене су непотребне редифиниције, јер се, по нашем мишљењу, предлаже окрњена дефиниција овог института, извора облигација, тако што се не спомиње ни недостатак основа за стицање „нечега“. У дефиницији се не наводи обавеза враћања или накнаде вриједности постигнуте користи. Тек у одсјеку III, који носи наслов „Садржај и домет одговорности за стицање без основа“, допуњена је дефиниција „правилима враћања“. Тиме је постојећа дефиниција овог правног института непотребно дисперзирана и подвојена, што је недопустив граматичко-логички редакторски пропуст.

Одредба члана 273 Нацрта уводи случај „стицања без основа због промашаја сврхе“, то јест намјераваног циља правног посла (на примјер, давања поклона супружницима ради очувања брака који се не одржи). Ово схватање основа није било прихваћено у важећој доктрини нашег права, јер се под правним основом подразумијева пуноважни правни основ, то јест правни посао или закон (члан 210, став 1 ЗОО-а), а као изузетак извршење неке природне обавезе, моралне или друштвене дужности (члан 213 ЗОО-а), што се означавало као објективно схватање правног основа. У одсјеку II садржани су посебни прописи за „поврат стеченог у односу на више лица“, по којим ријешењима, која су преузета из параграфа 822 Њемачког грађанског законика, прибавилац, који бесплатно отуђи ствари трећем лицу и искључи своју обавезу враћања, даје осиромашеном право на тужбу према трећем лицу као да је трећи обогаћени без правног основа, мада, правни основ, као што је, на примјер, уговор о поклону, уистину постоји.

3.18. Затезне камате

Новост је уређење „доспјелости“ затезних камата, по којем оне доспијевају након изјављивања опомене или подизања тужбе када је предмет обавезе потраживање накнаде штете у новчаном износу. На овај начин, жели се заштитити повјерилац, пошто се дужнику више неће исплатити да чека на пресуђење, јер затезна камата своју везаност за утврђивање висине накнаде штете задржава само у погледу коначног обрачуна висине затезне камате зависно од висине прихваћеног тужбеног захтјева у пресуди. На тај начин, избјећи ће се, у садашњој пракси уобичајена, злоупотреба дужничких обавеза, одуговлачење намирења повјериоца накнаде штете у новчаном износу, које је, у важећем ЗОО-у пројектовано у корист дужника, а на штету оштећенога, тј. повјериоца с обзиром на дужину трајања судског поступка.

3.19. Право задржавања

Према новом прописивању, право задржавања више не престаје наступањем застарјелости потраживања. Предмет ретенције је прецизиран у односу на дужникову ствар тако што је сада изричито одређен као покретна ствар.

3.20. Престанак обавеза

Код „испуњења са суброгацијом“ (измијењен и допуњен члан 300 ЗОО-а – члан 369 Нацрта), правило „уступања тражбине“ сходно се примјењује и на испуњење са суброгацијом. Ако се испуњење врши неовлашћеном лицу, то ће се сматрати *de facto* испуњење, те се уређују правила враћања стеченог без основа.

Понекад, као предмет испуњења појављује се „преузимање нове обавезе“ према истом повјериоцу у сврху намирења раније преузете, а ненамирене обавезе.

Промјена терета доказивања са дужника на повјериоца десиће се ако је повјерилац прихватио други предмет, умјесто дугованог, с циљем испуњења.

Посебан значај придаје се „признаници код вриједносних папира“, јер се потврда исплате уписује на папиру, а издавање посебне признанице дужник може захтијевати уколико повјерилац задржи вриједносни папир.

Дужник који одбије испуњење сматра се опоменути, а очигледно одбијање испуњења доводи до доцње без да је потребна претходна опомена. За новчане обавезе утврђени су законски рокови који ће

опомињати умјесто повјериоца и за различите тренутке у облигационом односу теку 30 дана.

У случају „реалне суброгације“, камата на накнаду вриједности дуговане чинидбе, када се накнада даје умјесто предаје дугованог предмета обавезе, доспијева на исти дан.

У вези са немогућности испуњења, утврђена је „законска цесија“ по којој повјерилац умјесто захтјева према дужнику може захтијевати да му дужник уступи право, то јест тражбину коју има према трећем лицу, јер је треће лице, на примјер, скривљено уништило предмет испуњења.

У подручју застарјелости, „општи рок застарјелости“ своди се на пет година, чиме се за половину скраћује десетогодишњи рок застарјелости који сада постоји у важећем облигационом праву у Републици Српској.

3.21. Разне врсте обавеза

„Камате на трошкове“ припадају повјериоцу по сили закона од дана настанка трошкова. Ако се трошкови састоје од обавезивања према трећем лицу, повјерилац не може тражити наплату, већ само ослобађање од обавезе према трећем лицу.

Враћање у пређашње стање врши се, у неким случајевима, „одстрањивањем неког уређаја“ који прелази висину дуга.

Рачунополагач је обавезан дати изјаву пред нотаром да је налогодавцу положен уредан рачун о вођењу прихода и расхода.

„Давање обезбјеђења“ је посебна врста обавезе утврђена уговором или законом за која се дају додатна правила.

Код новчаних обавеза, када је утврђена „валутна клаузула“ или „златна клаузула“, исплата се врши према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе према продајном курсу овлашћене банке у мјесту испуњења обавезе важеће на дан плаћања.

Нацрт је либерализовао уговарање камате чија се стопа своди на стопу затезне камате. Утврђена је забрана анатоцизма, без изузетка.

3.22. Солидарне облигације

Нацрт ЗОО-а прецизирао је „претпоставку солидарности“ за уговоре између предузетника.

„Пребој“ је ограничен само на потраживање једног солидарног дужника.

„Субјективни приговори“ користе само једном садужнику, изузев ако природа облигационог односа не условљава да користи свима осталим садужницима.

„Замјена испуњења“ користи свим саповјериоцима.

Кад је недјељива облигација, заједнички дужници радњу извршавају заједнички, „сви за све“, и сачињавају једну процесну заједницу.

3.23. Измјена субјеката у облигацији

Цесија ће произвести правно дејство када се уговори међу предузетницима упркос повреди уговорне клаузуле о забрани цедирања тражбине.

Споредна права заједно са потраживањима прелазе на цесионара исто као и неакцесорна средства обезбјеђења потраживања.

Цедент на цесионара преноси нотарски овјерен препис обвезнице или које друге исправе о потраживању.

Дужник има право на приговор неиспуњења, ако му се не преда цесиона исправа.

Повјерилац не може опозвати пристанак на преузимање дуга, ако није резервисао право на опозив.

Законска је претпоставка да повјерилац није знао да је преузималац (нови дужник) презадужен.

Преузималац дуга не дугује камате доспјеле прије преузимања дуга, ни уговорену казну која је доспјела, а није исплаћена прије преузимања дуга.

4. ЗАКЉУЧАК

Бивши југословенски Закон о облигационим односима врши и данас велики утицај на законодавне процесе у свим бившим југословенским републикама. Сви нови законодавци у осамостаљеним државама пошли су у регулисању облигационих односа од истог изворника.⁹ Упркос често неповољној политичкој клими у односу на ресентимане

⁹ Закон за облигационите односе Републике Македоније од 20. фебруара 2001. са измјенама и допунама 2002. и 2003; Облигацијски законик Републике Словеније од 1. јануара 2002; Закон о облигационим односима Републике Србије и Републике Црне Горе, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; Закон о облигационим односима Републике Српске, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, и *Службени гласник РС*, бр. 17/93, 3/96, 39/03 и 74/04; Закон о облигационим односима Федерације БиХ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, и *Службени лист РБиХ*, бр. 2/92, 13/93, 13/94; *Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine R. Hrvatske*, br. 35/05.

условљене трагичним распадом југословенске државе, то није утицало на одрицање од југословенског закона о облигационим односима. Одступања се односе на нове одредбе које се уносе под утицајем потребе хармонизације с правом Европске уније.

Заједнички извршни и законодавни органи Босне и Херцеговине сматрају да је опортунитије имати Закон о облигационим односима на државном нивоу. Они су на ово подстакнути документом Министарства иностраних послова Босне и Херцеговине под насловом *WHITE PAPER* – Извод из Бијеле књиге Европске уније (Припреме придружених земаља централне и источне Европе за интеграцију у унутрашње тржиште Уније). У поглављу 17 тог документа, који носи наслов „Грађанско право“, наводе се правни извори Европске уније које треба хармонизовати у грађанско право које важи у Босни и Херцеговини. У првом реду, помиње се Директива о одговорности за производ, која уређује објективну одговорност за штету произвођача неисправног производа са грешком. Друга је Директива 86/65/ЕЕЦ о комерцијалним агентима који сами себе запошљавају да би се успоставио законски режим односа између принципала и агента. Затим, потребно је у доменима процесног права хармонизовати домаће грађанско право са Бриселском конвенцијом о јурисдикцији и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима од 27. 9. 1968. године. Најзад, у домену међународног приватног права потребно је ратификовати и примјењивати Римску конвенцију из 1980. године о закону који се примјењује на уговорне односе.

Оно што југословенски Закон о облигационим односима задржава као изворник и образац новој кодификаторској пракси законодавних органа нових држава југоисточне Европе јесте несумњиви правнички квалитет већине његових одредаба и систематика излагања.

Законодавцу мора бити на уму упозорење да свако олако мијењање права доводи до слабљења ауторитета права. Осим тога, у Босни и Херцеговини присутна је тенденција по којој нови закон о облигационим односима мора бити донесен искључиво на државном нивоу, мада је то због уставног уређења немогуће извести, осим уз сагласност ентитета. Ова идеја различито се образлаже и напада, али је показатељ да се у домаћим и страним политичким круговима закон о облигационим односима сматра важним привредним законом од интереса за цијелу земљу. Као што је познато, његове одредбе одолијевају, у највећој мјери, правном партикуларизму на цијелом бившем југословенском простору.

Задаци на иновирању садржаја југословенског ЗОО-а који стоје пред његовим баштиницима разноврсни су и свеобухватни, али се могу обухватити заједничким називником, јер су за све правне системе

који су га преузели готово истовјетни. Сви радови на уређивању садржаја ЗОО-а потичу из приказаног стања његове недовршености и потреба које намеће савремени политички тренутак повезан са тежњом за хармонизацијом домаћих правних система у регији са правом ЕУ. Тако, на примјер, као разлози за доношење новог ЗОО-а Републике Хрватске, наглашавани су политичко опредјељење за придруживање Европској унији и уградња правних норми ЕУ у законе о облигационим односима бивших југословенских федералних јединица. Законодавство Републике Хрватске кренуло је путем индиректне рецепције права ЕУ, тако што је стручна комисија за израду Приједлога ЗОО-а након вишегодишњег рада сачинила текст новог ЗОО-а који је приближен и усклађен са правним порецима германског права које се већ ускладило с правом ЕУ, а неке смјернице ЕУ укључене су директно у текст новог ЗОО-а РХ.¹⁰

Правни односи које је требало да обухвати нови закон о облигационим односима у ентитетима Босне и Херцеговине убрзано се попуњавају посебним законима. Тако, донесен је Закон о заштити потрошача,¹¹ који је обухватио највећи дио новог садржаја Нацрта Закона о облигационим односима. Донесен је и Закон о лизингу, који је, такође, био обухваћен радном верзијом Нацрта новог ЗОО-а. На поменути начин, законодавац у БиХ и ентитетима нарушава радну концепцију приређивача новог Нацрта ЗОО-а у Босни и Херцеговини, јер је Нацрт ЗОО-а обухватао, поред одредаба о заштити потрошача, и многе уговоре аутономног привредног права. Тако, у Нацрт ЗОО-а међу нове именоване уговоре, поред уговора из важећег ЗОО-а, уврштени су: послови на кућним вратима, уговори о пословима на даљину, уговори о праву повременог становања, потрошачки кредитни уговор, уговор о посредовању кредита, даровање, послуга, лизинг, ортаклук, франшизинг, уговор о доживотном издржавању, банкарски послови и утврђујући уговори. Нацрт ЗОО-а публикован је од стране јавних установа – центара за едукацију судија и тужилаца ФБиХ/РС у сарадњи са њемачком владином организацијом *GTZ* у оквирима пројекта „Реформа привредног права“, а публикован/постављен на веб страници Министарства правде БиХ.

Садашње уставно уређење Босне и Херцеговине и њему прилагођена, нетипична организација правосудног система, условљава да се евентуално будуће усвајање Нацрта Закона о облигационим односима мора спровести на четири нивоа, и то у законодавним тијелима БиХ,

¹⁰ Наведено према V. Gorenc et al., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 2005, VII.

¹¹ Закон о заштити потрошача, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/06.

оба ентитета и Брчко Дистрикта. Уз све садржинске недостатке и непрецизности припремљеног текста Нацрта ЗОО-а, и оваква структура законодавних тијела ствара тешкоће законодавној техници и процедури, јер може се десити да истовјетан текст не може бити усвојен синхронизовано у свим законодавним тијелима, што би нас одвело у правни партикуларизам на малом простору.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце и правни прописи

1. Gorenc, Vilim *et al.*, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb 2005;
2. Закон о заштити потрошача, *Службени гласник БиХ*, бр. 25/06;
3. Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93;
4. Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима, *Службени гласник РС*, бр. 17/93;
5. *Закон о облигационим односима с регистром појмова*, дванаесто, измењено и допуњено издање с најновијим законским изменама, предговор Слободан К. Перовић, *Службени лист СРЈ*, Београд 2001;
6. *Закон о облигационим односима са регистром појмова*, *Службени лист СФРЈ*, Београд 1978;
7. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89;
8. Уредба са законском снагом о провођењу Одлуке Републичког референдума, *Службени лист РБиХ*, бр. 2/93.

Full Professor Branko Morait, LL.D.

Faculty of Law, University of Banja Luka

CODIFICATION OF CIVIL LAW AS CONTRIBUTION TO THE RULE OF LAW

Summary

In this article, the author deals with legal regulation of contractual relations in countries that once formed Yugoslavia, especially in Bosnia and Hercegovina. In Bosnia and Hercegovina, the Draft Law on Contractual Relations was prepared by the date of 28th of January 2003, when two study groups from both entities completed their work formulating the text

of Draft in organization of entities' legal departments, which was supported by the German government organization GTZ. After the said date, Department of Law took on the responsibility of organizing the work on completing the Draft, with the help of OHR, but the result of their labor did not become a positive judicial text.

The author tries to clarify the importance of Yugoslav Law on Contractual Relations from today's perspective and concludes that it still largely affects the legislative processes of regulating contractual relations in all former Yugoslav republics. Law on Contractual Relations has prolonged its judicial life with the reception into new legal orders, which, in turn, subjected it to smaller or larger adjustments. And in places where the new legal text on contractual laws was passed, major deviations from the source have not been noticed, as in term of both the systematics and the content of the legal text.

Key words: *Codification; Law; System of norms; Content of law; Subjects of contractual relations; Consumers protection.*