

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Катарина Г. Доловић

**ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ  
УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА  
ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

докторска дисертација

Београд, 2014.

UNIVERSITY OF BELGRADE  
FACULTY OF LAW

Katarina G. Dolović

**Legal Consequences of Declaration of  
Intention Aimed at the Termination of  
Contract Due to Failure of Performance**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2014.

## ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

	Титула	Име и Презиме	Звање	Назив универзитета и факултета
<b>Ментор</b>	Доктор правних наука	Драгор Хибер	Ванредни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
<b>Члан комисије</b>	Доктор правних наука	Оливер Антић	Редовни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
<b>Члан комисије</b>	Доктор правних наука	Јожеф Салма	Редовни професор, у пензији	Универзитет у Новом Саду Правни факултет
<b>Члан комисије</b>	Доктор правних наука	Марко Ђурђевић	Ванредни професор	Универзитет у Београду Правни факултет
<b>Члан комисије</b>	Доктор правних наука	Милош Живковић	Доцент	Универзитет у Београду Правни факултет

Датум одбране: \_\_\_\_\_

## ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

**Наслов**        **Правне последице изјаве воље усмерене на раскид докторске уговора због неизвршења дисертације**

**Резиме**        Предмет докторске дисертације представља одређивање појма, али и последица које стварају неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења. Тзв. неосновани раскиди отварају низ питања, па стварају за нашу судску/арбитражну праксу доста дилема. У правним системима попут нашег, у којима се уговор због неизвршења раскида изјавом воље повериоца, мимо суда, и пред самим повериоцима је не тако лак задатак. Наиме, неопходно је утврдити испуњеност услова за раскид уговора у конкретном случају, и то у ситуацији за коју је поверилац, као једна од уговорних страна, лично заинтересован. Повериочев задатак је знатно отежан чињеницом да је у нашем ЗОО појам раскидног разлога дефинисан са недовољно одређености и прецизности. Имајући у виду такав положај повериоца режим једностраног вансудског раскида добија епитет раскида „на сопствени ризик“. Додатне проблеме у пракси стварају и непотпуне одредбе Закона које регулишу процедуралне захтеве који морају бити испуњени да би уговор био раскинут. У оваквим околностима и сам режим једностраног вансудског раскида бива доведен у питање, па ова дисертација и настаје као израз неопходности научног преиспитивања основних претпоставки на којима почива овај институт.

Преиспитивањем законског текста, као и самог режима раскида уговора изјавом воље био би смањен у пракси број тзв. неоснованих раскида, као и број оних ситуација у којима се такво понашање повериоца не би могло санкционисати на прави начин, а из разлога њиховог позивања на своју савесност то јест тражење оправдања за неоснованост својих раскидних изјава у неодређености законских норми.

Међутим, поред ових мера којима би се могло деловати у пракси у правцу смањења броја тзв. неоснованих раскида, ова докторска дисертација нуди одговор на питање које последице би свој основ имале у злоупотреби института раскида уговора, коју је поверилац неспорно учинио. Аутор поставља и критеријуме за утврђивање не само основаности раскидне изјаве, већ и могућих последица које настају на основама утврђене неоснованости.

Прво, неоснована раскидна изјава нема раскидно дејство, па уговор и даље остаје на снази. Због тога аутор указује на неопходност испитивања понашања уговорника у периоду између тренутка када дужник прими повериочево раскидну изјаву до тренутка доношења судске одлуке којом је утврђена неоснованост саопштене раскидне изјаве, називајући тај период тзв. фазом неизвесности. С друге стране, битно је неосновану раскидну изјаву посматрати и као повреду уговора, јер она то неспорно јесте, па утврдити начин на који је неопходно санкционисати повериочево недозвољено понашање. Имајући у виду да је неоснована раскидна изјава специфичан вид повреде уговора, аутор преиспитује могућност изрицања сваке понаособ правне последице неизвршења/повреде уговора. Највећа пажња посвећена је настанку права на раскид дужника, као жртве неоснованог раскида.

Према томе, када би судови/арбитраже створиле јединствену праксу у погледу санкционисања неоснованих покушаја раскида уговора, постигло би се доста на плану превентивне политике, а у смислу стављања у изглед санкција које ће погодити уговорнике који ударају у основне темеље уговорног права.

Појам неосноване раскидне изјаве аутор испитује из најразличитијих угла. Након што утврди да је у питању несумњива повреда уговора, даље испитује да ли се и под којим условима неоснована раскидна изјава може подвести под тзв. намерне повреде уговора. Истраживање је ишло и у правцу схватања неосноване раскидне изјаве као раскидног разлога, затим, разлога који би оправдао тзв. преурањени раскид, као и испитивања исправности става о тзв. неоснованом раскиду као понуди за споразумни раскид.

Такође, из самог наслова дисертације очигледно је да се аутор бави не само неоснованим раскидним изјавама и њиховим последицама, већ и појмом и последицама основаних раскидних изјава. Разлог је у томе што се и појам тзв. неоснованих раскида може одредити тек након испитивања односа појмова основане и неосноване раскидне изјаве, као и утврђивања додирних тачака, али и кључних разлика између последица основаних и неоснованих изјава воље.

Теза је настала као потреба суштинског решавања проблема које тзв. неосновани раскиди у пракси стварају (о чему сведочи велики број арбитражних и судских спорова), будући да у постојећој доктрини на низ питања није било, не само задовољавајућег одговора, већ су и поједини усамљени покушаји остајали у сенци појединачних случајева.

**Кључне речи** Уговор, раскид уговора, тзв. неосновани раскид, изјава воље, основ раскида, раскидни разлог, основаност раскидне изјаве, савесност уговорника, последице раскида, последице тзв. неоснованог раскида.

**Научна област** Правне науке

**Ужа научна област** Грађанскоправна област

**област**

**УДК** 347.447.7/.8

## **DATA ON DOCTORAL THESIS**

**Title of doctoral thesis**      **Legal Consequences of Declaration of Intention Aimed at the Termination of Contract Due to Failure of Performance**

**Summary**      The subject of the doctoral dissertation is the definition of the concept, as well as of consequences incurred by unfounded declaration of intention due to failure of performance. The so-called unfounded termination brings forth a plethora of issues thus creating many a dilemma for the case/arbitration law in this country. In legal systems such as the one in this country, in which the contract, due to failure of performance, is terminated by the creditor's declaration of intention, the so-called extra-judicial termination, the creditors are faced with by no means an easy task. Namely, it is necessary to establish whether the conditions for the termination of contract are fully satisfied in the concrete case, and in a situation in which the creditor, as one of the contracting parties, is personally concerned. The creditor's task is further aggravated by the fact that the notion of the cause of action for breach of contract is not clearly nor accurately enough defined in our Law on Obligations. Given such a position of the creditor, the regime of unilateral extra-judicial termination is described as a termination at "one's own risk". In practice, additional problems are created by insufficiently accurate provisions of the Law that regulate the procedural requirements to be satisfied in order that the contract should be terminated. In such circumstances, the regime of unilateral extra-judicial termination of contract itself becomes an issue of discussion, hence this dissertation comes as an attempt to scientifically investigate the basic presumptions



underlying this institute.

The investigation into the legislative text as well as into the regime itself of the termination of contract by declaration of intention would reduce the number of the so-called unfounded terminations in practice, as well as the number of situations in which such behaviour of the contractor cannot be duly sanctioned, for the reason of their referring to their good faith, that is, finding excuses for the lack of foundation of their declarations of the termination of contract in the ambiguity of legal provisions.

In addition to these measures that can be implemented in practice to reduce the number of the so-called unfounded terminations, this doctoral dissertation offers an answer to the issue of what consequences would be caused by the abuse of the termination of contract institute which the creditor, beyond all doubt, has committed. The author also sets the criteria to establish not only the foundation of the declaration of termination of contract, but also the possible consequences evolving from the situation whereby it is established that there is no foundation for the breach of contract.

Firstly, the unfounded declaration of the termination of contract does not produce a resolutive effect, hence the contract remains in force. It is for this reason that the author stresses the necessity to examine the conduct of the contracting parties during the period as of the moment the debtor receives the creditor's declaration of the termination of contract until the moment of judicial resolution stating that the given declaration of the termination of contract is unfounded, and defines this period as the so-called suspense phase. On the other hand, it is important that the declaration of the termination of contract should also be understood as a breach of contract, which it, without any doubt, actually is, and then the

action is to be determined by which the creditor's unlawful conduct will be sanctioned. Given that the unfounded declaration of the termination of contract is a specific form of the breach of contract, the author investigates the possibility of pronouncing each individual consequence of failure to perform/breach of contract. Special attention is paid to the debtor's right to declare a termination of contract, being the aggrieved party to an unfounded termination.

Consequently, in case the courts/arbitrations create a unique practice as regards sanctioning unfounded attempts to terminate the contract, much will be achieved in the field of prevention policy, in terms of anticipation of sanctions meant for the contracting parties that undermine the foundations of the contract law.

The author investigates the notion of the unfounded declaration of the termination of contract from a variety of aspects. On establishing the breach of contract beyond all reasonable doubt, the author continues to investigate whether and under which circumstances the declaration of the termination of contract can be described as a so-called deliberate breach of contract. Further study attempts to appreciate the unfounded declaration of the termination of contract as the cause of termination, proceeding to appreciate the cause that would justify the so-called anticipatory breach, as well as the validity of the attitude that unfounded termination of contract may be understood as an offer for termination of contract by mutual consent.

Similarly, the very title of the dissertation points to the fact that the author deals not only with the unfounded declarations of the termination of contract and their consequences, but also with the notion and consequences of the founded declarations of the termination of contract. This is for the reason that the notion of the

so-called unfounded declarations of the termination of contract cannot be determined prior to investigating the relations between the notions of founded and unfounded declarations of the termination of contract, as well as determining the points of their contact and the key differences between the consequences caused by the founded as well as by the unfounded declarations of intention.

The thesis is an attempt to find a comprehensive solution to the problems incurred by unfounded termination in practice (evident from a large number of arbitration and judicial litigations) given that the prevailing doctrine fails to provide not only a satisfactory answer, but that even individual attempts have remained confined to individual cases.

**Key words** Contract, breach of contract, the so-called unfounded termination, declaration of intention, foundation of termination, resolution cause, foundation of the declaration of the termination of contract, contractors' good faith, consequences of termination, consequences of the so-called unfounded termination of contract.

**Academic area** Legal Sciences

**Specific academic area** Civil-legal area

**UDC** 347.447.7/.8

# САДРЖАЈ

САДРЖАЈ.....	xii
УВОД.....	1
ТЕРМИНОЛОШКЕ НАПОМЕНЕ.....	3
ПРВИ ДЕО .....	5
ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.....	5
ПРВА ГЛАВА.....	6
О РАСКИДУ И ПРАВУ НА РАСКИД УГОВОРА .....	6
I ПОЈАМ РАСКИДА УГОВОРА .....	6
1. Појам раскида уговора.....	6
2. Право на раскид уговора .....	7
3. Основ за раскид и раскидни разлози .....	9
4. Споразумни и једнострани раскид .....	12
II АУТОМАТСКИ/ЗАКОНСКИ РАСКИДИ .....	14
1. Појам аутоматског/законског раскида уговора .....	14
2. Основ аутоматског/законског раскида уговора.....	17
2.1 Законски раскиди који основ имају у аутономији воље уговорних страна .....	17
2.2 Законски раскиди који основ имају у закону .....	19
2.2.1 Потпуна евикција као разлог за законски раскид уговора .....	20
2.2.2 Законски раскид фиксних уговора .....	20
2.2.3 Да ли је давањем накнадног рока уговор учињен фиксним?.....	22
3. Улога воље уговорника у режиму законских раскида и закључна разматрања.....	25
ДРУГА ГЛАВА.....	28

ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА .....	28
I ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА .....	28
1. Право на једностранни раскид уговора због неизвршења .....	28
2. Основ и раскидни разлози за једностранни раскид уговора због неизвршења .....	31
II ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА У СРБИЈИ ..	34
1. Решење Закона о облигационим односима .....	34
1.1 Појам раскидног разлога .....	34
1.1.1 „Неиспуњење” као раскидни разлог у смислу Закона о облигационим односима .....	36
1.1.2 „Доцња” као раскидни разлог у смислу Закона о облигационим односима .....	40
1.1.2.1 Доцња као неблаговремено (али ипак) испуњење уговорне обавезе .....	43
1.1.2.2 Однос доцње и коначног неиспуњења .....	45
1.1.2.3 Када наступа коначно неиспуњење? .....	47
1.1.2.3.1 Немогућност испуњења као вид коначног неиспуњења .....	47
1.1.2.3.2 Престанак уговора као вид коначног неиспуњења .....	47
1.1.2.3.3 Одбијање задоцнелог испуњења као вид коначног неиспуњења .....	48
1.1.2.3.4 Изостанак испуњења и након поступка принудног извршења .....	49
1.1.2.4 Права повериоца у случају коначног неиспуњења .....	50
1.1.2.5 Да ли је појам доцње могуће другачије схватити? .....	52
1.2 Кривица дужника као услов за настанак права на једностранни раскид уговора због неизвршења у српском праву .....	55
1.2.1 Значај кривице за раскид уговора у српском праву .....	56
1.3 Закључна разматрања .....	59
2. Решење Скице за Законик о облигацијама и уговорима .....	61

3. Решење Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе .....	63
4. Решење Преднацрта Грађанског законика Републике Србије .....	66
III ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА.....	68
ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ .....	68
1. Раскидни разлози у англосаксонском праву.....	68
2. Раскидни разлози у француском праву.....	73
IV МОДАЛИТЕТИ ЈЕДНОСТРАНОГ РАСКИДА УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.....	82
1. Два система једностраног раскида уговора због неизвршења – судски и вансудски систем раскида .....	82
V ОЦЕНА ОСНОВАНОСТИ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.....	88
1. О основаности „раскидне изјаве”.....	88
2. Терминолошка непрецизност у области раскида уговора .....	89
3. Изјава воље је основана, а раскид је правичан/неправичан .....	91
4. Изјава воље је неоснована, а поверилац је савестан/несавестан .....	93
5. Изјава воље је неоснована, иако раскидни разлози постоје .....	94
VI ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА РАСКИД И ЗЛОУПОТРЕБА ИНСТИТУТА РАСКИДА УГОВОРА.....	95
ТРЕЋА ГЛАВА .....	99
СПОРАЗУМНИ РАСКИД УГОВОРА .....	99
1. Појам споразумног раскида уговора.....	99
2. Уговор модификован раскидним условом .....	100
2.1 Специфичност схватања раскидног услова/раскидне клаузуле у француском праву .....	102
3. Основ споразумног раскида уговора .....	105
3.1 Раскидна клаузула као основ споразумног раскида уговора .....	105
3.1.1 Прави потестативни услов садржан у раскидној клаузули – право на „одустанак” .....	106

3.1.2	Неизвршење као раскидни разлог садржан у раскидној клаузули	108
3.2.2	Значај раскидних клаузула.....	109
3.2	„Нови уговор” као основ споразумног раскида уговора – прави споразумни раскид.....	111
4.	Раскидни разлози за споразумни раскид уговора .....	112
ЧЕТВРТА ГЛАВА.....		115
ДЕЈСТВО РАСКИДА УГОВОРА.....		115
I О ДЕЈСТВУ РАСКИДА УГОВОРА .....		115
1.	Уводне напомене .....	115
2.	Престанак постојања уговора као правне чињенице .....	117
3.	Дејство раскида <i>ex tunc/ex nunc</i> .....	119
4.	Однос дејства и последице једностраног раскида уговора због неизвршења .....	125
II ДЕЈСТВО РАСКИДА УГОВОРА СА ТРАЈНИМ И ТРЕНУТНИМ ИЗВРШЕЊЕМ ПРЕСТАЦИЈА .....		128
1.	Уговори са трајним и тренутним извршењем престација.....	128
2.	Дејство раскида уговора са трајним извршењем престација.....	129
3.	Критика поделе на уговоре са трајним и тренутним извршењем престација као критеријума за одређивање дејства раскида.....	135
III ОДНОС ДЕЈСТВА РАСКИДА УГОВОРА И ДЕЈСТВА НИШТАВОСТИ/РУШЉИВОСТИ УГОВОРА .....		137
ДРУГИ ДЕО .....		140
ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕИЗВРШЕЊА УГОВОРА.....		140
УВОДНЕ НАПОМЕНЕ.....		141
ПРВА ГЛАВА.....		143
ПРАВО НА РАСКИД УГОВОРА.....		143
ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.....		143

I ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ РАСКИДА УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА ИЗЈАВОМ ВОЉЕ .....	143
1. Уводне напомене .....	143
2. Правне последице раскида уговора због неизвршења/правне последице неизвршења уговорне обавезе – разграничење и термилошке напомене	144
3. Правне последице раскида уговора .....	145
II ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ РЕТРОАКТИВНОГ ДЕЈСТВА РАСКИДА .....	147
1. Појам ретроактивног дејства раскида.....	147
2. Могућност ретроактивности.....	148
3. Границе ретроактивности .....	150
4. Престанак постојања уговора као основа задржавања – последице које се тичу прошлости .....	152
Право на реституцију.....	152
4.1 Уводне напомене .....	152
4.2 Појам реституције .....	153
4.3 Основ реституције.....	155
4.3.1 Правнонеосновано обогаћење као основ реституције.....	155
4.3.2 Право на виндицирање као основ реституције .....	159
4.4 Модели <i>реституције</i> .....	160
4.4.1 Новчана и натурална реституција .....	160
4.4.2 Критеријуми за одређивање обима новчане реституције .....	162
4.5 Реститутивне мере у српском и упоредном праву.....	164
4.5.1 Српско право .....	164
4.5.2 Немачко право .....	165
4.5.3 Француско право .....	168
4.5.4 Англосаксонско право .....	171
4.6 Делимична/потпуна реституција као последица делимичне/потпуне ретроактивности .....	174



5. Престанак уговор као основа обавезивања – последице које се тичу будућности.....	179
III ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ДЕЈСТВА РАСКИДА <i>PRO FUTURO</i> .....	179
1. Појам дејства раскида за убудуће.....	179
2. Питање доспелих а неизвршених обавеза у тренутку раскида.....	180
IV ОДРЕДБЕ КОЈЕ „ПРЕЖИВЉАВАЈУ” РАСКИД УГОВОРА (са посебним освртом на члан 124 Закона о облигационим обавезама) .....	181
ДРУГА ГЛАВА.....	186
ПРАВО ПОВЕРИОЦА ДА ЗАХТЕВА ИЗВРШЕЊЕ.....	186
I ЗАХТЕВ ЗА ИЗВРШЕЊЕ КАО НАЧИН ОЧУВАЊА УГОВОРНОГ ОДНОСА .....	186
II ПРАВО ПОВЕРИОЦА НА ИЗВРШЕЊЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ .....	188
1. Немачко право.....	188
2. Француско право .....	189
3. Англосаксонско право .....	193
III ПРАВО НА ИЗВРШЕЊЕ КАО ПРАВИЛО ИЛИ ИЗУЗЕТАК (упоредноправна анализа).....	194
ТРЕЋА ГЛАВА.....	199
ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ .....	199
I УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ.....	199
1. Појам уговорне одговорности.....	199
2. Услови неопходни за настанак уговорне одговорности дужника/права на накнаду штете повериоца.....	202
II ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗАВИСНО ОД КОНКРЕТНЕ ПОВРЕДЕ УГОВОРА.....	203
1. Уводне напомене .....	203
2. Накнада штете због задоцњења .....	205
2.1 О појму штете настале услед задоцњења у испуњењу .....	205
3.2 Накнада штете због задоцњења/накнада штете због неиспуњења.....	207

4. Накнада штете због неиспуњења .....	209
4.1 Накнада штете због неиспуњења у случају раскида уговора .....	209
4.2 Могућност накнаде штете због неиспуњења у случају када је уговор и даље на снази .....	210
III НАЧИНИ ОДМЕРАВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ .....	211
1. Позитивни и негативни уговорни интерес .....	211
2. Однос позитивне/негативне штете и позитивног/негативног уговорног интереса .....	218
IV ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ .....	221
1. Реформисано немачко право.....	221
2. Француско одштетно право.....	225
V ОДНОС ПОЈЕДИНИХ ВИДОВА НАКНАДЕ ШТЕТЕ СА ДРУГИМ ПОСЛЕДИЦАМА ПОВРЕДЕ УГОВОРА.....	226
VI АНАЛИЗА АДЕКВАТНОСТИ КОРИШЋЕНЕ ТЕРМИНОЛОГИЈЕ У ОБЛАСТИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ и закључна разматрања у вези са досадашњим излагањима .....	229
VII ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ОБАВЕЗЕ НА НАКНАДУ ШТЕТЕ са посебним освртом на српско право .....	231
1. Одвојена поља примене института немогућности испуњења и раскида уговора због неиспуњења .....	231
2. Немогућност испуњења у смислу члана 354 Закона о облигационим односима (у вези са чл. 137 и 138 Закона о облигационим односима).....	234
3. Околности које искључују уговорну одговорност у смислу члана 263 Закона о облигационим односима/основ уговорне одговорности.....	235
ТРЕЋИ ДЕО.....	243
ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА – такозвани неосновани раскиди .....	243
ПРВА ГЛАВА.....	244
ПОЈАМ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.....	244
I ПОЈАМ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ .....	244

НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА .....	244
1. Уводне напомене .....	244
2. Однос основане и неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења.....	246
3. Однос правних последица основане и неосноване изјаве воље .....	247
4. Појам неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења.....	248
4.1 Уговор као верност датом обећању или економски рационалан договор .....	252
4.2 Неосновани раскид као једнострана изјава воље .....	253
II САВЕСНОСТ УЧИНИОЦА ПОКУШАЈА РАСКИДА.....	254
1. Савесност учиниоца покушаја раскида у вези са неодређеношћу појма повреде/неизвршења/непоштовања уговора.....	254
2. Поверилац ипак није судија.....	259
3. Да ли француска судска пракса додатно компликује и проширује појам неоснованог раскида?.....	260
4. Процедурални захтеви које поверилац мора да испуни да би уговор био раскинут .....	264
4.1 Опомена уз остављање накнадног рока.....	265
4.2 Образложена изјава о раскиду.....	267
4.3 Понашање дужника од тренутка пријема повериочеве опомене .....	269
4.4 Закључна разматрања .....	274
III НЕОСНОВАНИ РАСКИД КАО ПОВРЕДА УГОВОРА .....	276
1. Субјективан или објективан појам повреде уговора.....	276
2. Да ли је неосновани раскид повреда уговора?.....	278
3. Неосновани раскид као тзв. <i>cynical breach</i> .....	281
4. Неосновани раскид као раскидни разлог .....	284
5. Неосновани раскид као разлог за „преурањени” раскид ( <i>anticipatory breach</i> ) .....	288

6. Неосновани раскид као понуда за споразумни раскид .....	292
ДРУГА ГЛАВА.....	299
ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА.....	299
I ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ .....	299
1. Уводне напомене .....	299
2. Последице неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења.....	302
II НЕОСНОВАНА ИЗЈАВА ВОЉЕ НЕ ДОВОДИ ДО РАСКИДА УГОВОРА.....	303
1. Уводне напомене .....	303
1. Понашање повериоца током трајања и након тзв. фазе неизвесности .....	304
1.1 Поверилац испуњава своје обавезе, али са закашњењем .....	304
1.2 Поверилац не испуњава своје обавезе .....	305
1.3 Поверилац је у року извршио своје обавезе .....	305
2. Понашање дужника током трајања и након тзв. фазе неизвесности.....	306
2.1 Дужник је у року извршио своје обавезе .....	306
2.2 Дужник (ни)је извршио своје обавезе након доношења судске одлуке.....	306
3. Улога суда након престанка тзв. фазе неизвесности.....	307
III НЕОСНОВАНА ИЗЈАВА ВОЉЕ ЈЕ ПОВРЕДА УГОВОРА.....	309
1. Уводне напомене .....	309
2. Право дужника (жртве неоснованог раскида) на раскид уговора .....	312
2.1 Прећутан одустанак од раскида .....	312
2.2 Раскид уговора не може бити санкционисан .....	315
2.3 Када жртва неоснованог раскида стиче право на раскид?.....	317
3. Право дужника (жртве неоснованог раскида) на накнаду штете.....	323
4. Право дужника (жртве неоснованог раскида) да захтева извршење уговора .....	328
5. Обавеза на накнаду трошкова судског контролног поступка .....	333

IV ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋЕ СПРЕЧИТИ НАСТАНАК ТАКОЗВАНЕ ФАЗЕ НЕИЗВЕСНОСТИ? .....	335
ПРИЛОГ.....	341
ШЕМА САСТАВЉЕНА ОД КЉУЧНИХ ПИТАЊА НА КОЈА МОРАМО ОДГОВОРТИ ТОКОМ КОНТРОЛНОГ СУДСКОГ ПОСТУПКА .....	341
ЗАКЉУЧАК.....	344
ЛИТЕРАТУРА .....	348
БИОГРАФИЈА.....	i

# УВОД

Предмет нашег истраживања је један веома сложен, а истовремено и актуелан проблем из области уговорног права. Постојећи општи режим једностраног раскида уговора из Закона о облигационим односима (ЗОО), али и режими таквог раскида који постоје у посебном законодавству, поставили су пред нашу судску и арбитражну праксу многа питања на која у постојећој доктрини нема задовољавајућег одговора. Усамљени покушаји превазилажења постојећих проблема недовољни су да би се они суштински решили. С друге стране, ти покушаји повећавају правну несигурност јер стварају неуједначену праксу. Због такве ситуације јавља се потреба да се научно преиспитају и још једном промисле основне претпоставке института раскида уговора једностраном изјавом воље у нашем законодавству, те да се, проучавањем како упоредног, тако и наднационалног права, пронађу евентуална решења поменутог проблема, а посебно правне последице које опредељење за неко од тих решења са собом носи.

Отуда, у великој мери, нашу пажњу заокупља француско право и судска пракса те земље у области раскида уговора. Наиме, у Француској, земљи у којој и даље постоји судски систем раскида уговора због неизвршења, правници увиђају нужност увођења могућности једностраног раскида, као алтернативе (или бар изузетка) судском раскиду, али уз јасно изражену свест о опасности примене тог режима.

Истраживање ћемо, стога, усмерити у правцу откривања узрока услед којих вансудски раскид добија епитет „раскида на сопствени ризик”. Има нечег лошег у режиму једностраног раскида, а пред нама је задатак да уочимо ту његову лошу страну. Узроци, међутим, досежу и до појма раскидног разлога, који је само један део далеко ширег поља обухваћеног појмом повреде уговора. Недовољно прецизна одређеност тих појмова, како у законским текстовима, тако и у текстовима пресуда и научних чланака, и у

нашем и у упоредном праву, ставља пред повериоце, као потенцијалне имаоце права на раскид, задатак са којим они често не могу да се изборе. Тиме се улази у недозвољену зону, то јест у поље неоснованих раскидних изјава. Свесно или не, злоупотреба института раскида је учињена, а са њоме створен читав „каталог” питања у вези са последицама које ће нужно настати.

Након што откријемо разлоге за неизвесност, а и проблеме које вансудски раскиди неспорно стварају у пракси, покушаћемо да укажемо на нека од могућих решења за њихово превазилажење. Кад је реч о тзв. неоснованим раскидима, сматрамо да је изузетно важно утврдити мере које би деловале превентивно на потенцијалне учиниоце неоснованих покушаја раскида, у смислу стварања свести уговорника о неоснованим раскидима као повреди уговора која ће бити санкционисана. Да би се, пак, створио снажан, а пре свега правно дозвољен, механизам за супротстављање таквом недозвољеном покушају развргавања уговорних односа, који би истовремено учврстио њихову стабилност, неопходно је претходно научно испитати појаву звану неосновани раскиди, како у нашој, тако и у судској/арбитражној пракси других земаља.

Иако је предмет нашег интересовања управо проблем неоснованих изјава воље које су усмерене на раскид уговора и последица таквог недозвољеног понашања уговорника, до његовог решења морамо доћи постепено, изучавањем последица основаних раскидних изјава, те односа појмова повреде уговора и раскидног разлога. Чини нам се да у односу појмова раскидног разлога и повреде уговора можемо пронаћи кључ за разграничење појмова основане и неосноване раскидне изјаве, а након тога и последица које произлазе из једних односно других изјава о раскиду.

## ТЕРМИНОЛОШКЕ НАПОМЕНЕ

Термини основане и неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења садржани су у самом наслову рада, па је неопходно ближе одредити њихово значење. Наиме, неспорно је да под раскидом подразумевамо вољни начин престанка постојања уговора. Тачније, будући да се бавимо режимом једностраног раскида, то под њим подразумевамо постојање воље једног уговорника. Међутим, већ смо у самом наслову настојали да укажемо на то да не доводи свака изјава воље усмерена на раскид до раскида, те да неће свака раскидна изјава окончати постојање уговора. Према томе, под раскидом подразумевамо само основане изјаве воље усмерене на раскид. Њих ћемо неретко називати основаним раскидним изјавама.

Насупрот томе, под неоснованим раскидним изјавама подразумеваћемо изјаве о раскиду које нису засноване на закону, те не испуњавају услове које законодавац предвиђа као неопходне за настанак права на раскид. Из тог разлога, те изјаве и не доводе до раскида, тачније, оне немају раскидно дејство.

Већ самим насловом наговештавамо да ћемо пажњу усмерити пре свега на последице изјава о раскиду. Како под основаном раскидном изјавом подразумевамо раскид, под последицама те изјаве мислимо на последице раскида уговора.

У уводу смо, међутим, нагласили да је одабир теме инспирисан питањима која се појављују пред нашом судском/арбитражном праксом, односно последицама које стварају неосновани покушаји једностраног окончања уговорног односа. На то питање се не може одговорити без анализе последица и основане раскидне изјаве, па су и оне обухваћене насловом рада.



Међутим, не тако ретко наилазили смо на појмове „основани раскид” и „неосновани раскид”. Неспорно је да први указује на основану, а други на неосновану раскидну изјаву воље. Међутим, сматрамо да би се њиховом употребом жртвовала прецизност, можда чак и тачност. Наиме, чини нам се да је излишно термину раскид додавати епитет „основан”, јер уколико има раскида, значи да је дошло до престанка уговора, а то је и могло бити само основано. С друге стране, неосновани раскид као такав не постоји, јер нешто може да буде или раскид или неоснована изјава воље о раскиду, али не и једно и друго.

Свесни вредности јасноће изражавања, желећи да не оптерећујемо текст употребом компликованих термина, често смо покушавали да пронађемо синониме за одређене појмове. За неосновану изјаву о раскиду, те самим тим и описано понашање уговорника, може се рећи да је то покушај раскида. Није нетачно, а свакако је јасније, ако кажемо да је дошло до неоснованог покушаја раскида. Довољно је наравно говорити и само о покушају раскида, јер чим је покушај, значи да до раскида није дошло. Епитет „неоснован” објашњавао би, међутим, разлог неуспеха покушаја.

Уговорника који је дао неосновану изјаву о раскиду, то јест који је без основа изјавио да раскида уговор, можемо називати учиниоцем покушаја раскида или даваоцем неосноване раскидне изјаве. Међутим, ради што једноставнијег изражавања, настојаћемо да употребљавамо израз „поверилац”, вођени логиком да је „дужник” уговорник који је повредио начело *pacta sunt servanda*. Када је пак реч о ситуацијама неоснованих изјава о раскиду, онда под дужником подразумевамо уговорника који је наводно повредио уговор (према мишљењу и тврдњама друге уговорне стране). Актера покушаја раскида, то јест уговорника који је покушао изјавом воље, која није била заснована на постојању ваљаног раскидног разлога, да прекине уговорни однос, зваћемо „поверилац”.

Међутим, у нашој, као и страној литератури користи се израз „неосновани раскид”, па ћемо га и ми понекад користити, али (готово) увек уз назнаку да говоримо о појави тзв. неоснованих раскида.

**ПРВИ ДЕО**  
**ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ**  
**НЕИЗВРШЕЊА**

# **ПРВА ГЛАВА**

## **О РАСКИДУ И ПРАВУ НА РАСКИД УГОВОРА**

### **I ПОЈАМ РАСКИДА УГОВОРА**

#### **1. Појам раскида уговора**

Раскид уговора је један од начина његовог престанка. Уговор се укида као правна чињеница. Међутим, владајуће становиште о престанку постојања уговора као правне чињенице раскидом може бити доведено у питање у одређеним ситуацијама. Наиме, ако пођемо од тога да тренутком раскида уговор престаје да постоји не само као основ обавезивања, већ и као основ задржавања, то би значило да се његово дејство простире уназад, све до тренутка закључења. Први проблем би настао из разлога што би такво схватање познавало само ретроактивно дејство раскида. Дакле, уколико раскид брише сва дејства која је уговор произвео за време свог постојања, чиме би се могло оправдати дејство раскида само за убудуће? С друге стране, схватање раскида као укидања уговора као правне чињенице довело би до примене потпуне ретроактивности као нужности. Да ли је ипак потпуна ретроактивност неопходна и у ситуацијама када су уговорници у једном

периоду времена уредно извршавали своје обавезе, тако да су на тај начин били остваривани обострани интереси, само је још једно од питања која доводе у сумњу тачност полазне хипотезе.

Да последице раскида уговора некада нису само правне природе, уочавамо освртом на посебно законодавство, те регулативу појединих уговора. Укидање једног уговора раскидом може имати социјалне, некада чак и психолошке, али најчешће економске последице (раскидом уговора о закупу купац остаје без дома, раскидом уговора о раду запослени остаје без радног места, као извора прихода и начина обезбеђивања своје и егзистенције своје породице).<sup>1</sup>

Стога се раскид не сме претворити у могућност „бежања” из уговора који нам више не одговара (*escape from the contract*). Сваки правни систем мора развити систем контроле оправданости и дозвољености раскида. Отуда би раскид уговора морао бити схваћен као крајње средство<sup>2</sup> (енг. *last resort*, лат. *ultima ratio*) и то оно, које би се употребљавало само онда када се нарушена уговорна равнотежа не би могла ни на који начин поново успоставити.

## 2. Право на раскид уговора

Сваки уговорник има одређена очекивања која закључењем уговора настоји да оствари.<sup>3</sup> Неретко, међутим, њихова очекивања бивају изневерена, некада чак у тој мери да би даља везаност уговором била не само нерационална, већ за конкретног уговорника и неправична. Такве ситуације су и разлог због којег право дозвољава могућност раскида уговора.<sup>4</sup> Престанак постојања уговора представља управо остваривање права на

---

<sup>1</sup> J. Birds, R. Bradgate, C. Villiers, *Termination of Contracts*, USA, 1995, стр. 5.

<sup>2</sup> С. Atias, *The French Civil law: an insider's view*, Louisiana 1987, стр. 155. Аутор у раскиду уговора види крајње средство које би се употребљавало само у (уговорно) безнадежним ситуацијама.

<sup>3</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative law*, Oxford 1987, стр. 158.

<sup>4</sup> R. J. Friel, *The Law of Contract*, Dublin 2000, стр. 316.

раскид. Отуда и сам поступак реализације раскида није ништа друго до остваривање права на раскид.

Право на раскид је могућност коју конкретни уговорник стиче.<sup>5</sup> Када тако дефинишемо право на раскид, настојимо да нагласимо да то право не представља овлашћење садржано у самом уговору, па самим тим ни могућност која настаје за уговорника чином закључења уговора. Напротив, право на раскид је могућност коју ће уговорник стећи тек након закључења уговора (а пре његовог потпуног извршења), и то тренутком настанка разлога који оправдавају раскид уговора. Према томе, право на раскид није могућност резервисана за сваког уговорника (за разлику од права на отказ уговора са трајним извршењем престација),<sup>6</sup> већ могућност која ће евентуално настати за уговору верног уговорника као исход понашања друге уговорне стране које ће имати значај раскидног разлога.

Изузетак би ипак представљале ситуације уговарања клаузула које би сваком уговорнику давале могућност да у сваком тренутку може да раскине уговор, без потребе да се позива на постојање разлога који би оправдавали раскид. Клаузула наведене садржине представљала би чист потестативни услов, односно уговорницима би гарантовала право на раскид уговора у сваком тренутку, без икаквог разлога. Сваки уговорник би могао да раскине уговор кад год би то хтео. Праву на раскид у описаној ситуацији одговарао би, стога, термин одустанак од уговора. Ту ситуацију називамо изузетком због тога што би се право на одустанак стицало чином закључења уговора. За остваривање права на одустанак довољна би била само воља уговорника, чак и у ситуацијама када би други уговорник уредно извршавао обавезе. Разлог за то је једноставан, а лежи у томе што право на одустанак настаје сагласношћу оба уговорника.

---

<sup>5</sup> Право на раскид је само једна од опција, једна од могућности коју уговорник има у конкретној ситуацији. Уговорник врши избор између одржавања уговора на снази и његовог раскида.

<sup>6</sup> О кључним разликама права на отказ и права на раскид вид.: Д. Хибер, *О појму отказа уговора са трајним извршењем*, Правни живот, бр. 3-4, Београд 1995, стр. 51-71.

Ималац права на раскид то право не мора да оствари. У супротном, не би се радило о праву, већ о обавези. Стога, и када постоји могућност напуштања уговорног односа, ималац права на раскид увек се може одредити<sup>7</sup> за одржавање уговора на снази, јер је основни циљ уговорног права тежња да се постигне стабилност уговорних односа. Када пишемо о могућности имаоца права на раскид да уговор одржи на снази, мислимо на његово право да могућност коју има не реализује. Неостваривање права на раскид, то јест останак у уговору посредно, значи и да је уговор (упркос постојању раскидних разлога) „остао у животу”. То наравно не гарантује дуговечност конкретном уговору нити искључује могућност његовог престанка у неком каснијем тренутку, из одређених разлога који би то оправдавали.

Могоа би се извести закључак да право на раскид никада не постоји као самостално право већ увек уз право да се захтева извршење уговора. Разлог је у томе што је у нашем праву поље примене института раскида уговора одвојено од института немогућности извршења, те се раскидни разлог не може тражити у немогућности извршења. Односно, уколико би наступила немогућност испуњења, не само да не бисмо могли захтевати извршење, већ не бисмо могли ни раскинути уговор.

### **3. Основ за раскид и раскидни разлози**

Неопходно је разликовати основ од разлога за раскид уговора. Погрешно је те појмове сматрати синонимима. Док би се у појму раскидног разлога крио одговор на питање због чега је уговор раскинут, основ раскида би, с друге стране, садржао одговор на једно, чини се, још важније питање: шта је то што нам даје право да раскинемо уговор, односно у чему можемо наћи оправдавање за одступање од принципа *pacta sunt servanda*?

---

<sup>7</sup> P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford 1971, стр. 250. Право на раскид је само једна од опција (*option*), једна од могућности коју уговорник има у конкретной ситуацији: раскинути уговор или не остварити право на раскид.

Појмом основа за раскид уговора, осим закона, обухваћен је и споразум уговорника, то јест њихова сагласна изјава воља. То би значило да ће се у ситуацијама када законодавац то изричито пропише, односно када постоји сагласна изјава воља уговорника усмерена на раскид, одступити од принципа обавезности уговора.<sup>8</sup>

Раскидни би разлози<sup>9</sup>, пак, морали бити обухваћени основом. У ситуацији када је основ у закону, законодавац би прописао у којим би ситуацијама (а то су управо раскидни разлози) било могуће раскинути уговор. С друге стране, ако основ налазимо у споразуму, постојала би сагласност уговорника о томе којим ситуацијама треба дати значај раскидног разлога.

Споразум као основ за раскид уговора логичан је начин престанка постојања уговора. Из споразума се рађа, а споразумом се и остварује право на раскид уговора. Стога, сагласност воља уговорника усмерена на раскид уговора чини основ за раскид, а самим настанком споразума о раскиду уговор истовремено и престаје да постоји.

Пођемо ли од тога да је у случају једностраног раскида неспорно када се стиче право на раскид (онда када законодавац то предвиди), отвара се ново питање: да ли се може говорити о праву на споразумни раскид? И даље, да ли би било исправно рећи да право на споразумни раскид увек постоји, наравно, уз ограничење да ниједан уговорник не може раскинути уговор

---

<sup>8</sup> Вид. члан 17 став 2 Закона о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ”, бр. 31/93. „Обавеза се може угасити само сагласношћу воља страна у облигационом односу или на основу закона”.

<sup>9</sup> По угледу на англосаксонско право, могли бисмо доћи до још једног начина одређивања појма раскидног разлога, те утврђивања ситуација у којима би повериоцу било признато право да уговор раскине. Наиме, повреда битних одредаба уговора рађа право на раскид уговора за страну верну уговору, док повреда других одредаба даје невиној страни само право на накнаду штете. Под битним одредбама подразумевали бисмо оне које садрже битне елементе уговора, и то било објективно било субјективно битне елементе уговора. Друге одредбе уговора назвали бисмо споредним из два разлога: прво, зато што садрже сагласност о питањима која не условљавају настанак уговора, а друго, зато што њихова повреда није тако значајна да би представљала раскидни разлог. Више о овоме вид. Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд 2006.

уколико не постоји воља усмерена на раскид и другог уговорника? Без обзира на то што би потврдан одговор на та питања био правно одржив, те се не би могао сматрати нетачним, чини се да би израз право на споразумни раскид ипак био подложен критици. Наиме, у овом случају значило би да право на раскид постоји, али да се не може остварити без раскидне воље и друге уговорне стране. Дакле, очигледно је да термин право на раскид одговара пре свега ситуацијама једностраних раскида, те могућностима раскида и против воље друге стране. Споразум о раскиду је уговор, тако да би се у овом случају радило о праву на закључење уговора. Стога сматрамо да су у питању ипак само могућности које за сваког уговорника свакако постоје, али које се не могу остварити без намере и друге стране да исту ту могућност реализује. Отуда се чини да би се пре могло говорити о праву да се учини понуда за споразумни раскид, чијим би прихватањем тек дошло до раскида уговора.

С друге стране, могућност раскида уговора мимо воље једног уговорника може бити дозвољена само изузетно. У супротном би био доведен у питање целокупан систем уговорног права. Отуда се основ права на раскид уговора мимо воље друге уговорне стране може налазити само у закону. Законодавац једино може прописати у којим ситуацијама настаје право на једностранни раскид. Уколико могућност једностраног раскида буде предвиђена уговорном клаузулом, у питању је ипак споразумни раскид, јер је основ раскида у сагласности уговорника, док је једностраност присутна само у реализацији раскида.

Раскидни разлози су ипак нешто друго. У случају споразумног раскида, управо раскидни разлози стварају раскидну вољу оба уговорника. Код једностраног раскида пак, раскидни разлози су услови које предвиђа законодавац и који морају бити испуњени у конкретном случају како би право на раскид и настало.

Дакле, у случају једностраних раскида закон као основ указује само на чињеницу да одређени правни систем дозвољава могућност напуштања уговорног односа мимо воље друге уговорне стране. Да ли ће, међутим, право



на раскид настати у сваком конкретном случају, зависи од тога да ли се конкретна ситуација може подвести под појам раскидног разлога, чију садржину одређује законодавац.

Даље, када је реч о раскидним разлозима, неопходно је посматрати два тренутка. Прво, тренутак у којем су они предвиђени (као услови чијим ће наступањем право на раскид и настати) и друго, тренутак када раскидни разлози заиста и наступају.

Како се може раскинути само пуноважно закључени уговор, раскидни разлози настају увек након његовог закључења. Када су ти разлози прописани односно предвиђени, друго је питање.

Разлоге једностраног раскида прописује законодавац. Из угла законодавца то су неопходни услови, то јест претпоставке да би се у конкретном случају стекло право на раскид мимо воље друге стране, а коју могућност поредак конкретне земље познаје.

Прво питање које се поставља у вези са споразумним раскидом<sup>10</sup> јесте да ли споразум постоји у виду новог уговора или раскидне клаузуле. Уколико је реч о раскидној клаузули, сама клаузула је део уговора који се раскида, док су раскидни разлози део раскидне клаузуле. У том случају, раскидни разлози су предвиђени још у тренутку настанка уговора. У другим ситуацијама споразумног раскида прво ће наступити одређене околности које ће на уговорнике тако утицати да ће код њих створити вољу усмерену на раскид уговора. Тада ће, дакле, прво наступити раскидни разлози, који нису били унапред предвиђени, па ће управо они довести до настанка споразума о раскиду, а самим тим и престанка постојања уговорног односа.

#### **4. Споразумни и једностранни раскид**

Писали смо већ о основу за раскид и раскидним разлозима. Те појмове, међутим, можемо посматрати и као критеријуме за уочавање разлика између

---

<sup>10</sup> Споразумним раскидима посветили смо трећу главу првог дела рада.

споразумног и једностраног раскида. Док код споразумног раскида право на раскид свој основ налази у споразуму, код једностраног раскида основ је у самом закону. С друге стране, законодавац прописује услове/разлоге за једнострану раскид уговора, док су у случају споразумног раскида, они предвиђени самом раскидном клаузулом, односно у случају споразума о раскиду као новог уговора, они нису унапред ни прописани ни предвиђени.

За разлику од права на споразумни раскид, право на једнострану раскид је преображајно право, правна моћ<sup>11</sup>. Право на раскид као правна моћ подразумева могућност да се изјавом воље укине постојећи правни однос<sup>12</sup>. Стицањем тог права (моћи) његов ималац постаје „надређен” другој уговорној страни.<sup>13</sup> То је право које се остварује против и без обзира на вољу друге стране.

Једнострану вансудски раскид уговора остварује се изјавом воље. То је престанак постојања уговора до којег доводи воља једног уговорника. Стога, нити постоји обавеза на раскид нити би раскид требало да наступа аутоматски.<sup>14</sup> У систему судског раскида уговора, у којем раскид изриче суд својом одлуком, раскид је такође „жељен”, јер га иницира један уговорник. Страна која сматра да из одређених разлога не може остварити циљ због којег је закључила уговор, покреће парнични поступак, тражећи тужбеним захтевом раскид уговора. Тужбени захтев, опет, садржи изјаву воље уговорника. Изјава воље је, дакле, и у том систему нужна, јер суд суди на основу тужбе. Стога, разлике између вансудског и судског раскида постоје само на плану реализације раскида, то јест моћи или немоћи повериоца да изјавом воље оконча уговорни однос мимо суда.

---

<sup>11</sup> J. Birds, R. Bradgate, C. Villiers, *op. cit.*, стр. 18. Иако се овде користи термин *terminate*, који је шири од појма раскида уговора, несумњиво је да и право на раскид уговора спада у правне моћи: „The right to terminate a contract is a potent one”.

<sup>12</sup> О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, стр. 108.

<sup>13</sup> В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд 2012, стр. 213.

<sup>14</sup> Тзв. аутоматским раскидима посветили смо следећи одељак.

Под раскидним разлозима за једнострани раскид наше право подразумева неизвршење одређеног обима од стране једног уговорника (вансудски раскид), као и наступање промењених околности (судски раскид). Предмет нашег интересовања јесу једнострани вансудски раскиди уговора због неизвршења (раскиди изјавом воље).

С друге стране, споразумни раскид уговора ствара сагласна изјава воља уговорника. За настанак сваког споразума неопходан је *animus contrahendi* уговорника, воља усмерена на улазак у конкретан уговорни однос одређене садржине са тачно одређеним уговорником. У конкретном случају, то би била воља оба уговорника усмерена на настанак споразума који ће довести до престанка постојања њиховог уговорног односа.<sup>15</sup>

## II АУТОМАТСКИ/ЗАКОНСКИ РАСКИДИ

### 1. Појам аутоматског/законског раскида уговора

Аутоматски раскид спада у најосетљивија питања уговорног права. Ако под једностраним раскидом подразумевамо право једног уговорника да мимо воље другог учини крај уговорном односу, а под споразумним раскидом ништа друго до сагласност воља уговорника, чиме онда оправдавамо могућност раскида уговора по самом закону? Не супротстављају ли се тзв. аутоматски раскиди<sup>16</sup> самој дефиницији раскида уговора као вољног начина престанка његовог постојања?

---

<sup>15</sup> Овде говоримо о „правим“ споразумним раскидима, то јест раскидима у форми споразума као новог уговора. Међутим, споразумни раскид може постојати и у форми раскидне клаузуле, која представља део уговора, а такође настаје сагласношћу воља обе уговорне стране.

<sup>16</sup> Закон о облигационим односима не познаје израз „аутоматски раскид“. Ситуације у којима уговор престаје да постоји аутоматски овај Закон назива раскидима по самом закону. Међутим, аутори текста Преднацрта грађанског законика Републике Србије уводе израз аутоматски раскид. Такво одступање од Закона о облигационим односима сматрамо добрим, пре свега из разлога прецизности. Наиме, и право на раскид уговора због неизвршења

Наиме, без обзира на то да ли је реч о једностраном или споразумном раскиду, уговор не престаје да постоји без изјављене воље (једног, односно оба) уговорника.

Дакле, чак и у случају када разлог за једнострани раскид због неизвршења<sup>17</sup> неспорно постоји, уговор не нестаје из правног живота аутоматски. Осим права да „одржи уговор у животу”, с једне стране, односно да доведе до његовог краја, с друге стране, поверилац нема никакву „трећу могућност” нити „међурешење”.<sup>18</sup> Међутим, читав уговорни однос не мора да има исту судбину. Навешћемо два примера: прво, могуће је уговор у једном делу „оставити у животу”<sup>19</sup>, а у другом раскинути (делимични раскид уговора)<sup>20</sup>. С друге стране, могуће је и да уговор не престане да постоји, већ да, на пример услед застарелости, престане (претвори се у природну облигацију) само део (неизвршене) уговорне обавезе.

---

обавезе друге уговорне стране остварује се на основу закона. Раскид уговора због промењених околности такође се реализује тек када су испуњени услови предвиђени законом. Стога, термин „раскид по самом закону” можда и није најадекватнији. С друге стране, појам „аутоматски раскид” указује на тачно одређене, специфичне ситуације када закон предвиђа да наступање одређених околности неће довести до настанка права на раскид, а самим тим и могућности имаоца тог права да га оствари или не, већ ће довести до аутоматског престанка постојања уговора. Тај израз, дакле, указује на начин на који ће уговор престати да постоји.

<sup>17</sup> Разлог због којег правимо паралелу између аутоматских и раскида уговора због неизвршења јесте у томе што законодавац као разлоге за наступање аутоматских разлога види повреду/неизвршење уговора. Питање је који је обим неизвршења, односно повреда које тежине је неопходна да би уместо настанка права на једнострани раскид законодавац сматрао да раскид наступа аутоматски.

<sup>18</sup> Н. Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, General principles, London 2008, стр. 1538.

<sup>19</sup> Израз „одржати у животу уговор” не употребљавамо у буквалном значењу, већ са одређеном симболиком, желећи сликовито да опишемо ситуацију у којој ималац права на раскид, из одређеног разлога, одлучује да то право ипак не оствари. У том тренутку је неспорно да је он уговор „одржао на снази”, дао му још једну шансу, иако је имао у рукама моћ да одлучује о судбини датог уговорног односа. Колико ће дуго још уговор остати на снази, да ли ће се у будућности уредно извршавати или не, да ли ће у неком каснијем тренутку бити раскинут, поништен или ће можда наступити ситуација која је у нашем праву позната као законски раскид, друго је питање... Свакако да под тим изразом не подразумевамо да ће уговорник чином неостваривања права на раскид „осудити” уговор на догвечност, те гарантовати његово испуњење. Уговор је „одржан у животу”, у том тренутку, тиме што раскидна изјава није саопштена иако су постојали раскидни разлози!

<sup>20</sup> Више о делимичном раскиду уговора вид.: В. Водинелић, *Делимични раскид уговора због делимичног неиспуњења облигације*, Правни информатор, бр. 10, Београд октобар 2002, стр. 24–27.

Стога, сами термини „аутоматски” као и „законски” раскид отварају два битна питања. Прво, да ли те „раскиде” уопште можемо сматрати раскидима уговора? Друго, да ли они увек и нужно подразумевају непостојање воље уговорника?

Оправдање увођења овог института могло би да има два различита објашњења: или се законодавац у недостатку адекватнијег термина послужио појмом раскида или у ситуацијама обухваћеним појмом законских раскида види (бар) прећутну вољу повериоца усмерену на раскид.

У првом случају, предложили бисмо да се поменути случајеви подведу под шири појам престанка уговора. Наиме, тренутком наступања одређених околности предвиђених нормом закона престајао би да постоји уговор по сили закона. Иако на први поглед веома логично, то решење би патило од претераног поједностављења проблема, због тога што се чини да се чак и у ситуацијама у којима долази до аутоматских раскида не би могло увек говорити о потпуном непостојању воље уговорника. Управо та критика доводи до другог могућег објашњења.

Неспорно је да се не може сматрати правилом да аутоматски раскид увек доводи до престанка постојања уговора мимо воље оба уговорника. Стога је неопходно пре свега испитати у којим све уговорним ситуацијама уговор престаје да постоји аутоматским/законским раскидом. Било би корисно и груписати поменуте ситуације, а као критеријум узети управо улогу (а пре тога – постојање) воље уговорника на престанак уговора.

Поменули бисмо још један разлог због којег сматрамо да је термин законски раскид правно непрецизан и нелогичан. Наиме, како је раскид уговора удар на стабилност уговорних односа, отуда право да се уговор раскине постоји увек уз право да се захтева његово извршење.<sup>21</sup> Међутим, право на избор савесне стране управо се негира могућношћу наступања

---

<sup>21</sup> E. Peel, *The Law of Contract*, London 2011, стр. 852.

аутоматских раскида<sup>22</sup> и, обрнуто, ако постоји право избора, раскид не може да постоји без обзира на вољу.<sup>23</sup>

## 2. Основ аутоматског/законског раскида уговора

Упркос основаним критикама на рачун аутоматских раскида, неспорно је да некада долази до раскида по самом закону. Разлози за законски раскид уговора, то јест услови који би морали да буду испуњени да би наступио аутоматски раскид, морају бити тачно одређени. Ти раскиди могу имати основ или у сагласној изјави воља уговорних страна или их, с друге стране, може регулисати законодавац нормом којом предвиђа да ће се у случају наступања одређених чињеница сматрати да је уговор раскинут. Раскидни разлози, то јест услови за аутоматски раскид садржани су, дакле, у самом основу.

### 2.1 Законски раскиди који основ имају у аутономији воље уговорних страна

Уговорници могу предвидети да ће одређене ситуације имати значај разлога за аутоматски раскид уговора. Они ће то учинити у виду раскидне клаузуле, која је садржана у самом тексту уговора, тако што ће се сагласити да евентуална повреда уговора до које дође у будућности за последицу има престанак постојања уговора по сили закона. Очигледно је да такав вид законског раскида спада у групу споразумних раскида, због тога што се основ за раскид налази у сагласној изјави воља уговорника.

Дакле, једна од формулација раскидне клаузуле могла би да буде да ће, у случају да једна од страна не испуни своју обавезу, раскид наступити по

---

<sup>22</sup> Ипак, и у ситуацијама аутоматских раскида постоји могућност одржавања уговора на снази, о чему ћемо касније писати. Међутим, такву могућност коју законодавац ствара сматрамо апсолутно неприхватљивом, јер уколико наступање одређених околности доводи до аутоматског престанка постојања уговора, како је могуће након тога одржати уговор на снази, па макар то било и „по истеку рока без одлагања”. Све што би се дешавало након наступања разлога за аутоматски раскид имало би значај „оживљавања уговора”, а тај институт није познат у уговорном праву.

<sup>23</sup> J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, Oxford 2002, стр.5.

самом праву.<sup>24</sup> Управо су клаузуле такве садржине предмет нашег интересовања, те се нећемо бавити ситуацијама у којима би уговорници сагласношћу својих воља стварали клаузуле другачије садржине.

Поменули бисмо једну неспорну предност ако не баш сваке, а онда свакако највећег броја раскидних клаузула.<sup>25</sup> Она је привилегија за повериоца јер представља својеврстан вид притиска на дужника да своје доспеле обавезе уредно извршава.

Неспоран је значај формулисања поменутих клаузула, како у судском, тако и у системима вансудског раскида уговора. Разлог због којег повезујемо ситуације једностраног раскида са ситуацијама које доводе до аутоматског раскида уговора лежи у томе што се применом уговорне клаузуле овакве садржине избегава укидање уговорног односа остваривањем права на једнострану раскид. Тиме се истовремено заобилази и један број препрека, али и тешкоћа које једнострану раскид са собом носи, како у системима судског, тако и у системима вансудског раскида.

Француски правници, посматрајући раскидне клаузуле из угла свог судског система раскида, проналазе у њима још једну предност. Они увиђају да раскидна клаузула, осим притиска на дужника, иде у корист повериоцу из још једног разлога. Наиме, у случају неизвршења дужникове обавезе, раскид наступа аутоматски, без потребе покретања и вођења судског поступка. Тиме се избегава и ризик да суд одбије повериочев захтев за раскид уговора као неоснован.<sup>26</sup> У системима судског раскида постојање те клаузуле одузима суду улогу одлучивања о раскиду и моћ његовог изрицања.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> P. Canin, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2011, стр. 83.

<sup>25</sup> На овом месту се намерно ограђујемо од генерализовања, из разлога што постоје и клаузуле које сваком уговорнику омогућавају да раскине уговор (да одустане од уговора) у сваком тренутку, без обзира на постојање раскидних разлога.

<sup>26</sup> B. Fages, *Droit des obligations*, Paris 2007, стр. 276; O. Lando, H. Beale, *Commision of European Contract Law, Principles of European Contract Law*, Kluwer Law Internationals, 2000, стр. 411.

<sup>27</sup> P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, Paris, 2005, стр. 456; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2007, стр. 629.

Раскидна клаузула ове садржине значајна је и у системима у којима је дозвољен раскид уговора изјавом воље само једног уговорника, а из разлога што отклања неизвесност у погледу оцене испуњености услова за раскид, те одговора на питање да ли је повериочева раскидна изјава била заснована на ваљаним разлозима.<sup>28</sup> Уговорници формулацијом те клаузуле сами одређују ситуације чијим ће наступањем уговор престати да постоји.

## 2.2 Законски раскиди који основ имају у закону

Поједини аутори сматрају да законски раскид уговора представља једну врсту поштрене санкције за случај неиспуњења уговорне обавезе.<sup>29</sup> Који разлози наводе законодавце да у појединим случајевима повреде уговора сматрају да „није довољно” дати уговорнику право да раскине уговор због неизвршења обавезе друге стране, већ да самом неиспуњењу конкретне обавезе дају значај разлога који ће проузроковати раскид уговора по сили закона? Није ли озбиљност неизвршења управо раскидни разлог из којег настаје право на једнострани раскид уговора због неизвршења и која би озбиљност повреде/неизвршења водила аутоматском раскиду, а која не, само су нека од питања на која ћемо покушати да одговоримо у овом одељку.

Начин на који је регулисано питање аутоматских раскида у нашем Закону о облигационим односима сматрамо веома интересантним. Покушаћемо да уочимо одређену правилност када су у питању услови које законодавац захтева у свакој од ситуација у којима дозвољава раскид по самом закону.

Такође, сматрамо да је посебно важно питање постојања и улоге воље уговорника у случајевима аутоматских раскида.

---

<sup>28</sup> Ово је веома значајно за основно питање којим се бавимо у тези: када је повериочева изјава воље усмерена на раскид основана и које последице наступају у случају њене неоснованости. Уговарањем раскидне клаузуле такве садржине избегавају се проблеми које у пракси стварају тзв. неосновани раскиди.

<sup>29</sup> Ј. Перовић, *Раскид због неиспуњења у међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2002, стр. 312.



### 2.2.1 Потпуна евикција као разлог за законски раскид уговора

Чланом 510 ставом 1<sup>30</sup> ЗОО предвиђено је да у случају потпуне евикције наступа раскид уговора по самом закону. У смислу члана 510, потпуна евикција постоји када прибавилац (купац) услед права трећег изгуби државину целе ствари.<sup>31</sup> Тренутком „депоседовања“<sup>32</sup> уговор за купца постаје „беспредметан“ јер „он њиме није добио ништа од онога што је рачунао да ће добити“.<sup>33</sup>

Очигледно је да тежина повреде уговора то јест обим неиспуњења јесте критеријум којим је законодавац вођен у одређивању појма законског раскида. Нама се чини ипак да би у случају потпуне евикције можда требало говорити о престанку постојања уговора, избегавајући на тај начин термин раскид. Свакако да овај предлог има само теоријски значај јер је и сам раскид један од начина престанка постојања уговора.

### 2.2.2 Законски раскид фиксних уговора

Осим случајева потпуне евикције, наш ЗОО познаје и законски раскид фиксних уговора. Чланом 125 ставом 4 предвиђено је да и када не постоји тзв. касаторна<sup>34</sup> клаузула, којом би био одређен фиксни карактер уговора, уговор може бити фиксни по „самој природи посла“. Фиксни уговори

---

<sup>30</sup> Поменути став значајан је не само из разлога што садржи разлог за аутоматски раскид, већ и због тога што прави градацију тежине учињених повреда уговора, које ће опет бити разлог за стицање права на једностранни раскид због неизвршења (у случају делимичне евикције), односно законски раскид (у случају потпуне евикције). Случајеви који су обухваћени појмом делимичне евикције представљају један вид неиспуњења уговора, али свакако не потпуног неиспуњења као у случају потпуне евикције. Купац није добио све од онога што је рачунао да ће добити, али није баш да није добио ништа. Стога, делимична евикција не представља разлог за аутоматски раскид, али свакако на њеним основама настаје право купца да уговор раскине.

<sup>31</sup> С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1977, стр. 378.

<sup>32</sup> Л. Марковић, *Облигационо право*, Класици југословенског права, Београд 1977, стр. 454.

<sup>33</sup> Ј. Радишић, *Облигационо право*, општи део, Београд 2004, стр. 152.

<sup>34</sup> *Ibid.*, стр. 169.

неиспуњењем о року губе сврху свог постојања.<sup>35</sup> У томе управо лежи *ratio* законског раскида тих уговора.<sup>36</sup>

Могућност одржавања уговора на снази је можда најспорније питање режима законских раскида. Прво, уколико ти уговори престају да постоје самом чињеницом протекла одређеног временског периода, како се онда исти уговор може одржати на снази, макар и вољом повериоца. Формулација „по истеку рока без одлагања”<sup>37</sup>, коју користи и наш законодавац, чини се спорном. Било какав вид одржавања уговора на снази „по истеку рока” указивао би на „оживљавање једном престалог уговора”, а то уговорно право не познаје као могућност (једном учињен избор је неопозив).<sup>38</sup>

Чини се да су критике нарочито оправдане када је реч о тзв. фиксним уговорима у апсолутном смислу,<sup>39</sup> то јест онима за које протек времена односи и могућност<sup>40</sup> испуњавања обавеза. У поменутих ситуацијама, даље постојање уговора, односно његово одржавање на снази било би без сврхе, а због немогућности испуњења обавезе из уговора трајно би нестала и могућност остварења циља због којег је уговор и закључен. Тачније, чак и уколико би након протекла рока дужник испунио обавезу (која би се, на пример, састојала у неком чињењу), то не би била уговорена, већ нека друга чинидба.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> U. Carnevali, E. Gabrieli, M. Tamponi, *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale, La risoluzione*, Torino 2011, стр. 173.

<sup>36</sup> Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 312.

<sup>37</sup> Члан 125 став 2 ЗОО.

<sup>38</sup> S. Atiyah, *op. cit.*, стр. 250 и 316.

<sup>39</sup> О подели на праве и неправе фиксне уговоре видети код: Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 169.

<sup>40</sup> Још један разлог који указује на неадекватност употребе термина „раскид”.

<sup>41</sup> Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 169.

### 2.2.3 Да ли је давањем накнадног рока уговор учињен фиксним?

Постоји још једна, иако најспорнија, ситуација у којој законодавац предвиђа могућност аутоматског раскида уговора. Кажемо „најспорнија” јер постоје крајње опречна тумачења члана 126 става 3 ЗОУ.<sup>42</sup>

Одредбом члана 126 става 3 ЗОУ прописано је да уколико дужник ни у накнадно остављеном року не испуни своју обавезу, наступају исте последице као у случају кад је рок битан састојак уговора. Став 3, дакле, упућује на одредбу члана 125 става 1, којим је предвиђено да се фиксни уговори, у случају неиспуњења уговора у року, раскидају по самом закону. То би даље значило да се у случају нефиксних уговора, уколико дужник ни у накнадно остављеном року не испуни своју обавезу, уговор аутоматски раскида. Међутим, ако се цитирана одредба доведе у везу са одредбом члана 130 ЗОУ, члан 126 став 3 може добити и другачији смисао<sup>43</sup> јер је одредбом члана 130 предвиђена обавеза повериоца који раскида уговор да то саопшти дужнику без одлагања.<sup>44</sup>

Сматрамо да је могуће да се у формулацији овог члана законодавац водио следећом логиком: наиме, поверилац је, самим одређивањем и остављањем накнадног рока, ставио дужнику до знања да ће уговор сматрати раскинутим ако дужник ни у накнадно остављеном року не испуни

---

<sup>42</sup> О реализацији раскида уговора због неизвршења у нашем праву, као и обавези остављања накнадног рока видети код: С. Перовић, *Облигационо право, оп. cit.*, стр. 509; С. Перовић, *Раскид уговора у робном промету*, Уговори у међународној трговини, Београд 1987, стр. 193; О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2010, стр. 442; Б. Благојевић и др., *Коментар Закона о облигационим односима*, Нови Сад 1983, стр. 391; Ј. Радишић, *оп. cit.*, стр. 167; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Општи део, Београд 1976, стр. 257; Љ. Милошевић, *Облигационо право*, Београд 1970, стр. 151.

<sup>43</sup> Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, оп. cit.*, стр. 341–344.

<sup>44</sup> На овом месту би требало указати на одредбу члана 137 става 3 Преднацрта грађанског законика Републике Србије: „Ако дужник не испуни обавезу у накнадном року, уговор се раскида изјавом воље повериоца упућеном дужнику на несумњив начин”. Очигледно је да су бројне расправе у вези са тумачењем одредбе члана 126 става 3 ЗОУ мотивисале ауторе текста Преднацрта прецизира да истек накнадног рока није разлог за аутоматски раскид, већ да је за престанак постојања уговора неопходно да поверилац изјави да раскида уговор.

обавезу. Јер, зашто бисмо неке остављали накнадни рок<sup>45</sup> уколико би и његовим протеком (а у случају поновног неизвршења) уговор остајао на снази?

Друго могуће решење јесте да члан 126 став 3 тумачимо у смислу члана 130, односно идеје да раскид не наступа аутоматски без изјаве воље о раскиду. Питање је само у којем тренутку бисмо дужнику саопштили да протек рока значи и крај уговора.

Могуће је да је законодавац, формулишући члан 126 став 3, подразумевао да поверилац, у тренутку када дужнику оставља накнадни рок, истовремено му и саопштава да ће, у случају да овај не искористи ни „другу шансу“ која му је дата, уговор бити раскинут тренутком протеча рока.

Вероватан је, међутим, још један сценарио. Наиме, законодавац сматра да је изјава воље усмерена на раскид неопходна и да ће је поверилац саопштити дужнику накнадно, то јест након истека накнадног рока.

Очигледно је да се само ово последње схватање, то јест идеја о неопходности саопштавања раскидне изјаве након протеча накнадног рока, уклапа у схватање о томе да се уговор раскида изјавом воље усмерене на раскид односно пријемом те изјаве од дужника.

Остала схватања о сувишности изјаве раскидне воље након одређивања накнадног рока и идеје о саопштавању раскидне намере пре отпочињања тока накнадног рока не би се уклапале у идеју о остваривању раскида изјавом воље. Напротив, у тим ситуацијама уговор би се раскидао протеком накнадног рока. Наравно, неспорна би и у тим ситуацијама била сама воља повериоца усмерена на раскид, иако, у крајњем, раскидна изјава не би доводила до раскида. Таквим схватањем долазимо до закључка да се раскид остварује изјавом воље само у оним изузетним ситуацијама када поверилац и нема обавезу да дужнику оставља накнадни рок, због самог дужниковог понашања из којег је очигледно да он своју обавезу неће

---

<sup>45</sup> Некада остављање накнадног рока нема сврху. „Како је неиспуњена обавеза ‘забрана отуђења’ обавеза на нечињење, код ње неиспуњење ствара дефинитивно стање у смислу немогућности накнадног испуњења...” Из пресуде Т 7/09-05 од 27. априла 2012. године.

испунити ни у накнадном року.<sup>46</sup> У свим осталим ситуацијама, уговор би се раскидао тренутком истека накнадног рока.

На крају, остаје ипак крајње нејасно чиме се руководио законодавац у формулисању члана 126 става 3 Закона.<sup>47</sup> Ако узмемо у обзир текст Преднацрта грађанског законика у којем је изричито предвиђена обавеза изјаве воље о раскиду у случају нефиксних уговора, могло би се закључити да је управо то решење у духу нашег уговорног права, те да су редактори Преднацрта, мотивисани бројним расправама поводом тумачења члана 126 става 3, чланом 137 ставом 3 Преднацрта отклонили сваку дилему. С друге стране, постоји још један разлог у прилог томе да је наш законодавац ипак имао намеру да чланом 126 ставом 3 одступи од правила о остваривању раскида изјавом воље. Наиме, чланом 491 300 прописано је да се уговор о продаји раскида по самом закону ако продавац у накнадном року не испуни уговор.<sup>48</sup> Наравно, та одредба се односи само на уговор о продаји, и то на ситуацију када постоје материјални недостаци продате ствари, али је

---

<sup>46</sup> Чл. 127 и 128 300.

<sup>47</sup> Очигледна је сличност са чл. 94 и 96 Скице за законик о облигацијама и уговорима. Наиме, у смислу члана 96 става 3 неиспуњење обавезе (чије неиспуњење у одређеном року иначе не представља битну повреду) у накнадном року представља битну повреду уговора. Уколико поверилац, пак, у случају битне повреде уговора пропусти да саговорника у разумном року обавести о свом избору (да ли уговор раскида или не), уговор ће бити раскинут по самом праву (члан 94 ст. 1 и 2). Уговор ће бити раскинут по самом праву и у случају да дужник затражи од повериоца да му саопшти шта је изабрао, а поверилац му на то не одговори без одлагања (члан 94 став 3).

<sup>48</sup> Да ли 300 у случају материјалних недостатака даје право купцу на слободан избор када су у питању право да се захтева извршење уговора и право да се због неуредног извршења уговор раскине? Или постоји одређена градација, у смислу да се прво мора захтевати извршење уговора, па тек у случају неиспуњења и раскид уговора (уз неопходност остављања накнадног рока)? За разлику од члана 488 300, члан 154 Општих узанси за промет робом далеко је јаснији. Наиме, неспорно је да су Узансе давале право избора купцу да ли ће уговор раскинути, тражити испуњење или снижење цене.

Упркос, чини се општеприхваћеном ставу у нашој теорији, а у смислу да купац мора прво захтевати испуњење уговора, па тек у случају да до истог не дође у разумном року остварити право на раскид уговора (уз обавезно остављање накнадног рока), ми бисмо указали на следеће: наиме, чланом 489 Закона прописано је да „ако купац не добије захтевано испуњење уговора у разумном року, задржава право да раскине уговор или да снизи цену”. Дакле, у случају неиспуњења, купац не стиче право на раскид, него га задржава, што значи да право на раскид постоји равноправно са правом да се захтева испуњење, то јест неостваривање права на извршење није услов за настанак права на раскид.

очигледно да је идеја о наступању аутоматског раскида уговора истеком накнадног рока ипак присутна у нашем Закону.

### **3. Улога воље уговорника у режиму законских раскида и закључна разматрања**

Једно од најспорнијих питања режима законских раскида управо је поље његове примене. Како под раскидом подразумевамо вољни начин престанка постојања уговора, нејасно је због чега законодавац употребљава израз „законски раскид”. Покушајмо, међутим, да његово објашњење пронађемо у самом начину реализације раскида. Могло би се рећи да се термином „законски” раскид настоји указати на ситуације у којима до раскида може доћи не само мимо судске одлуке, већ и без изјаве воље повериоца о раскиду. На тај начин би епитет „законски/аутоматски” објашњавао сам начин реализације раскида, то јест последицу која настаје наступањем конкретних околности.

Не мора, дакле, значити да тај вид раскида нужно негира вољу уговорника усмерену на окончање једног уговорног односа. То је неспорно онда када аутоматски раскид наступа применом раскидне клаузуле чија је садржина израз сагласности воља уговорника са циљем престанка постојања уговора, и то аутоматски, самим чином наступања одређених ситуација. Воља тада постоји, и то воља оба уговорника, а сам израз „законски раскид” указује само на начин на који ће раскид наступити. Стога, непостојање изјаве воље о раскиду у реализацији раскида не значи да до престанка постојања уговора долази мимо воље уговорника. Како је то вид споразумног раскида уговора, израз „законски раскид”, који би подразумевао описане ситуације, био би адекватан јер би, понављамо, указивао на начин реализације раскида, а не на непостојање воље уговорника у самом чину раскида.

С друге стране, случајеви у којима аутоматски раскид наступа када не постоји раскидна клаузула далеко су сложенији. Тада основ тог вида раскида није у вољи уговорника, већ у „вољи” самог законодавца.

Неспорно је да раскидне разлоге за аутоматски раскид уговора законодавац види у неким озбиљнијим повредама уговора. Можда бисмо смели рећи и да је реч о оним повредама уговора које уговору одузимају сврху даљег постојања, а некада чак и могућност извршења. То је посебно уочљиво у ситуацијама када наступи потпуна евикција и када нису испуњени фиксни уговори у апсолутном смислу, у којима не само да се може рећи да постоји претпоставка да би поверилац раскинуо уговор, већ и да је престанак постојања уговора неминован. Отуда би правно коректније било да те ситуације подводимо под шири појам престанка уговора.

С друге стране, ситуације када нису испуњени фиксни уговори у релативном смислу и када протекне и накнадни рок требало би посматрати заједно. Наиме, протек рока у оба случаја не односи и могућност извршења уговора. Стога би овде било места примени одредбе о одржавању уговора на снази, чиме би се управо манифестовала воља уговорника. Наравно, остаје и даље критика могућности одржавања уговора на снази након наступања разлога за аутоматски раскид. И даље, из још једног разлога неспорно је постојање воље у случају протекла накнадног рока (уколико бисмо, наравно, прихватили тумачење члана 126 става 3 на начин да протеклом накнадног рока наступа аутоматски раскид). Наиме, накнадни рок симболизује „другу шансу” коју управо поверилац даје дужнику, и то само онда када има сврхе очекивати извршење.

На крају, у односу на мане и судског и вансудског поступка раскида уговора због неизвршења, законски режим раскида<sup>49</sup> има ту предност што отклања сваки вид неизвесности. Наиме, неспорне су околности чије наступање оправдава раскид. Међутим, то не значи да и у том режиму раскида неће долазити до спора<sup>50</sup> између уговорника поводом тога има ли

---

<sup>49</sup> О тзв. законским раскидима и њиховим предностима и у систему вансудског и у систему судског раскида вид.: К. Доловић, *Законски раскид уговора у европском уговорном праву*, *Harmonius*, бр. 1, Београд 2013, стр. 45–58.

<sup>50</sup> Аутоматски раскиди отварају пут могућим злоупотребама поверилаца. У систему вансудског раскида, и поред широких овлашћења која закон даје повериоцу (поверилац као да постаје судија у својој ствари), дужник ипак не остаје незаштићен. Он ће у великом броју случајева покренути судски/арбитражни „контролни” поступак за оцену основаности

места примени конкретне раскидне клаузуле односно норме закона, те питања да ли је наступио аутоматски раскид или је уговор и даље на снази.<sup>51</sup>

---

раскидне изјаве, који ће бити окончан одлуком суда/арбитраже, било констатованем да је уговор раскинут било утврђењем да изјава воље повериоца није могла имати раскидно дејство јер није била заснована на ваљаним разлозима за раскид. Тиме се разлика између судског и вансудског система своди само на дејство судске одлуке – конститутивно или декларативно, јер деловање суда постаје често неизбежно и у систему вансудског раскида.

Како суд може (ако уопште може) да заштити дужника од дејстава тзв. неоснованог раскида ако се уговор сматра раскинутим по самом закону? Да ли ће уговор бити аутоматски раскинут на основу тога што је неизвршење уговорне обавезе дужника утврдио поверилац?

Институтом раскида по самом закону позиција повериоца је ојачала у односу на раскид изјавом воље. Дошли смо до апсурдног закључка – поверилац има већа овлашћења, а дужник је самим тим мање заштићен онда када раскид наступа по самом закону него у ситуацији када изјава повериоца може раскинути уговор. Разлог је једноставан – дужников тужбени захтев не може више бити усмерен на утврђивање постојања уговора, те правне последице покушаја неоснованог раскида. Могло би се рећи да не само да то више не би били покушаји неоснованих раскида, већ да би, путем аутоматских раскида, неосновани раскиди заиста и наступали, а тада би се постављало питање санкција тих недозвољених раскида.

Наравно да је истина негде на другој страни. Суд би и у тим случајевима могао да испитује основаност раскида. Наиме, утврђењем да нису били испуњени услови за аутоматски раскид, суд би установио да аутоматски раскид и није наступио, већ да је уговор и даље на снази.

<sup>51</sup> Такође, проблем би могао настати и у случају да једна уговорна страна верује да аутоматски раскид јесте наступио, а друга да је уговор и даље на снази, из разлога што нису били испуњени услови за примену конкретне раскидне клаузуле, односно норме закона. Тада бисмо имали ситуацију да се један уговорник понаша и даље као да уговор јесте на снази, док би се други сматрао ослобођеним свих уговорних обавеза.



# **ДРУГА ГЛАВА**

## **ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

### **І ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

#### **1. Право на једностранни раскид уговора због неизвршења**

Да ли би се било ко усудио да закључи уговор свестан чињенице да његов саговорач може, и то у сваком тренутку, одустати од договора?<sup>52</sup> Чини се да не би. Могло би се рећи да би та могућност негирала постојање самог уговора.

---

<sup>52</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, T. K. Graziano, *Comparative Contract Law - cases, materials and exercises*, Great Britain 2009, стр. 232.

Изјављујући вољу свом сауговорачу усмерену на закључење уговора, ми му обећавамо да ћемо извршити преузете обавезе. Друга страна се ослања<sup>53</sup> на наше обећање, оно ствара њено реално очекивање да ће се уговор остварити.<sup>54</sup>

Ипак, неспорно је да данашња права својим законима износе став у корист постојања једностраног раскида уговора због неизвршења (неиспуњења).<sup>55</sup> Сасвим је друго питање да ли ће повериоцу, у конкретном

---

<sup>53</sup> Чини се да теоријом ослањања провејава и идеја правичности. Осећамо да је праведно заштитити онога ко се ослонио на нечију реч, поверовао у његово обећање, очекивао поштовање сачињеног договора. Уколико не би постојало поверење у обећање и реч свог сауговорача, доведен би био у питање целокупан систем уговорних односа. Јер, уговор је договор, а договор почива на обећањима.

Како би требало заштитити онога ко се ослонио на реч друге стране? Да ли тако што ћемо ускратити могућност једностраног раскида уговора обема странама или, баш супротно, тако што ћемо страни чија су очекивања изневерена дати право на раскид? Плашимо се да би беспоговорно одржавање уговора на снази само фаворизовало страну која је повредила уговор и још више отежавало положај уговору верног уговорника, којем би једино преостало да верује у реализацију принудног извршења и наплату накнаде штете. Правичност, чини се, ипак указује на другачије решење. О теорији ослањања вид.: О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 223–230.

<sup>54</sup> Више о овоме вид.: О. Антић, *Правна природа уговорних облигација*, Правни живот, бр. 10, Београд 2006, стр. 995–1030.

О уговорним теоријама вид. и код: S. Smith, *Contract Theory*, Oxford 2004; R. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, Columbia Law Review, Vol. 86, бр. 2, Columbia Law Review Association, 1986, стр. 269–321.

<sup>55</sup> „Ако се тражи теоријска заснованост могућности једностраног раскида уговора због неиспуњења, а да се при том не напушта правна аргументација, теорија каузе је једина у стању да пружи целовит одговор... уговорна облигација се може представити као једначина и ако јој одуземо једну страну, то, наравно, више није једначина... нестанак једног обећања исто је што и одвезивање једне од две траке које повезују целину, а то одвезивање води повраћају у предуговорно стање... поверилац може захтевати принудно (спољашње) везивање (путем суда) или једноставно констатовати да је одвезивање довело до ослобођења од уговорених (обећаних) престација.” Више о теоријској заснованости права на једнострану раскид уговора због неизвршења вид.: О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 435. За каузу вид. и: Антић О., *Кауза*, Правни живот, бр. 10, Београд 2005.

Упор.: С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 499; Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 132. Поједини аутори, међутим, сматрају да теорија каузе не може да одговори на сва питања о настанку права на раскид уговора због неизвршења. Наиме, неспорно је да без каузе нема уговора. Уколико нема каузе, уговор није ни настао, непостојећи је. С друге стране, недопуштена кауза, то јест кауза забрањена правом или моралом, чини уговор апсолутно ништавим. Због тога би нестанак каузе уговорне обавезе неизвршењем обавезе другог уговорника узроковао престанак постојања уговора. Тај уговор не би био чак ни ништав, него, будући да би му недостајао конститутивни елемент, не би више ни постојао. Како би се онда, на основу непостојећег уговора, захтевало принудно извршење? И даље, како би се у том случају могло раскидати нешто што више не постоји? Стога, да би уговору верна страна могла раскинути уговор због неизвршења, мора постојати уговор, а да би постојао уговор, мора постојати кауза.

случају, бити признато право на раскид уговора. Дакле, једно је питање постојања права на раскид уговора у самом тексту закона, а потпуно друго да ли ће и под којим условима, у конкретном случају, то право бити дато повериоцу.

Законодавац је тај који мора прецизним нормама обезбедити неопходан степен правне сигурности. Ово је посебно важно из разлога што једнострано раскид представља изузетак од начела *pacta sunt servanda*.<sup>56</sup> Када су норме закона недвосмислене и када законодавац, у мери у којој је то могуће, даје путоказ за решавање проблема који се у пракси редовно јављају, судови имају добру основу за стварање уједначене судске праксе. У супротном, дешаваће се да се по истим питањима у различитим споровима доносе потпуно супротне одлуке јер се на различите начине тумаче нејасне законске одредбе или једноставно зато што у случају када законодавац ћути пракса ствара право. С друге стране, могуће је и да буде „формирана по исходу јединствена, а по разлозима различита, па већ стога не увек разумљива пракса”.<sup>57</sup>

Питање када ће поверилац имати право да раскине уговор и мимо воље свог саговорача, може бити формулисано и другачије: када је раскид уговора основан?

Ипак, мислимо да је правно некоректно говорити о основаности раскида јер уколико је до раскида дошло, он је свакако био заснован на правном основу. Стога, говоримо о основаности или неоснованости раскидне изјаве. Када ће изјава воље уговорника, код вансудског раскида, добити „раскидно” дејство и довести до престанка постојања уговора, односно када

---

Неизвршење не доводи до нестанка каузе. Кауза и даље постоји, само није остварена. Управо из њене неостварености, а не непостојања, рађа се право на раскид уговора. И то само онда када је неизвршење веће од незнатног, односно када представља битну повреду уговора.

<sup>56</sup> Marin R., *El desistimiento unilateral*, Madrid 1991, стр. 284-285.

О престанку постојања уговора вољом једног уговорника у шпанском праву вид. и код: М. Т. А. Moreno, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid 2000, стр. 392-396.

<sup>57</sup> Д. Хибер, *Промена повериоца или новација и застарелост*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, Београд 2013, стр. 11.

ће тужба за раскид уговора, у судском систему раскида, бити усвојена а уговор раскинут самом пресудом? Одговор би требало тражити у законским прописима јер законодавац ограничава вољу уговорника који настоји да сруши постојећи уговорни однос, прописујући услове под којима је то могуће учинити.

Формулисањем услова неопходних за настанак права на раскид уговора долазимо до појма раскидног разлога садржаног у закону као основу за једностранни раскид уговора због неизвршења.

Дакле, једностранни раскид уговора може бити судски и вансудски, зависно од тога да ли се уговор раскида изјавом воље или судском одлуком. За разлику од немачког<sup>58</sup>, англосаксонског, па и српског права, француско право остаје верно судском систему раскида. Тако оно постаје све усамљеније у упоредном праву. Поједини системи (Квебек, Холандија) временом су напустили судски и прихватили систем једностраног раскида.<sup>59</sup> Таква еволуција идеје једностранних раскида објашњава се обично економским императивима.<sup>60</sup>

Могућност једностраног раскида уговора због неизвршења има најмањи значај код трајних уговора са неодређеним трајањем, будући да су у питању уговори који сваком уговорнику дају право на отказ без потребе његовог образлагања.<sup>61</sup>

## **2. Основ и раскидни разлози за једностранни раскид уговора због неизвршења**

Данашња права својим законима предвиђају могућност једностраног раскида уговора. Отуда се наше истраживање решења садржаних у

---

<sup>58</sup> M. F. Ranieri, *Le nouvelle partie générale du droit des obligations*, RIDC, 2002/4, стр. 953.

<sup>59</sup> H. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, Paris 2008, стр. 271.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2012, стр. 446.

упоредном праву неће односити на основ једностраног раскида јер је основ увек у закону<sup>62</sup>. Међутим, како законодавци на различите начине формулишу услове неопходне за настанак права на раскид, нас ће у наредним поглављима интересовати управо садржина законских решења, односно раскидни разлози.<sup>63</sup> Од начина на који је одређен појам раскидног разлога зависиће и ширина појма „основаног раскида то јест основане раскидне изјаве”. Наиме, што је појам раскидног разлога неодређенији у закону, то је већи број ситуација које се под тај појам могу подвести, док за повериоца то значи могућност раскида у већем броју случајева. Самим тим, посредно, то значи и да ће се појам основаног раскида моћи шире тумачити, што значи да ће се односити на већи број случајева.

С друге стране, што је законодавац прецизнији у одређивању појма раскидног разлога, то јест прописивању услова чије је наступање неопходно за настанак права на раскид, то су мање могућности за екстензивније тумачење конкретне норме закона. Појам основаног раскида (основане раскидне изјаве) тако постаје применљив на мањи број случајева, а појам неоснованог раскида (неосноване раскидне изјаве) истовремено добија шире поље примене.

Иако садржани у самој норми закона, разлози за раскид увек наступају након закључења уговора, али ипак пре његовог потпуног извршења (јер,

---

<sup>62</sup> Наравно, не смео заборавити дух англосаксонског права у којем је извор права, пре свега, судска пракса.

<sup>63</sup> Иако смо пошли од тога да закон сматрамо основом за раскид, а конкретну повреду уговора/неизвршење раскидним разлогом, када говоримо о раскиду конкретног уговора, није нетачно рећи и да је раскид у конкретном случају основан, а мислити управо на испуњеност услова за раскид. Дакле, нећемо погрешити ако кажемо да у конкретном случају јесу испуњени услови за раскид прописани законом, то јест да је конкретан раскид (тачније раскидна изјава) основан (а).

раскида се увек и само пуноважно<sup>64</sup> односно правноваљано<sup>65</sup> закључени уговор.<sup>66</sup>

Порука законодавца да конкретни правни систем дозвољава могућност раскида уговора мимо воље и без обзира на вољу друге уговорне стране не значи још да ће конкретан уговорник и имати право на раскид у конкретном случају. И даље, чињеница наступања раскидног разлога, те настанак права на раскид не значи да ће ималац права на раскид то своје право и остварити, а још мање да ће уговор аутоматски бити раскинут.

Стога, да би конкретан уговор престао да постоји, неопходно је да буде испуњено више услова. Прво, да правни систем једне земље дозвољава могућност једностраног раскида уговора. Друго, да су у конкретном случају испуњени услови за настанак права на раскид. Треће, да ималац права на раскид има намеру да оствари своје право на раскид. Четврто, да ималац права на раскид оствари то своје право у складу са захтевима конкретне норме (у нашем праву, на пример, да остави дужнику накнадни примерени рок; у супротном, изјава о раскиду не би имала раскидно дејство). Дакле, с једне стране је неопходно посматрати услове неопходне за стицање епитета „основане” раскидне изјаве, а с друге стране, поштовати законску норму у смислу самог поступка реализације раскида уговора.

---

<sup>64</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 250.

<sup>65</sup> П. Кларић, М. Ведриш, *Грађанско право, Опћи дио, Стварно право, Обвезно и Насљедно право*, Загреб 2009, стр. 477.

<sup>66</sup> Уколико је уговор извршен у потпуности, не постоји *ratio* за његов раскид, јер суштина раскида увек лежи у тежњи уговорника да се ослободе обавеза насталих уласком у уговорни однос. Извршењем уговора потпуно су престале да постоје уговорне обавезе, иако уговор и даље постоји као правна чињеница. Вид. Одлуку Врховног суда Србије Рев. 1463/03 од 14. маја 2003. године, Пословни биро.

# II ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА У СРБИЈИ

## 1. Решење Закона о облигационим односима

### 1.1 Појам раскидног разлога

Поставља се питање да ли (и у којој мери) српско право води рачуна о стабилности уговорних односа. Поједини аутори чак сматрају да наше право сувише лако<sup>67</sup> даје повериоцу право на раскид. Наиме, на основу члана 131 Закона, а у вези са осталим члановима који се тичу дозвољености раскида, могло би се закључити да српско право не води баш много рачуна о стабилности уговорних односа, јер произлази да је озбиљна повреда уговорне обавезе свака повреда већа од незнатне.

Први проблем је у томе што бисмо, у случају да се пракса стриктно држи ове одредбе, били сведоци напуштања уговора у свим случајевима када уговор више не би одговарао интересима једне од страна<sup>68</sup>, а све то под изговором да друга страна није испунила нешто од уговореног, а то нешто би се често могло подвести под „веће од незнатног”.<sup>69</sup>

Други проблем би био класичан проблем коришћења правних стандарда од законодавца. Истина, норма не чини овај проблем очигледним, али праксу он доводи до лутања. Дакле, 300 као раскидни разлог наводи „неиспуњење обавезе”<sup>70</sup>, што отвара ново питање: какво дужничково неиспуњење обавезе је довољно за раскид уговора? Ако упоредимо чл. 124 и 131 300, закључили бисмо да раскидни разлог представља дужничково

---

<sup>67</sup> Н. Јовановић, Кључне разлике енглеског и српског уговорног права, Београд 2007, стр. 93.

<sup>68</sup> Вид. коментар члана 110 Облигацијског законика Словеније: Juhart M., Plavšak N., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, Ljubljana 2003.

<sup>69</sup> Члан 131 300: „Уговор се не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе”.

<sup>70</sup> Члан 124 300: „У двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза, или под условима предвиђеним у идућим члановима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете”.

неиспуњење уговорне обавезе, осим уколико је неиспуњење незнатно. Односно, у појам раскидног разлога спадало би свако потпуно неиспуњење, као и оно делимично неиспуњење које се не би могло оценити као незнатно<sup>71</sup>. Такође, неспорно је и да „није неопходна кумулација повреда свих обавеза да би конкретан уговор био раскинут”.<sup>72</sup>

Пре него што покушамо прецизније да одредимо који је обим неиспуњења довољан за раскид уговора, приметили бисмо да „олако” давање повериоцу права на раскид уговора има и добру страну. Наиме, не постоји јачи вид притиска на дужника да уредно и потпуно извршава своје обавезе. С друге стране, сваки уговорник се приликом закључења уговора нада да ће друга страна поштовати све уговорне одредбе. Када бисмо у тренутку закључења били свесни тога да дужник макар делимично неће испунити обавезу, вероватно понуду за закључење таквог уговора не бисмо ни прихватили. И поред тога, понављамо, тако широк круг раскидних разлога ипак није пожељан због могућности злоупотреба не само права на раскид, већ и самог института раскида (у случајевима када раскидног разлога и нема, а поверилац се ипак на њега позива). Такође, раскидом<sup>73</sup> се некада другој страни може нанети несразмерно већа штета него што је штета коју трпи уговору верна страна због повреде сауговорникове обавезе.<sup>74</sup>

Ипак сматрамо да одредбе нашег Закона у овој области не заслужују ништа већу критику од законских решења упоредног права. Наиме, сама чињеница прихватања вансудског система раскида ствара простор за критике. Оне, пак, иду у правцу могућности злоупотреба од повериоца, чиме управо долазимо до централног питања овог рада – неоснованих раскида

---

<sup>71</sup> Међутим, „незнатност” није одредница у одређивању појма раскидног разлога. Наиме, настојимо указати на то да у појам раскидног разлога не спада свако неизвршење веће од незнатног.

<sup>72</sup> Пресуда у случају Т-14/11 од 13. марта 2013. године.

<sup>73</sup> Та чињеница свакако не би требало да представља оправдање ни разлог за заштиту уговорника који неуредно извршава своје обавезе. Евентуално би је требало узети у обзир као околност када се оцењује да ли би у конкретном случају требало уговорнику (верном уговору) дати право на раскид.

<sup>74</sup> Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 93.



уговора. Осим могућности да своје право остваре, а сам раскид реализују само изјавом воље саопштене другој страни, вансудски систем даје повериоцу моћ да управо он оцењује испуњеност услова за раскид. Када би законске норме садржале јасне параметре испуњености услова за раскид у свакој конкретној ситуацији, и број неоснованих раскида био би знатно мањи. Појам раскидног разлога, то јест услова неопходних за настанак права на раскид, као што ћемо видети у наредним одељцима, формулисани су коришћењем правних стандарда, те на начин који нужно захтева испитивање може ли се конкретна ситуација подвести под поменуте појмове. Због такве неодређености законских норми, у светлу вансудског система раскида, те повериочевих широко постављених овлашћења, неспорно је да наш Закон заслужује критику. Али та критика се са истим аргументима може упутити и многим законским решењима упоредног права.

„Олако” давање повериоцима права на раскид такође бисмо довели у питање. Неспорно је да наш закон прописује да незнатно неиспуњење<sup>75</sup> не може бити раскидни разлог. Значи ли то, међутим, да свако неиспуњење које нема значај незнатног јесте раскидни разлог? Тешко да би се намера законодавца могла на тај начин протумачити. Одредба члана 131 Закона није настала с циљем прецизног одређивања појма раскидног разлога, те јој и не би требало давати толики значај. Она само из појма раскидног разлога искључује одређене ситуације, али тим сужавањем она никако не заокружује поље примене овог појма.

### *1.1.1 „Неиспуњење” као раскидни разлог у смислу Закона о облигационим односима*

Појам неиспуњења, схваћен у ширем смислу, обухватао би како ситуације потпуног неиспуњења, тако и случајеве непотпуног испуњења. Под потпуним неиспуњењем подразумевало би се потпуно уздржавање дужника од било каквих аката са циљем извршења обавеза, односно потпуни

---

<sup>75</sup> Члан 131 300.

изостанак уговорене престације. Другим речима, дужник није ни започео да извршава своју уговорну обавезу.<sup>76</sup>

Појам супротан потпуном неиспуњењу јесте потпуно испуњење, а у том случају, неспорно је, права на раскид нема. Дужник је „потпуно одговорио својој обавези тек онда када је обећану престацију пружио повериоцу под свима у уговору одређеним околностима”.<sup>77</sup>

Појам непотпуног испуњења обухватао би, пак, како делимично испуњење, тако и неуредно испуњење.<sup>78</sup>

Делимично неиспуњење<sup>79</sup> у ширем смислу одговарало би појму непотпуног испуњења и истовремено би обухватало свако неиспуњење које није потпуно, али опет, није ни такво да бисмо га могли подвести под појам незнатног<sup>80</sup> неиспуњења. Странка је, дакле, „извршила обавезу коју је на се уговором примила, али је није извршила сасвим онако како уговор гласи. Она је, истина, учинила ону престацију коју обавеза њена има за предмет, само је није учинила са потпуним поштовањем свих оних одредаба у уговору које се тичу самих околности извршења.”<sup>81</sup> Уколико, пак, раздвајамо појмове делимичног и неуредног испуњења, онда бисмо под делимичним испуњењем подразумевали делимично (не)испуњење у ужем смислу, то јест парцијално испуњење<sup>82</sup>. Ситуације у којима је испуњено нешто од дугованог, а у делу у којем је испуњено – уредно је испуњено (1. испуњене су неке, али не и све обавезе; 2. код дељивих облигација конкретна обавеза није испуњена у целости). Неуредно испуњење, пак, подразумевало би ситуације у којима је

---

<sup>76</sup> Из образложења решења Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 6802/2006 од 10. априла 2007. године.

<sup>77</sup> Ж. Перић, *О поништају уговора због неизвршења*, студија из приватнога права, Београд 1903, стр. 32.

<sup>78</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de Droit civil, Obligations*, tome II, D'après le traité de Planiol, Paris 1957, стр. 286–287.

<sup>79</sup> Вид.: Перовић С., *Извршење уговорних обавеза и одговорност за неизвршење*, зборник радова са саветовања правника Будвански правнички дани, Будва 2008, стр. 9.

<sup>80</sup> Члан 131 300.

<sup>81</sup> Ж. Перић, *О поништају уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 32.

<sup>82</sup> *Ibid.*, стр. 33–34.

дошло до испуњења, али је у питању испуњење које није у складу са садржином уговора: са испуњењем се задоцнило, обавеза је испуњена на другом, а не на уговореном месту, обавеза није испуњена на начин предвиђен уговором.<sup>83</sup> Чини се да се такво схватање може применити на наш ЗОО.

Наиме, имајући у виду члан 124 ЗОО, неспорно је да из потпуног дужниковог неиспуњења<sup>84</sup> обавезе настаје за повериоца право на раскид уговора.<sup>85</sup>

С друге стране, законодавац не прецизира који вид делимичног неиспуњења<sup>86</sup> ствара за уговору верну страну право на раскид, а који се, пак, подводи под „незнатно неиспуњење”.<sup>87</sup> Такође, може се поставити питање да

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, стр. 33.

<sup>84</sup> Да ли је потпуно неиспуњење разлог за раскид уговора због неизвршења, питање је које је и данас отворено, пођемо ли од параграфа 553 Српског грађанског законика. Према параграфу 553 Српског грађанског законика, „ако једна страна закључени уговор истина испуни, али не сасвим онако, као што уговор гласи, или не у одређено време, или не на свом месту, и уреченим начином; онда друга страна нема права зато одустати од уговора, него има право захтевати, да се тачно уговор испуни, и за оштећење накнада учинити”. Потпуно неиспуњење Законик не помиње, али би било простора закључку да оно ипак представља разлог за раскид, јер уколико законодавац наглашава да делимично неиспуњење не може бити разлог за раскид, то би могло значити да потпуно неизвршење то може бити. С друге стране, параграф 656 Законика даје могућност продавцу да, у случају да купац не исплати цену, „поквари продају”. Тај параграф је уводио додатну неизвесност јер се продавцу (не и купцу!) даје могућност да раскине уговор у случају да купац своју обавезу потпуно не испуни. Стога, уколико је параграф 553 дозвољавао раскид због потпуног неиспуњења, зашто је онда било потребе за параграфом 656? Више о праву на раскид због неизвршења по Српском грађанском законнику видети код: Ж. Перић, *О уговору о продаји и куповини*, Београд 1986, стр. 528–530; С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 495–496. Упор. то са ставом Ж. Перића, *О поништају уговора због неизвршења, op. cit.*, стр. 47: „...у нашем приватном праву, уговор не може бити раскинут због неизвршења, без обзира на то да ли уговор није, од стране кривога уговарача, никако или није само у нечему извршен. Све што по параграфу 553 може да предузме у таквом случају заинтересовани појединац, то је да тражи извршење уговора и накнаду штете.”

<sup>85</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Крагујевац 1980, стр. 247.

<sup>86</sup> Вид. нпр. Пресуду Окружног суда у Нишу, Гж. 4332/07 од 13. новембра 2007. године, Избор судске праксе, бр. 5, Београд мај 2008, стр. 52: „Код чињенице да је тужени према уговореном послу већ извршио посао у обиму од 75%, а у односу на примљену суму новца од 100%, при чему је некавалитет изведених радова у проценту 5%, нема места раскиду уговора...”

<sup>87</sup> Професор Перовић се у свом уџбенику позива на решење Немачког грађанског законика, у којем се наводи да право на раскид због делимичног неизвршења настаје само онда када поверилац нема интерес за делимичним извршењем, те сматра да критеријум мора бити испуњеност или осујећеност циља уговора. Професор Антић у свом уџбенику решење тражи на пољу каузе као објективног критеријума којем мора бити подвргнут обим неиспуњења. Поједини аутори, опет, указују на то да ће, у случају делимичног испуњења дељивих

ли делимично неиспуњење оправдава пропаст уговора у целини или оно може да узрокује само делимичан раскид, то јест „цепање уговора у два правно самостална дела“?<sup>88</sup>

У сваком случају, одредбу члана 131 300 требало би тумачити у „ширем (екстензивнијем) смислу“, те неиспуњење „незнатног дела обавезе“<sup>89</sup> не треба схватати само у смислу количине, већ треба дозволити могућност раскида и у случају када је обавеза испуњена у знатном делу, али је испуњење, а тиме и цео уговор, изгубио сврху.<sup>90</sup>

Комплексност дефинисања појма делимичног испуњења као евентуалног раскидног разлога произлази из чињенице о којој смо већ писали. Наиме, у 300 постоји неодређеност појма раскидног разлога, која постаје још озбиљнија у светлу вансудског система раскида. Осим ситуација потпуног неиспуњења, као неспорног раскидног разлога, и ситуација незнатног неиспуњења, које не могу угрозити стабилност уговора, јавља се широко поље уговорних ситуација које подводимо под појам делимичног (не)испуњења. Делимичност у испуњењу неће увек оправдати раскид уговора. Када ће се делимично испуњење ипак сматрати довољним да учини основаном изјаву о раскиду, питање је које се процењује у сваком конкретном случају.<sup>91</sup> Полазни критеријум свакако би требало да буде циљ

---

облигација, право на раскид постојати само ако је конкретно делимично испуњење било противно сврси уговора (код недељивих облигација питање делимичног испуњења се и не поставља, односно ту би право на раскид било неспорно).

<sup>88</sup> В. Водинелић, *Делимични раскид уговора због делимичног неиспуњења облигације*, *op. cit.*, стр. 24.

<sup>89</sup> У тумачењу члана 131 300 може нам помоћи и члан 1455 *Codice Civile*, у којем је прописано да до раскида уговора не може доћи у случају да је повреда уговора мањег значаја, а гледано из угла интереса стране верне уговору. Више о томе вид.: Sacco R., De Nova G., *Trattato di Diritto Civile, Il Contratto*, Torino 1993, стр. 599-601.

<sup>90</sup> В. Горенц, *Закон о обвезним односима с коментаром*, Загреб 1998, стр. 175.

<sup>91</sup> Као пример издвајамо четири члана 300 који управо делимичном испуњењу дају значај раскидног разлога. Чланом 459 ставом 2 Закона прописано је да у случају делимичне пропасти ствари (у тренутку закључења уговора) купац може раскинути уговор... док ставом 3 законодавац ипак смањује број ситуација које имају значај раскидног разлога, истичући да уговор ипак не може бити раскинут уколико делимична пропаст ствари „не смета постизању сврхе уговора...“.

(сврха) који су уговорници имали у виду приликом стварања спорног уговорног односа.<sup>92</sup>

Које год становиште прихватили, у конкретном случају може бити спорно да ли има разлога (услова) за раскид или не. Поверилац може сматрати да су испуњени услови за раскид, те да је његова изјава воље имала раскидно дејство и уговор укинула као чињеницу, дужник пак може сматрати да делимично извршење није могло осујетити интересе повериоца, да представља значајну корист за њега, односно да је „делимично испуњење задржало сразмеру уговорне једначине”<sup>93</sup>, те да уговор и даље постоји.

### 1.1.2 „Доцња” као раскидни разлог у смислу Закона о облигационим односима

Поједини аутори сматрају да би се код фиксних уговора у случају неиспуњења у року радило о потпуном неиспуњењу, а да би код нефиксних уговора, у истој ситуацији наступило само делимично неиспуњење.<sup>94</sup> Тај став би требало схватити у смислу да у случају фиксних уговора доцња, по правилу, и не наступа. Наиме, у случају фиксних уговора, уколико поверилац не одржи исти на снази, доцња неће ни наступити јер се уговор раскида по сили закона истеком рока за испуњење.<sup>95</sup> Овде, дакле, и нема доцње, већ

---

Чланом 495 ставом 2 гарантовано је право купца да раскине уговор услед потпуне или делимичне пропасти ствари или оштећења „услед недостатка који оправдава раскидање уговора...”.

Чланом 598 ставом 2 законодавац регулише ситуацију делимичног уништења или оштећења ствари, дајући јој карактер раскидног разлога, а закупцу и право избора, у смислу „останка и даље у закупу и захтевања одговарајућег снижења закупнине”.

Вид. члан 81 став 2 у којем стоји: „Ако поверилац раскине уговор и врати оно што је примио као делимично испуњење...”.

<sup>92</sup> Вид. нпр. члан 459 став 3 ЗОУО који указује на неопходност да делимично испуњење мора „сметати постизању сврхе уговора” да би имало значај раскидног разлога, као и члан 137 став 2 по којем „друга страна може раскинути уговор ако делимично испуњење не одговара њеним потребама...”. Вид. и члан 310 Закона који носи назив „Делимично испуњење”, те ставом 1 гарантује право повериоцу да одбије пријем делимичног испуњења.

<sup>93</sup> В. Горенц, *op. cit.*, стр. 403.

<sup>94</sup> Вид. о овоме код: G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 287.

<sup>95</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 389.

неиспуњење у року представља коначно неиспуњење као разлог за престанак постојања уговора.<sup>96</sup>

Сличне су и ситуације које представљају разлог за тзв. преурањени раскид (могуће је раскинути уговор не само без остављања накнадног, већ и пре истека рока за испуњење).<sup>97</sup> Упркос томе што доцња постоји и у току трајања накнадног рока, у тим ситуацијама доцња поново неће наступити, због тога што ће уговор бити раскинут баш у оном тренутку<sup>98</sup> када би доцња требало да наступи<sup>99</sup>, а некада чак и раније<sup>100</sup>.

Дакле, у ситуацијама када фиксни уговори нису испуњени у року, као и у ситуацијама у којима долази до тзв. преурањеног раскида (*anticipatory breach*), доцња по самој природи ствари неће ни наступити. Међутим, сама чињеница неиспуњења у року, у првом случају, односно очигледност да дужник своју обавезу неће испунити у року за испуњење (или у накнадно остављеном року), у другом случају, јесте довољан разлог за наступање раскида по сили закона (код нефиксних уговора), односно за настанак права на раскид (у случају преурањених раскида). Стога, доцња као раскидни разлог у тим ситуацијама не би ни постојала, већ би оба случаја била обухваћена појмом коначног неиспуњења као раскидног разлога.

Ипак, неспорно је да доцњу<sup>101</sup> законодавац сматра раскидним разлогом (објаснићемо у наредним одељцима у којем контексту овакав став

---

<sup>96</sup> О аутоматским раскидима писали смо у другом одељку, првој глави, првог дела рада.

<sup>97</sup> Чл. 127 и 128 ЗОО. О тзв. преурањеним раскидима писали смо у трећем делу рада у делу о тзв. неоснованим раскидима, када смо говорили о идеји да се у одређеним ситуацијама неоснована раскидна изјава може сматрати разлогом за преурањени раскид (*anticipatory breach*).

<sup>98</sup> То би био тренутак у којем истиче рок за испуњење и у којем би евентуално дужнику требало дати накнадни рок и одредити дужину његовог трајања.

<sup>99</sup> Члан 127 ЗОО.

<sup>100</sup> Члан 128 ЗОО.

<sup>101</sup> Члан 125 ЗОО: „Кад испуњење обавеза у одређеном року представља битан састојак уговора, па дужник не испуни обавезу у том року, уговор се раскида по самом закону. Али, поверилац може одржати уговор на снази, ако по истеку рока, без одлагања, обавести дужника да захтева испуњење уговора. Кад је поверилац захтевао испуњење, па га није добио у разумном року, може изјавити да раскида уговор. Ова правила важе како у случају кад су уговорне стране предвиделе да ће се уговор сматрати раскинутим ако не буде

једино може бити сматран исправним). Ситуације о којима смо до сада писали представљају изузетке. Наиме, појам неизвршења/повреде уговора мора имати временску димензију. Отуда, када је реч о неизвршењу/неиспуњењу као раскидном разлогу, неспорно је да се као релевантан тренутак за утврђивање испуњености обавезе узима доспелост обавезе. Стога се подразумева да када говоримо о постојању раскидног разлога (и уопште о повреди уговора) мислимо на чињеницу да уговорна обавеза није (уредно) испуњена у року.

Најсажетија дефиниција доцње подразумевала би неиспуњење обавезе на време. Наш 300 полази од објективног појма доцња<sup>102</sup>, те као што не захтева постојање кривице на страни дужника као услов за раскид уговора, не захтева је ни за наступање доцње. Како смо се, међутим, приклонили ставу да кривица ипак улази у појам раскидног разлога, то значи да под раскидним разлогом подразумевамо субјективни појам доцње. Јер, уколико кривицом дужника није испуњена уговорна обавеза, то значи да је његовом кривицом наступила и доцња.

Да је доцња, по правилу, услов за раскид, потпуно је тачна констатација, али став да је раскид последица доцње не значи и да право на раскид наступа самим тренутком наступања доцње. И у току накнадног рока, дужник је у доцњи, али право на раскид настаје тек истеком накнадног рока.<sup>103</sup> Супротно, уколико изјава о раскиду уследи пре истека накнадног

---

испуњен у одређеном року, тако и онда кад је испуњење уговора у одређеном року битан састојак уговора по природи посла”.

Члан 126 300: „Кад испуњење обавезе у одређеном року није битни састојак уговора, дужник задржава право да и после истека рока испуни своју обавезу, а поверилац да захтева њено испуњење. Али, ако поверилац жели раскинути уговор, мора оставити дужнику накнадни рок за испуњење. Ако дужник не испуни обавезу у накнадном року, наступају исте последице као и у случају кад је рок битни састојак уговора”.

<sup>102</sup> Члан 324 300.

<sup>103</sup> У образложењу Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 796/98 од 3. марта 1998. године, РагагаГех, наводи се да „за штету због задоцњења са испуњењем обавезе одговара и дужник коме је поверилац дао примерени накнадни рок за испуњење”. Уколико, дакле, постоји право на накнаду штете настале у периоду током трајања накнадног примереног рока, полазна претпоставка за такав став лежи у чињеници да доцња постоји и у току накнадног рока.

рока или чак и ако поверилац не остави рок дужнику, дата изјава неће имати раскидно дејство.

Питањем да ли под доцњом подразумевамо испуњење или неиспуњење обавезе, тачније, да ли након „доцњења” ипак мора уследити испуњење, као и питањем разграничења појма доцње од појма коначног неиспуњења бавићемо се у наредним одељцима.

#### *1.1.2.1 Доцња као неблаговремено (али ипак) испуњење уговорне обавезе*

Појам доцње употребљава се у контексту задоцњења у извршењу уговорне обавезе.<sup>104</sup> Под доцњом би се, дакле, подразумевало неблаговремено испуњење, а појам доцње обухватао би оне ситуације када обавеза није испуњена о доспелости, али је испуњење ипак накнадно уследило. Зашто би се иначе говорило о доцњи у испуњењу?

Велики број аутора подржава изнето становиште у вези са појмом доцње, те о неиспуњењу обавезе на време говори као о делимичном испуњењу.<sup>105</sup> Дакле, под појмом доцње најчешће се подразумева само неиспуњење обавезе у року предвиђеном за испуњење<sup>106</sup>, то јест закаснило (али ипак) извршење уговорне обавезе,<sup>107</sup> без увођења у дефиницију доцње појмова могућности односно немогућности испуњења. Садржину појма доцње чине правне последице које се надовезују на кашњење дужника са испуњењем.<sup>108</sup> Исти став заузимају и аутори који раскидни разлог налазе у доцњи са испуњењем, с једне стране, у неизвршењу исплате<sup>109</sup>, с друге стране, као и они који престанак дужничке доцње везују за тренутак када дужник повериоцу понуди уредно испуњење обавезе, уз спремност да то и

---

<sup>104</sup> М. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, стр. 642.

<sup>105</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 256.

<sup>106</sup> С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 97.

<sup>107</sup> Г. Георгијевић, *Раскид уговора због неизвршења обавезе*, семинарски рад – последипломске студије, Београд 2003, стр. 4.

<sup>108</sup> О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 149.

<sup>109</sup> Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 254.



реализује.<sup>110</sup> Поменућемо и Јанковец, који коментаришући члан 262 став 2, у једном тренутку констатује „пошто је обавеза извршена...”. Тиме аутор подразумева да након доцње ипак следи испуњење, односно да у супротном нема више места доцњи.<sup>111</sup>

Под доцњом подразумевамо време које протекне између два тренутка: доспелости обавезе и њеног испуњења.<sup>112</sup> Из тога, дакле, произлази да доцња траје све до испуњења (или бар до понуде испуњења) обећане престације; јер, како бисмо другачије и могли утврдити колико се доцнило? На дужнику је тада да уз испуњење<sup>113</sup> испуни и акцесорну обавезу<sup>114</sup> на накнаду штете због задоцњења. Супротно, у случају коначног неиспуњења, настаје одговорност због неиспуњења, као одговорност за тежи вид повреде уговора. Тада се узима или да доцња као повреда уговора никада није ни постојала или да је од тренутка доспелости до тренутка коначног неиспуњења „лебдела” само као могућа повреда уговора.

Задоцњење је, стога, дефинисано радњом дужника који је задоцнелу обавезу извршио или радњом повериоца који је покренуо поступак који за крајњи исход може да има принудно извршење.<sup>115</sup> Док се у првом случају доцнило све до тренутка наступања испуњења, у другом случају се задоцњење протеже све до тренутка успешног окончања поступка, то јест до намирења повериоца. Уколико би се у другом случају „пресек” правило већ у

---

<sup>110</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 1073.

<sup>111</sup> И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд 1993, стр. 216.

<sup>112</sup> Д. Хибер, В. Павић, „*Contractual penalty clauses in recent Serbian arbitration practise*”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade Law Review*, 3/2013, стр. 72.

<sup>113</sup> У спору који се водио пред *ad hoc* арбитражом (пресуђено 1. априла 2013. године), пред арбитражом се нашао један, у најмању руку, занимљив захтев. Иако је реч о уговорној казни, а не накнади штете, идеја је иста, због чега ту пресуду и цитирамо на овом месту. Наиме, тужилац је у захтеву за арбитражу захтевао плаћање уговорне казне због задоцњења, али не и извршење. Отуда се пред арбитражом поставило питање начина утврђивања висине уговорне казне, у одсуству испуњења. Наиме, како утврдити колико се доцнило, уколико испуњење није уследило? Коментар цитиране одлуке вид. код: Д. Хибер, *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, зборник радова „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ”, Београд 2013, стр. 341–356.

<sup>114</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 1073.

<sup>115</sup> Д. Хибер, *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, *op. cit.*, стр. 347.

тренутку подношења захтева за покретање поступка принудног намирења, дошли бисмо у ситуацију да, у случају да испуњење поново изостане (инсолвентност дужника), усвајамо захтев за накнаду штете или евентуално уговорену казну због задоцњења. И даље, тиме бисмо повериоцу остављали могућност да накнадно захтева и накнаду штете због, сада већ извесног, коначног неиспуњења. Сматрамо да из исте правне ситуације поверилац не може остварити и право на накнаду штете због задоцњења и накнаду штете због неиспуњења.

На крају, цитирали бисмо аутора који је институту доцње посветио свој магистарски рад, који сматра да су и накнада штете због неиспуњења и накнада штете због задоцњења последице неиспуњења обавезе на време, то јест доцње: „Разлика постоји само у томе што је код накнаде штете због задоцњења испуњење ипак уследило, док се код накнаде штете због неиспуњења на доцњу надовезало коначно неиспуњење.”<sup>116</sup> У том смислу накнаду штете због неиспуњења дефинише и Canin. Она је по њему штета која је настала као последица не само кашњења у извршењу, већ и коначног неиспуњења.<sup>117</sup> Аутори полазе од претпоставке да је у случају одговорности због задоцњења, у крајњем, испуњење ипак наступило. У супротном се не би могло знати колико је доцнило испуњење, а самим тим ни колика је штета услед тога претрпљена.

#### *1.1.2.2 Однос доцње и коначног неиспуњења*

Уколико би, пак, након задоцњења уследило коначно неиспуњење, могли бисмо да говоримо о неиспуњењу као раскидном разлогу, а не више о задоцњењу. Задоцњење би у том случају било само „пређени пут” до наступања коначног неиспуњења као повреде уговора. Када наступи коначно неиспуњење, задоцњење постаје ирелевантно, узима се да је оно, од тренутка

---

<sup>116</sup> Д. Павић, *Дужничка доцња у испуњењу уговорне обавезе*, магистарски рад, Београд 1994., стр. 167.

<sup>117</sup> Р. Canin, *op. cit.*, стр. 78.

доспелости до тренутка коначног неиспуњења, „лебдело” само као могућа повреда уговора, која је у неком тренутку прерасла ипак у неиспуњење.

Неиспуњење би у сваком случају обухватало доцњу, јер чим дужник није испунио обавезу, подразумева се да је у једном периоду, док је још било неизвесно да ли ће испуњење уследити, и доцнио. Како би у том случају био одговоран за неиспуњење, свакако би тиме била искључена његова одговорност за задоцњење.

Дакле, ако наступи доцња, доцни се све до коначног неиспуњења, чиме доцња као раскидни разлог уступа место неиспуњењу као разлогу за раскид (и уопште, одговорност за задоцњење уступа место одговорности за неиспуњење);<sup>118</sup> у случају накнадног испуњења, и даље смо у оквиру примене правила о доцњи. Доцња би била само фаза неизвесности, ишчекивања извршења или наступања чињенице потпуног неизвршења.

Чини нам се да се често меша само наступање доцње и питање одговорности због задоцњења. Наступање доцње не мора нужно да значи и одговорност због задоцњења. Уколико након задоцњења постане јасно да до испуњења неће ни доћи, дужник неће одговарати због задоцњења, већ због неиспуњења (ако су испуњени и други услови). То не значи, опет, да појам доцње морамо схватати другачије од, чини нам се, општеприхваћеног схватања да је то неиспуњење обавезе о року. Питање је само да ли ће се одговорност дужника зауставити на доцњи или ће наступањем коначног неиспуњења њено место заузети одговорност дужника због неиспуњења.

Уколико наступи доцња, доцни се све до коначног неиспуњења, чиме одговорност за задоцњење уступа место одговорности за неиспуњење. У случају накнадног испуњења, пак, остајемо у оквиру примене правила о доцњи.

---

<sup>118</sup> Д. Павић, *op. cit.*, стр. 167.

У случају „неиспуњења” штити се повериочев интерес да се испуњење добије, а у случају „задоцњења” да се испуњење догоди до одређеног тренутка<sup>119</sup> (на време или са што краћим доцњењем).<sup>120</sup>

### *1.1.2.3 Када наступа коначно неиспуњење?*

#### *1.1.2.3.1 Немогућност испуњења као вид коначног неиспуњења*

Под коначним неиспуњењем подразумевали бисмо ситуацију када наступи немогућност испуњења. Немогућност испуњења<sup>121</sup> у нашем праву не може бити раскидни разлог. Поље примене института раскида и немогућности испуњења строго су одвојена. Отуда, у случају наступања немогућности испуњења конкретне обавезе, она престаје да постоји. С друге стране, раскидом уговора престаје да постоји целокупан уговорни однос (осим уколико није реч о делимичном раскиду уговора).

Међутим, неспорно је да се у случају немогућности испуњења конкретне обавезе не може више говорити о задоцњењу у њеном испуњењу. Разлога је у томе што појам доцње обухвата само ситуације у којима се доцни са испуњењем, упркос могућности испуњења. Стога о доцњи и говоримо као о једној фази неизвесности, фази ишчекивања испуњења. Супротно, када наступи немогућност, извесно је да до испуњења неће доћи јер конкретна обавеза више и не постоји.

#### *1.1.2.3.2 Престанак уговора као вид коначног неиспуњења*

Појам коначног неиспуњења обухвата и ситуације када уговор престане да постоји. Уговор престаје да постоји поништењем, раскидом, али и у ситуацијама које називамо аутоматским/законским или раскидима по

---

<sup>119</sup> Д. Хибер, В. Павић, *Contractual penalty clauses in recent Serbian arbitration practise, op. cit.*, стр. 72.

<sup>120</sup> Д. Хибер, *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе, op. cit.*, стр. 352.

<sup>121</sup> О појму и последицама немогућности испуњења вид.: И. Јанковец, *Видови и последице немогућности испуњења уговорне обавезе*, Београд 1982.

самом праву. Како су у питању начини престанка постојања уговора као извора свих права и обавеза насталих закључењем истог уговора, то се и не може више говорити о доцњи у испуњењу, јер је извесно да до испуњења неће доћи.

О коначном неиспуњењу могло би се говорити чак и у ситуацији када поверилац, упркос постојању раскидног разлога, није остварио своје право на раскид уговора. Наиме, протеком накнадног рока, у случају када дужник обавезу није извршио, наступило би коначно неиспуњење, те би поверилац, уз одржавање уговора на снази, могао да захтева накнаду штете због неиспуњења. У том тренутку, неспорно је да би право да се захтева извршење престало.

#### *1.1.2.3.3 Одбијање задоцнелог испуњења као вид коначног неиспуњења*

Сматрамо да би се о коначном неиспуњењу могло говорити у још једној ситуацији. Наиме, утврдили смо да након наступања доцње може доћи и до испуњења, али и до коначног неиспуњења. Логично, у другом случају нећемо више говорити о доцњи, већ о неиспуњењу, схваћеном у смислу потпуног неиспуњења, док би доцња остала на нивоу једног вида делимичног неиспуњења које је као такво постојало само до тренутка када је постало извесно да испуњење неће уследити. У том смислу о доцњи је писао и Лазар Марковић: „...задоцнелост сама по себи не одузима право дужнику да накнадно изврши дуговану чинидбу. У већини случајева ствар се свршава на томе да дужник накнадно испуни чинидбу... међутим, може се десити да због задоцнелости чинидба нема више интереса за повериоца. У таквом случају поверилац има право да одбије пријем чинидбе после рока и да тражи накнаду штете која му је проузрокована због целокупног неизвршења уговора. Поверилац може, ако му то више одговара, уопште одустати од уговора и тиме се ослободити и својих обавеза из уговора... право на накнаду евентуално настале штете остаје.”<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Л. Марковић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 121.

Л. Марковић отвара ново питање, које је само једна од последица наступања доцње: да ли и српско право дозвољава да, у случају задоцњења, поверилац који је изгубио интерес за пријем задоцнеле престације, одустане од ње, тражећи накнаду штете због неиспуњења конкретне обавезе, али истовремено и одржи уговор на снази јер му је у интересу да дужник изврши и друге обећане престације (уколико оне постоје)? Друга поменута могућност, то јест право на раскид уговора, неспорна је за повериоца.

Сматрамо да би могућност одбијања пријема задоцнелог испуњења уз одржавање уговора на снази морала наћи место уз остала правна средства која су на располагању повериоцу чији је дужник повредио уговорну дисциплину, односно као алтернатива праву повериоца да раскине уговор с једне стране, односно праву повериоца да захтева од дужника извршење конкретне обавезе, односно да прими понуђено задоцнело испуњење. На тај начин, поверилац своје интересе не би остварио раскидом уговора нити његовим потпуним извршењем, већ тиме што би остао у уговору и наплатио накнаду штете због неиспуњења конкретне престације. Конкретна повреда уговора представљала би неиспуњење, а не задоцњење, чиме се враћамо на почетну идеју да је дужник у доцњи само док коначно не испуни обавезу, а уколико наступи коначно неиспуњење, нема доцње као повреде уговора, већ постоји неиспуњење у ужем смислу.

#### *1.1.2.3.4 Изостанак испуњења и након поступка принудног извршења*

Дужникова инсолвентност онемогућиће повериочево намирење у поступку принудног намирења. У питању је можда и најнеспорнији вид коначног неиспуњења као раскидног разлога. Специфичност тог вида неиспуњења јесте у томе што у том случају поверилац неће остварити ни право на накнаду штете настале неиспуњењем, такође због дужникове инсолвентности.

#### 1.1.2.4 Права повериоца у случају коначног неиспуњења

Осим немогућности испуњења и престанка постојања уговора, под коначним неиспуњењем подразумевамо и ситуацију одбијања пријема задоцнеле престације, због тога што услед задоцњења поверилац за истом више нема интереса, као и коначно неиспуњење настало након неуспешног окончања поступка принудног намирења.

Закључујемо да у случају задоцњења у испуњењу, поверилац има пред собом три могућности. Прва је да захтева испуњење упркос задоцњењу и да након пријема испуњења позове дужника на одговорност због задоцњења. То може бити у виду обавезе дужника да накнади штету насталу задоцњењем, обавезе на исплату евентуално уговорене уговорне казне због задоцњења... Међутим, не би требало од повериоца захтевати да одмах по доспелости тражи испуњење јер је „његово право и легитиман интерес да чека”.<sup>123</sup> Поверилац, дакле, није дужан да под претњом преклузије одмах по доспелости тражи испуњење, иако је на то стекао право.<sup>124</sup>

Друга могућност је да услед задоцњења у испуњењу раскине уговор и тиме неиспуњење учини коначним. То је могуће јер задоцњење јесте раскидни разлог. Уз право на раскид, поверилац би имао право и на накнаду штете насталу услед неиспуњења, као и на наплату евентуално уговорене уговорне казне за случај неиспуњења...

Трећа могућност је да поверилац не раскине уговор, али одбије пријем задоцнелог испуњења. Разлог такве повериочеве одлуке био би у изгубљеном интересу за пријем испуњења услед задоцњења, али и неспорном интересу да уговор и даље остане на снази. И у том случају, упркос томе што је уговор остао на снази и упркос чињеници да је, иако са закашњењем, повериоцу понуђено испуњење обавезе, он ће имати право на накнаду штете због неиспуњења. Разлог је у томе што тренутак одбијања пријема задоцнеле престације јесте тренутак наступања коначног

---

<sup>123</sup> Д. Хибер, *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, *op. cit.*, стр. 348.

<sup>124</sup> *Ibid.*

неиспуњења. Како поверилац има право да захтева да испуњење потпуно одговара садржини уговора, неспорно је његово право да неуредно (у овом случају задоцнело) испуњење одбије. Такође је неспорна и могућност да поверилац своје право на раскид уговора не оствари, упркос постојању раскидног разлога. Стога сматрамо да се под трећу могућност коначног неиспуњења с правом може подвести ситуација одбијања пријема задоцнелог испуњења, без остваривања права на раскид.

Разлика између прве две ситуације коначног неиспуњења и ситуације одбијања пријема задоцнелог испуњења постоји. Она лежи у томе што у случају немогућности испуњења и престанка постојања уговора обавеза на конкретно испуњење више не постоји, било само конкретна уговорна обавеза (у случају немогућности), било читав уговор, а посредно и дата обавеза (у случају престанка постојања уговора). У трећем случају, обавеза није престала, али њено испуњење више нема сврху, посматрано из угла повериоца.

Вратимо се сада појму раскидног разлога у смислу 300. Неспорно је да се право на раскид уговора стиче у случају задоцњења и неиспуњења (било потпуног, било делимичног<sup>125</sup>). Међутим, само задоцњење је ипак привременог карактера. Оно ће у крајњем или довести до испуњења или до коначног неиспуњења. Уколико наступи испуњење и поверилац га прими, разлог за раскид не постоји<sup>126</sup>. У супротном, ако поверилац одбије пријем задоцнелог испуњења, оно се претвара у коначно неиспуњење, а самим тим и неспоран разлог за раскид.

Дакле, из тога произлази да појам раскидног разлога обухвата одбијање пријема задоцнелог испуњења и коначно неиспуњење (настало

---

<sup>125</sup> Под делимичним неиспуњењем подразумевамо и парцијално испуњење и неуредно испуњење.

<sup>126</sup> У том смислу се у Пресуди *Ad hoc* арбитраже са седиштем у Београду од 16. јануара 2014. године, наводи да задоцњење у испуњењу и није раскидни разлог, а управо из разлога што се у конкретном случају има у виду само примљено, од повериоца, задоцнело испуњење. Наиме, у пресуди се наводи да, како су сатужиоци у завршном поднеску потврдили да су примили задоцнело испуњење, искључена је могућност раскида уговора, али да задоцњење може довести до других правних последица (од плаћања затезне камате до накнаде штете).



престанком уговора, наступањем накнадне немогућности испуњења, немогућношћу намирења повериоца услед инсолвентности дужника). Другим речима, под појмом раскидног разлога подразумевамо коначно неиспуњење.

Појам коначног неиспуњења, опет, обухвата и потпуно и делимично испуњење. Делимично испуњење се односи како на парцијална, тако и на неуредна испуњења. Неуредно испуњење може бити, на пример, испуњење на месту другачијем од уговореног, предаја ствари са недостатком, чинидба извршена на начин другачији од уговореног... али не и задоцнело испуњење.

#### 1.1.2.5 Да ли је појам доцње могуће другачије схватити?

Да ли заиста дефиниција доцње цитирана у претходном поглављу „да стање задоцнелости настаје када дужник о року не изврши дуговану чинидбу”<sup>127</sup>, може бити схваћена само у смислу да ће дужник у доцњи ипак, у крајњем, испунити дуговану престајацију?

Поједини аутори скрећу пажњу на различите могућности схватања појма доцње и његовог разграничења од неиспуњења у ужем смислу, то јест коначног неиспуњења.<sup>128</sup> Оправдање налазе и у значењима појединих чланова 300, те довођењу у везу института неиспуњења са институтом немогућности испуњења. Тако и француско и немачко право разликују закашњење дужника са извршењем, с једне стране, и немогућност извршења за коју је одговоран дужник, с друге стране.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Л. Марковић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 115.

<sup>128</sup> Више о томе вид. код: Д. Павић, *op. cit.*, стр. 22. Аутор у свом раду наводи сва схватања појма доцње заступљена у нашој и упоредноправној литератури и сврстава их у три групе. Имајући у виду прецизност и свеобухватност подела начињених у раду поменутог аутора, сматрамо целисходним да на овом месту цитирамо делове из магистарског рада Д. Павића. Прва група аутора под доцњом подразумева „све случајеве неиспуњења обавезе на време кад је испуњење у том тренутку било објективно могуће... ако је било немогуће радиће се о коначном неиспуњењу”. Друго решење „под доцњом подразумева оне случајеве неиспуњења на време, када је испуњење, иако са закашњењем, ипак уследило”. Трећа група аутора као доцњу схвата „све случајеве неблагоприятног испуњења”.

<sup>129</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, A comparative account*, Oxford 1988, стр. 129.

Према том схватању, доцња обухвата све оне случајеве неиспуњења обавезе на време када је испуњење у тренутку њеног наступања било могуће; у супротном, уколико је било немогуће, то би било „неиспуњење у ужем смислу”, то јест коначно неиспуњење.<sup>130</sup>

Међутим, сматрамо да такав став заслужује критике. Прво, до коначног неиспуњења не долази само у случају немогућности испуњења, већ и у случају престанка постојања уговора раскидом. Друго, неспорно је да све док је могуће извршити обавезу, има места примени појма доцње, односно да доцња у случају немогућности испуњења не би ни наступила, те сматрамо да тај услов и не би требало да буде садржан у дефиницији појма доцње. Треће, уколико је могуће извршити обавезу, али дужник је ипак не изврши након наступања доцње, наступило је коначно неиспуњење. Отуда појам доцње не би требало тако широко схватити; она не би требало да обухвата баш све ситуације када обавеза није благовремено извршена, иако је то било могуће. Наиме, након доцње може уследити тежи облик повреде уговора од саме доцње, то јест коначно неиспуњење, а све то упркос могућности да се обавеза изврши. Повериоцу би тада поново био на располагању захтев за накнаду штете због неиспуњења, а не задоцњења у испуњењу.

Дакле, ако је испуњење обавезе још увек могуће, а повериоцу је у интересу да уговор остане на снази, уз захтев за испуњењем обавезе поднеће и захтев за накнаду штете због задоцњења. Међутим, алтернатива је раскид уговора, чиме престају све обавезе настале уговором, уз могућност повериоца да поднесе захтев за накнаду штете због неиспуњења, као и могућност да одбије пријем закаснеле престације, уз подношење захтева за накнаду штете због неиспуњења (у том случају уговор може и остати на снази). С друге стране, ако наступи немогућност испуњења за коју је дужник одговоран, поверилац не може захтевати ни испуњење обавезе, јер је она престала, ни раскид, јер то излази из поља примене института раскида, а ни накнаду штете због задоцњења, јер нема доцње, већ је реч о неиспуњењу.

---

<sup>130</sup> *Ibid.*, стр. 22.

Повериоцу је тада на располагању само захтев за накнаду штете због неиспуњења.

Чини се да није толико битно доћи до сагласности поводом значења појединих термина. Далеко је важније установити одређена правила за правне последице које произлазе из појединих ситуација.

Тако би институт доцње требало примењивати онда када обавеза о доспелости није извршена, а било ју је могуће извршити. Јер, уколико није, примењујемо правила којима се уређује питање немогућности испуњења.<sup>131</sup> Даље, то што би испуњење било могуће у тренутку доспелости може довести до два различита сценарија. Један је испуњење – чиме и даље остајемо у оквиру примене правила о доцњи, а други – коначно неиспуњење (престанком уговора, немогућношћу извршења, одбијањем пријема задоцнелог испуњења или, пак, одсуством испуњења услед неуспешног окончања поступка принудног намирења – инсолвентност дужника). Последњи корак је да се утврди да ли ће као санкција за неиспуњење наступити уговорна одговорност дужника или не, али то питање је изван оквира појма доцње.

Закључили бисмо да се та два схватања појма доцње супротстављају једно другом само на први поглед. Јер, чак и прво становиште, које у дефиницији доцње не поставља питање могућности или немогућности испуњења, полази од претпоставке да доцња и не може наступити у случају да у тренутку када је обавезу требало испунити то није било објективно могуће.<sup>132</sup> С друге стране, и схватање да дефиниција доцње мора да обухвата могућност испуњења не доводи у питање претпоставку да ће испуњење у крајњем ипак уследити. Отуда и одговор на питање којим смо и почели овај

---

<sup>131</sup> Следећи корак у овом случају било би утврђивање одговорности дужника за немогућност испуњења, а у вези са тим и евентуални настанак обавезе на накнаду штете због неиспуњења, која такође може подлећи правилима о доцњи у случају неблаговремене исплате.

<sup>132</sup> Тако и Љ. Милошевић дефинише доцњу као задоцњење у извршењу обавезе, подразумевајући притом да се не може говорити о доцњи уколико је обавезу немогуће извршити. Вид.: Љ Милошевић, *op. cit.*, стр. 239.

одељак мора бити потврдан. У крајњем, разлике нестају, а појам доцње се коначно употпуњује испитивањем њених последица.

## 1.2 Кривица дужника као услов за настанак права на једностранни раскид уговора због неизвршења у српском праву

Када је неизвршење таквог обима и значаја да представља раскидни разлог, поставља се питање да ли је право повериоца на раскид условљено кривицом дужника за конкретно неизвршење или право на раскид настаје без обзира на кривицу.<sup>133</sup> Ако би кривица била неопходан услов за настанак права на раскид, она би ушла у појам раскидног разлога, под којим би се, у том случају, подразумевало дужничково скривљено неизвршење обавезе. На то питање постоје различити одговори, због чега смо у претходним одељцима писали о појму раскидних разлога и бавили се само питањем природе неизвршења уговорне обавезе, јер је једини неспоран елемент раскидног разлога управо неизвршење, док се о кривици може расправљати.

Такође, неопходно је разликовати услове за настанак права на раскид и услове за раскид уговора јер у ове друге спада и сам поступак реализације раскида (поступак остваривања права на раскид), којем ћемо посветити посебан одељак тезе, у којем ћемо о њему расправљати у светлу предности и мана судског и вансудског модела раскида.

Питање кривице као услова за раскид не би требало мешати са кривицом као условом за накнаду штете настале повредом уговора. Тиме ћемо се бавити у другом и трећем делу рада. Неопходно је већ сада нагласити да штета не настаје као последица раскида, већ као последица неиспуњења или неуредног испуњења уговорне обавезе. Некада ће настати право на накнаду штете услед делимичног неизвршења, али то исто неизвршење неће бити таквог значаја да би представљало раскидни разлог и да би из њега

---

<sup>133</sup> Проблем на истоветан начин поставља и Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 195.

настало право на раскид. Због тога ћемо одвојено посматрати услове за настанак права на раскид и услове за настанак права на накнаду штете.

Међутим, ако је дужник крив за неизвршење, односно неуредно извршење, онда је крив и за штету насталу неизвршењем односно неуредним извршењем обавезе јер неизвршење и штета чине узрочно-последични ланац. Дакле, када постоји скривљено неизвршење (под условом да оно има значај раскидног разлога), неспорно је да има услова за раскид и да постоји одговорност за накнаду штете (под условом да је штета настала као последица конкретног неизвршења).

У случају нескривљеног неизвршења, неспорно је да нема одговорности за накнаду штете (осим ако није реч о објективној одговорности), а да ли ће, с друге стране, уговор сигурно остати на снази или ће настати право за повериоца да га раскине, зависиће од опредељења конкретне правне система.

### *1.2.1 Значај кривице за раскид уговора у српском праву*

И даље нас, међутим, интересује одређивање појма раскидног разлога, конкретно кривице као евентуалног елемента раскидног разлога, односно евентуалног услова за настанак права на раскид уговора. На то питање је могуће дати потпуно различите одговоре.

1. У члану 124 ЗОП настанак права на раскид уговора условљава се неизвршењем обавезе. Ни на једном месту законодавац не захтева скривљено неизвршење обавезе. Међутим, већина наших правних писаца слаже се да се под разлогом за раскид подразумева скривљено неизвршење обавезе у року, односно доцња у субјективном смислу: „Да би се могао захтевати раскид уговора због неиспуњења потребно је установити скривљено неиспуњење обавезе”;<sup>134</sup> „Неиспуњење уговорене престације... које отвара могућност раскида, мора бити скривљено”;<sup>135</sup> „Тражи се, дакле,

---

<sup>134</sup> С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 504.

<sup>135</sup> О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 436.

кривица дужника за неиспуњење обавезе”;<sup>136</sup> „Дужник није спречен да изврши уговор дејстом више силе већ он то чини својом вољом”;<sup>137</sup> „...дужник мора бити крив што није испунио уговор”<sup>138</sup>... То би даље значило да свака повреда уговора која се не би могла приписати дужниковој кривици не би била раскидни разлог, те из ње не би ни настало право на раскид. Због тога свако неизвршење обавезе, нескривљено од обавезаног, остаје изван поља примене института раскида.

2. Други аутори у одговору на то питање инсистирају на законском тексту, те подсећају на садржину члана 124 ЗО, у којем се не помиње кривица, као и на то да се кривица не наводи као услов за раскид у било којем другом члану тог закона. За раскид уговора због неизвршења довољан је сам „факат неиспуњења.”<sup>139</sup> Сматрамо да сâм текст закона не може да буде кључни критеријум. Наиме, пођемо ли од језичког тумачења члана 124, могли бисмо да закључимо да кривица није неопходан услов ни за стицање права на накнаду штете, што се не доводи у питање.

Други разлог ови аутори виде у подели уговора на фиксне и нефиксне, па истичу да се ни за раскид фиксних уговора не захтева кривица дужника за неиспуњење, већ сама чињеница неиспуњења у одређеном временском периоду.<sup>140</sup> Међутим, у случају фиксних уговора није реч о класичном раскиду уговора, већ о престанку уговора *ipso facto*. Већ смо писали о томе да су аутоматски раскиди у супротности са појмом раскида уговора, јер би раскид увек требало да се остварује изјавом воље. Сматрамо да би у случају неиспуњења фиксних уговора требало говорити о посебном виду престанка уговора.

---

<sup>136</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 257.

<sup>137</sup> Љ. Милошевић, *op. cit.*, стр. 150.

<sup>138</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 1983.

<sup>139</sup> С. Сворцан, *Значај кривице дужника при неиспуњењу или неуредном испуњењу обавеза у регулисању раскида уговора због неиспуњења*, *Наша законитост*, бр. 5, Загреб 1988, стр. 580.

<sup>140</sup> С. Јакшић, *Облигационо право*, општи део, Сарајево 1953.

Трећи разлог би био у потреби додатне заштите која би се пружила повериоцу, у смислу да је за њега ирелевантан разлог неизвршења. Чињеницу изневерених очекивања тешко ће ублажити, а још мање оправдати непостојање кривице на страни дужника. Међутим, условљавање права на раскид постојањем кривице на страни дужника не значи да ће поверилац остати незаштићен. Изван поља примене института једностраног раскида постоје и други видови престанка уговора.

3. Поједини аутори приклањају се ставу да кривица није услов за стицање права на раскид, али то посматрају из сасвим другог угла. Настоје, наиме, да укажу на то да се увек полази од одређене претпоставке, а да се питање да ли је кривица неопходан услов за раскид или не, поставља тек након што се та претпоставка обори. Полазе од тога да се поверилац користи претпоставком кривице дужника. Дужник се, пак, обарањем претпоставке, само ослобађа обавезе накнаде штете, али то не може утицати „на судбину уговора у смислу његовог престанка”.<sup>141</sup>

4. Поједини аутори полазе од тога да кривица није услов за раскид уговора, али истичу да је „тешко замислити ситуацију у којој дужник, који се понашао са потребном пажњом у промету и који је преузео све да спречи, избегне или отклони околности које га ометају у испуњењу обавезе, не би успео да испуни обавезу ни у накнадном року”.<sup>142</sup>

Сматрамо да би требало поћи од тога да дужник који није извршио своју обавезу јесте крив за њено неизвршење.<sup>143</sup> Кривица се, дакле, претпоставља. Подразумева се да се конкретно неизвршење приписује дужниковој кривици.<sup>144</sup> Јер, уколико је извршење обавезе било могуће, а дужник је предузео све да до извршења дође (није крив за неизвршење), како би уопште била могућа ситуација нескривљеног неиспуњења?

---

<sup>141</sup> Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе*, *op. cit.*, стр. 197.

<sup>142</sup> Д. Павић, *op. cit.*, стр. 155.

<sup>143</sup> О неопходности да се одвоје ситуације скривљеног неизвршења (које би требало сматрати разлозима за раскид) од ситуација када је извршење изостало услед више силе вид. код: Н. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Paris 1978, стр. 1108.

<sup>144</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 290–294.

Тек када би претпоставка кривице била оборена, поставило би се питање разлога због којег дужник није испунио своју обавезу. По нама, тада бисмо били на пољу немогућности испуњења обавеза, што у нашем праву не може никада бити разлог за раскид уговора, с обзиром на одвојена поља примене института раскида и немогућности испуњења уговора.

### 1.3 Закључна разматрања

Раскид уговора због неизвршења обухвата само оне ситуације у којима је извршење обавезе могуће, није чак ни отежано у смислу промењених околности, али дужник обавезу није извршио, односно разлог за раскид представља скривљено неизвршење обавезе.

Кривица дужника се не доказује, она се претпоставља. Само дужниково неизвршење обавезе рађа претпоставку да је реч о скривљеном неизвршењу. На дужнику је да доказује да није крив за конкретну повреду уговора. Чланови 300 који уређују раскид уговора због неизвршења не садрже одредбу која би прописивала околности које се морају доказати да би се оборила претпоставка дужникове кривице. То не би требало да нас чуди будући да 300 кривицу као услов и не захтева. Чини се да бисмо се на овом месту могли позвати једино на члан 263 300<sup>145</sup> којим се прописују околности за ослобођење од одговорности, иако се тај члан налази у одсеку „Право на накнаду штете”, те прописује могућност за ослобођење од одговорности за накнаду штете.

Изван оквира примене института раскида уговора због неизвршења остају ситуације отежаног испуњења обавеза из уговора (раскид због промењених околности), престанак уговора услед немогућности извршења, као и посебни видови престанка уговора наступањем одређених чињеница.

---

<sup>145</sup> Формулација члан 263 300 је, међутим, веома погодна за различита тумачења. Неки у њему виде дефиницију објективне одговорности, други исти члан повезују са поштреном субјективном одговорношћу, а трећи у поменутом члану не виде ништа друго сем класичне субјективне одговорности засноване на претпостављеној, а не доказаној кривици. О томе ће бити више речи у трећој глави другог дела рада.



Неспорно је ипак да је 300 неодређен у формулисању услова неопходних за настанак права на раскид уговора.

Како наше право припада групи правних система који се опредељују за вансудски систем раскида, та чињеница указује на претерану привилегију која се даје повериоцу (што није одлика само овог нашег закона!). Он утврђује постојање услова неопходних за раскид уговора, односно процењује да ли су испуњени, саопштава намеру усмерену на раскид и окончава постојање уговора. Тек у другом плану је улога суда који би требало, али тек на захтев дужника, да изврши контролу основаности раскидне изјаве.

Питање је, дакле, када се може сигурно констатовати да једна уговорна страна, само на први поглед верна уговору, користи (можда само) прости прекид у извршењу обавезе свог саговорача да би покренула питање раскида. Водећи рачуна првенствено о својим интересима, уговорач можда схвата да му везаност уговором више не одговара и тражи начин да га напусти, образлажући то наводним неизвршењем обавезе друге стране.

Уколико би суд у конкретној парници утврдио да постоје раскидни разлози, раскидна изјава би била основана, а раскид правно дозвољен; у супротном поставило би се питање санкције за противправни раскид уговора. Која је улога суда у утврђивању дозвољености раскида у системима судског, а која у системима вансудског раскида, питање је којем ћемо посветити једно од наредних одељака.

Неопходно је разликовати настанак права на раскид од самог поступка остваривања тог права, који је уједно и поступак реализације раскида уговора, те престанка његовог постојања. Наиме, ако и има оправдања критика одредаба 300 да остављају повериоцу широк простор за могућност напуштања конкретног уговора, она се ипак тиче само услова неопходних за настанак права на раскид уговора. Како је појам раскидног разлога у 300 недовољно прецизно одређен, то и појам основаног раскида (тачније, основане раскидне изјаве) има широко поље примене.

Међутим, с друге стране, у самом поступку реализације права на раскид, дужник је ипак заштићен. Наиме, поверилац има (по правилу) обавезу да дужника опомене и остави му накнадни рок за испуњење. Тиме дужник добија „још једну шансу“ за испуњење уговором преузетих обавеза. Па чак и након истека накнадног примереног рока, ако члан 126 став 3 тумачимо на тај начин, требало би тек да уследи повериочева изјава о раскиду, да би тек њеним саопштењем дужнику уговор престао да постоји. Коначно, да би изјава о раскиду и довела до раскида, неопходно је да буде образложена, односно да буду наведени разлози који оправдавају раскид. Садржина раскидне изјаве одговарала би у суштини садржини претходно дате опомене, само што би те две повериочеве изјаве имале другачији циљ. Наиме, опомена би садржала захтев за извршење, док би циљ изјаве о раскиду био престанак уговора. Садржина је, међутим, иста. Док се опоменом наводи шта је неопходно да дужник изврши, раскидном се изјавом констатује да се поменуто извршење није догодило, те да се услед тога уговор раскида.

## **2. Решење Скице за Законик о облигацијама и уговорима**

Наш 300 не познаје термин „битна повреда уговора“, већ само, и то сувише неодређено, говори о неиспуњењу обавезе. „Битна повреда“ је ипак термин који није непознат нашим правницима. Скица за Законик о облигацијама и уговорима<sup>146</sup> (у даљем тексту: Скица) не само да у дефинисању раскидног разлога полази од појма битне повреде уговора, већ га и дефинише. Бечка конвенција се у регулисању права на једнострану раскид уговора о продаји такође ослања на појам битне повреде уговора<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> М. Константиновић, *Облигације и уговори*, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, „Класици југословенског права“, Београд 1996.

<sup>147</sup> О појму битне повреде уговора у смислу одредаба Бечке конвенције вид.: М. Милутиновић, *Битна повреда уговора према одредбама Бечке конвенције, у теорији и пракси*, Право и привреда, бр. 5-8/2003, Београд; А. Ћирић, П. Цветковић, *Битна повреда уговора у општим изворима међународног привредног уговорног права*, Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш 2008, стр. 239-240.

Преднацрт грађанског законика одступа од решења 300 и, бар на први поглед, умногоме подсећа на решење Бечке конвенције.

Ово поглавље ћемо посветити Скици. Члан 95 Скице несумњиво задаје пракси да у сваком случају изнова испитује постојање битне повреде, али можда ипак судовима даје веће смернице него норме 300. „Битна повреда” као раскидни разлог дефинисана је у Скици на следећи начин: „Повреда уговора је битна, ако је страна која је повредила уговор знала, или је морала знати, у време закључења уговора, да разумно лице истог својства, кад би било у истој ситуацији у којој је била друга страна, не би закључило уговор да је било предвидело ту повреду и њена дејства”.<sup>148</sup>

Чини нам се да је израз „битна повреда” прецизнији од термина „неиспуњење”. То свакако само у случају када би законодавац нормом објаснио шта тачно улази у појам битне повреде. Да ли је то постигнуто чланом 95 Скице?

Прво, дефиниција је обојена субјективним елементом; полази се, дакле, од савесности дужника.<sup>149</sup> Како се савесност увек претпоставља, на повериоцу би било да докаже да је у тренутку закључења уговора дужнику било познато или морало бити познато да разумно лице истог својства, када би било у истој ситуацији као поверилац, не би закључило уговор да је могло предвидети повреду и њена дејства. У пракси је увек веома тешко доказати да је неко нешто знао, а још теже да је могао знати.

Друго, дефиницију чини субјективном и то што се повреда уговора посматра из угла конкретног повериоца – да ли би он закључио уговор да је знао да ће до те повреде доћи. То значи да ће се једна иста повреда уговора исте врсте некада сматрати битном, а некада не, зависно од њеног значаја за повериоца. Остаје питање да ли ће се у спорном случају доказати да је

---

<sup>148</sup> Члан 95 Скице.

<sup>149</sup> Под савесношћу дужника подразумевамо да он није знао нити је могао знати шта је за другу уговорну страну био циљ (сврха) закључења уговора, односно да је управо уговорена престација коју он није извршио била основни разлог за улазак у уговорни однос.

конкретно делимично неизвршење за повериоца толико значајно да у супротном не би ни закључио уговор.

Треће, поставља се питање како размишља и какво виђење има разумно лице истог својства (као поверилац) када би се нашло у истој ситуацији као поверилац, то јест у случају дужникове повреде уговора. Нејасно је на које својство се мисли? Шта год да се имало у виду, значило би да је дужник морао у тренутку закључења не само знати која од тих својстава има поверилац, већ и какав ће значај за такво лице имати конкретна повреда уговора. Да ли је, даље, праведно ускратити повериоцу право на раскид чак и у случају да је конкретна повреда за њега лично битна (јер да је знао да ће се догодити, не би ни закључио уговор) само због тога што би „разумно лице истог својства” имало другачији став? Значи ли то да се у већој мери санкционише „неразумност” повериоца него дужникова повреда уговора. Уколико поверилац извршава уредно своје обавезе, због чега би био „неразуман” ако не би толерисао конкретну повреду уговора.

И на крају, појам „разумно лице”<sup>150</sup> у великој је мери неодређен, па се поставља питање како се конкретан уговорник мора понашати да би се то понашање могло сматрати разумним.

### **3. Решење Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе**

Продавчево односно купчево право на раскид уговора<sup>151</sup> настаје битном повредом уговора коју учини други уговорник.<sup>152</sup> Према Конвенцији Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем

---

<sup>150</sup> Појам „разумно лице” јавља се и у Закону о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, у смислу да „уколико предмет заложног права нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек...”.

<sup>151</sup> О праву на раскид уговора о међународној продаји робе вид.: М. Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2012, стр. 64–84.

<sup>152</sup> Чл. 49 и 64 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе.

тексту: Бечка конвенција), „повреда уговора коју учини једна страна сматраће се битном повредом ако се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава оног што је оправдано очекивала од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду нити би је предвидело разумно лице истих својстава у истим околностима”.<sup>153</sup>

Цитирана одредба садржи раскидни разлог којим управо поручује у којим случајевима ће постојати право повериоца да раскине уговор у случају неизвршења. Као раскидни разлог у Конвенцији се наводи повреда уговора, али не свака, већ само она која се може сматрати битном<sup>154</sup>. Међутим, очигледна је неодређеност и непрецизност<sup>155</sup> у формулацији члана 25 Конвенције, што несумњиво води и произвољности у испитивању да ли су испуњени услови за раскид у конкретном случају.

То је, наиме, она повреда која повериоцу прозрокује такву штету<sup>156</sup> да га суштински лишава онога што је оправдано очекивао од уговора. Шта је то што је поверилац очекивао од уговора и да ли га је конкретна повреда уговора лишила очекиваног, питање је које се разматра у сваком конкретном случају. Члан 25, дакле, захтева суштинско лишење оправдано очекиваног, што су својеврсни правни стандарди чије се постојање утврђује у сваком конкретном случају.

Осим поменутог, мора бити испуњен још један услов да би постојала битна повреда уговора, а самим тим и право на раскид уговора за страну верну уговору. Наиме, чак и уколико је једна уговорна страна суштински лишена онога што је оправдано очекивала од уговора, према члану 25 Конвенције, конкретна повреда се ипак неће сматрати битном уколико

---

<sup>153</sup> Члан 25 Бечке конвенције.

<sup>154</sup> Аутори упозоравају на то да *fundamental breach* из члана 25 Бечке конвенције никако не произлази из енглеске доктрине и нема додирних тачака са енглеском доктрином *fundamental breach*. Видети нпр.: С. М. Bianca, М. Ј. Bonell, *Comentary on the International Sales Law the 1980 Vienna Sales Convention*, Milan 1987, стр. 209.

<sup>155</sup> S. Kroll, L. Mistelis, P. P. Viscasillas, *UN Convention on the Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Munich 2011, стр. 337.

<sup>156</sup> Тачније, употребљен је термин *detriment*, тако да коментатори овог члана увек упозоравају на неопходност његовог ширег тумачења.

страна која је повредила уговор није предвидела такав исход нити би такав исход предвидела разумна особа истих својстава у истим околностима.<sup>157</sup>

Последњи услов доводимо у питање јер сматрамо неправедним да у случају када је дужник учинио неспорну повреду уговора (у смислу изневерених очекивања за другу уговорну страну), поверилац неће имати право на раскид ако дужник није предвидео да ће управо конкретна повреда имати такав значај за повериоца да ће га суштински лишити очекиваног. За настанак права на раскид сматрамо битним, а и довољним, једино то да ли суштинска повреда уговора постоји или не.

Међутим, према тексту Конвенције предвидљивост штете несумњиво представља неку врсту субјективног основа за ослобођење стране која чини повреду уговора, односно за страну верну уговору, у том случају, не настаје право на раскид.<sup>158</sup>

Даље, не само да је неопходно да је дужник предвидео да ће конкретна повреда уговора осујетити очекивања повериоца, већ се сходно томе захтева и да је дужнику било познато шта поверилац очекује од уговора, те да ће га конкретно неизвршење лишити, и то суштински, очекиваног. Стога, постојање битне повреде уговора, а самим тим и права на раскид, зависи у крајњем и од „конкретних очекивања и намера друге стране (повериоца)” које дужник мора предвидети, а што све „охрабрује страну у повреди (дужника) да се позива на сопствено незнање” и да на тај начин одржи уговор на снази.<sup>159</sup>

Међутим, да се повреда не би сматрала битном, неопходно је не само дужничково „незнање” или „нетачна процена”, већ и чињеница да се објективно није могло предвидети какву ће последицу за повериоца имати конкретна повреда уговора.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford 2010, стр. 411.

<sup>158</sup> С. М. Bianca, М. Ј. Bonell, *op. cit.*, стр. 215.

<sup>159</sup> Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 167.

<sup>160</sup> I. Schwenzer, *op. cit.*, стр. 414.

Таквом формулацијом, са обиљем правних стандарда и недовољно одређених појмова, члан 25 даје судовима (и арбитражама) широку дискрецију у испитивању има ли у конкретном случају битне повреде уговора. Управо због тога, свака страна верна уговору може веровати да у конкретном случају може раскинути уговор, док ће, истовремено, друга уговорна страна често сматрати да конкретна повреда уговора није таквог значаја да би се сматрала битном у смислу члана 25 Конвенције.<sup>161</sup>

#### **4. Решење Преднацрта Грађанског законика Републике Србије**

Евентуална измена и допуна нашег закона у делу о раскиду уговора (враћањем на решења из Скице, преузимањем неких одредаба међународних конвенција, а највише угледањем на нека проверено добра решења страних законодавстава), несумњиво би помогла судској пракси да одговори на питање има ли или нема разлога за раскид у конкретном случају и које су последице у једном, а које у другом. Утопија је веровати да се тада, у случају „бољих закона”, пракса не би сусретала са питањима која, на први поглед, немају одговор. Зато треба пронаћи неке јасне критеријуме на које би се пракса, било судска, било арбитражна, могла ослонити у таквим „компликованијим” споровима. Када законодавац ћути а пракса лута, одговоре можда може дати теорија.

Упркос настојању да се одредбе нашег ЗОО измене због евидентног фаворизовања повериоца на штету заштите дужника, сматрамо и да начин на који Бечка конвенција и Скица дефинишу појам раскидног разлога заслужује критику.

Чини се да на слично резоновање наилазимо и у Преднацрту Грађанског законика<sup>162</sup>. Наиме, у Извештају Комисије са отвореним

---

<sup>161</sup> В. Leisinger, *Fundamental Breach Considering Non-conformity of the Goods*, Munchen 2007, стр. 3.

<sup>162</sup> Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, преузето са сајта Министарства правде Републике Србије: [www.mpravde.gov.rs](http://www.mpravde.gov.rs).

питањима<sup>163</sup> констатовано је да би одредбе чл. 124 до 132 300 требало преиспитати, нарочито са становишта Скице проф. Константиновића (чл. 93–102), као и са становишта судске и пословне праксе. Члан 138 Преднацрта одређује раскидни разлог појмом битне повреде уговора, под којом подразумева неиспуњење уговорне обавезе од дужника које проузрокује такву штету повериоцу која га суштински лишава користи коју је од уговора оправдано очекивао или услед које се за повериоца сврха уговора не може остварити. Очигледно је да је такво схватање битне повреде уговора (као проузроковање такве штете повериоцу која га суштински лишава користи коју је од уговора очекивао) преузето из Бечке конвенције. Разлике ипак постоје. Прво, Преднацрт нуди потпуније смернице за утврђивање постојања битне повреде, објашњавајући је и као негирање могућности да се сврха уговора оствари. Друга битна разлика је у томе што је изостављен субјективни елемент битне повреде из члана 25 Бечке конвенције, који, чини нам се, непотребно штити дужника предвиђањем могућности за ослобођење од одговорности у случају да није или није могао предвидети штету коју је поверилац претрпео конкретном повредом уговора.

Сматрамо да је решење Преднацрта далеко прецизније и потпуније од 300 када је реч о дефинисању раскидног разлога, а што је опет неопходно да би се смањило број тзв. неоснованих раскида. У односу на Скицу и Бечку конвенцију, поново дајемо предност решењу Преднацрта јер сматрамо да је члан 138 Преднацрта ослобођен непотребних делова садржаних у Скици и Конвенцији, а на рачун којих смо већ изнели критике.

---

<sup>163</sup> Видети: „Рад на изради Грађанског законика Републике Србије”, Извештај са отвореним питањима, који је саставила Комисија за израду Грађанског законика, образована од Владе Републике Србије, Београд 2007.



# III ПРАВО НА ЈЕДНОСТРАНИ РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

## 1. Раскидни разлози у англосаксонском праву

Енглески правници, такође, покушавају да одговоре на питање из које повреде уговора настаје право за уговору верног уговорника да раскине уговор противно вољи друге стране. Вођени чистом правном логиком, осећајем за правду и фер поступање, у тражењу одговора балансирају између остваривања сврхе закључења уговора и његове суштинске повреде с једне стране и одмеравања штете коју раскид уговора проузрокује страни која га је повредила<sup>164</sup>. Питање не само основаности или неоснованости, већ и праведности раскида, оптерећује дакле умногоне и правнике англосаксонског правног подручја. Правници оба система сматрају неспорним да не постоји формула која би била јасан показатељ има ли у конкретном случају права на раскид или не (то јест, *When a breach*<sup>165</sup> *will justify termination of the contract?*).<sup>166</sup> Иако несвојствено самом духу система *common law*, енглески правници овде теже пре свега правној сигурности. Сматрају да суд у сваком спорном случају мора поћи од одређених критеријума, те њиховим испитивањем, како појединачно, тако и упоредно, наћи одговор на питање да ли конкретна повреда уговора оправдава његов раскид. Прво питање би било да ли повреда погађа суштину уговора, односно да ли одржавање уговора на снази има сврхе. Друго питање које се енглеским правницима чини битним и којим настоје да успоставе равнотежу у заштити

---

<sup>164</sup> E. Peel, *op. cit.*, стр. 866.

<sup>165</sup> У вези са појмом "breach-a" вид.: Shiffrin S., "Could" *Breach of Contract Be Immoral?*, Michigan Law Review, Vol. 107, бр. 8, The Michigan Law Review Association, 2009, стр. 1551-1568; Shavell S., *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contract*, Vol. 107, бр. 8, The Michigan Law Review Association, 2009, стр. 1551-1568; Sharp F. C., *The Ethics of Breach of Contract*, International Journal of Ethics, Vol. 45, бр. 1, The University of Chicago Press, 1934, стр. 27-53.

<sup>166</sup> J. Birds, R. Bradgate, C. Villiers, *op. cit.*, стр. 34.

обе уговорне стране јесте да ли ће раскид довести до неоснованог обогаћења невину страну, да ли је повреда уговора само изговор, а не и мотив за раскид, односно није ли можда раскид мотивисан неким прикривеним разлозима.<sup>167</sup> Европски правник се са последњим вероватно не би сложио, сматрајући да уколико раскидних разлога има, има и права на раскид без обзира на праве мотиве, правдајући свој став тиме да неправичност није и не може бити извор права, те да се о томе може евентуално расправљати на терену злоупотребе права, али да право на раскид несумњиво постоји.

Ипак, тежња ка достизању што већег степена одређености (прецизности) у дефинисању појма раскидног разлога постоји код правника и англосаксонског и европскоконтиненталног система. Стога би се могло рећи да уколико уговорно право схватимо као „каталог питања”, онда у том каталогу велики број ставки повезује та два правна система.<sup>168</sup>

У систему *common law*<sup>169</sup>, питање основаности раскида у тесној је вези са садржином уговора, што је свакако чврста полазна основа у том делу уговорног права, чему се и дугује овде установљена правна сигурност, на којој им могу позавидети и правници европскоконтиненталног правног система.

Уговорне одредбе у енглеском праву деле се на *conditions* (услове), *warranties* (јемства) и *intermediate terms* (међуодредбе). Критеријум поделе јесте у последицама њихове повреде односно у праву које њиховом повредом настаје за страну верну уговору. Услов је одредба великог значаја, с обзиром на то да засеца у корене самог уговора, те последично томе њена повреда чини узалудним, из угла невине стране посматрано, одржавање уговора на снази.<sup>170</sup> Повредом ове одредбе настаје право уговору верне стране не само

---

<sup>167</sup> *Ibid.*, стр. 34–35.

<sup>168</sup> Милош Живковић, *op. cit.*, стр. 66.

<sup>169</sup> О повреди уговора у енглеском праву вид. и код: R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Capetown 2006, стр. 814.

<sup>170</sup> P.S. Atiyah, *op. cit.*, стр.

на накнаду штете, већ и на раскид уговора.<sup>171</sup> С друге стране, *warranty* је назив за уговорне одредбе мањег значаја, за чију повреду накнада штете представља адекватну последицу.<sup>172</sup> Првобитна дихотомна подела на *conditions* и *warranties* пружала је јасан одговор на питање постоји ли право на раскид у конкретном случају или не. Чак и тривијална повреда услова пружала је могућност раскида, односно чак и озбиљна повреда јемства није била довољан раскидни разлог.<sup>173</sup>

Међутим, жртвована је правичност у име правне сигурности. Наиме, на тај начин је отворан пут неправичним (иако основаним) раскидима, јер је свака тривијална повреда услова била довољна за излазак из уговорног односа. Често је то био само изговор, а не и мотив за раскид. Опет, у другим случајевима, невина страна је морала трпети последице крупне повреде уговора, уколико прекршена одредба није имала значај услова.

Проблем би настајао и сваки пут када не би било јасно које је одредба повређена јер се то не може сигурно утврдити на основу конкретног закона, прецедента или воље уговорника.<sup>174</sup>

Енглески правници су решење ипак нашли, и то у ублажавању ове поделе, увођењем тзв. *intermediate terms* (међуодредаба). Случај *Hong Kong Fir*<sup>175</sup> ствара трећу врсту уговорних одредаба, чиме се жртвује правна сигурност у име веће флексибилности суда у одлучивању о праву неvine стране на раскид.<sup>176</sup> Из повреде тзв. међуодредбе некада се рађа право на раскид, некада не. Критеријум је створен у одлуци поменутог случаја, а наиме, утврђује се да ли је невина страна лишена користи које је имала у

---

<sup>171</sup> G. H. Treitel, *An outline of The Law of Contract*, London 1989, стр. 279.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> J. Birds, R. Bradgate, C. Villiers, *op. cit.*, стр. 32–33.

<sup>174</sup> M. Chen – Wishart, *Contract Law*, Oxford 2012, стр. 467.

<sup>175</sup> *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* (1962) 2 QB 26.

<sup>176</sup> Милош Живковић, *op. cit.*, стр. 88.

виду приликом закључења уговора, а која је била изражена као противпрестација својих уговором преузетих обавеза.<sup>177</sup>

Једна одредба може бити сматрана условом на основу закона, прецедента, обичаја, али свакако и намере странака. Могло би се рећи да ситуација када уговорници својом вољом (било изричито, било да им се та намера може приписати или подразумевати<sup>178</sup>) одређују једну страну као услов, подсећа на ситуације раскидних клаузула, те и даље, споразумног раскида. Због тога овде постоји највећи степен правне сигурности јер тиме што се једној одредби даје значај услова, странке се договарају и о могућности раскида у случају њене повреде.

Свесни компликованости поделе одредаба уговора по значају, па у вези с тим и одређивања појма основаног раскида, енглески правници су осетили потребу за упрошћавањем у овој области уговорног права. Уместо да се утврђује да ли је једна одредба услов, односно да ли је повреда конкретне међуодредбе таква да оправдава раскид уговора, уводи се појам *fundamental breach*<sup>179</sup>, који умногоме олакшава, те остаје још само (што такође није лак задатак, али се суду очигледно не може више олакшати) да се утврди да ли се таква повреда догодила. Омиљена фраза англосаксонских судија, а и правних писаца јесте да повреда која може довести у питање опстанак уговора јесте она која „*goes to the heart of the contract*” или „*goes to the root of the contract*”.<sup>180</sup> Као што је раније на суду било питање да ли је повређена одредба *condition*

---

<sup>177</sup> У цитираном случају К. је изнајмила брод од Hong Kong Fir-а на 24 месеца, али је повредила одредбу уговора јер није обезбедила одржавање брода на начин на који је то било предвиђено уговором. Брод је претрпео бројне озбиљне хаварије, а провео је на мору само два месеца, у првих седам месеци. Одредба о пловидби тако је добила значај „међуодредбе”, чија повреда управо омогућава страни верној уговору да га раскине, али само уколико је због конкретне повреде лишен сврхе читав подухват. Вид.: M. Chen-Wishart, *op. cit.*, стр. 467.

<sup>178</sup> Д. Павић, *op. cit.*, стр. 83.

<sup>179</sup> За „*fundamental breach*” вид. и: Michida S., *Cancellation of Contract*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, бр. 2/3, American Society of Comparative Law, 1979, стр. 281-282.

<sup>180</sup> R. J. Friel, *op. cit.*, стр. 581.

или *warranty*, сада је на њима да утврде да ли повреда засеца у суштину самог уговора.<sup>181</sup>

Уколико *fundamental breach*<sup>182</sup> узмемо као први могући раскидни разлог, други неспорни разлог за раскид било би неизвршење уговора. Потпуно неизвршење уговора свакако да оправдава и чини основаним раскид уговора јер уколико повреда поједине одредбе може довести до раскида, онда се уговор тек може раскинути у случају неиспуњења, а самим тим и повреде свих уговорних одредаба које уређују обавезе дужника. Може се рећи да страна верна уговору тада и нема другу опцију сем да уговор раскине, јер се он ионако не извршава.<sup>183</sup>

Трећи раскидни разлог представљао би *anticipatory breach* односно *repudiation*. Наиме, реч је о ситуацији када је већ пре доспелости дужникове обавезе очигледно да он одустаје од уговора, односно да не намерава да изврши своје уговорне обавезе уопште или да не намерава да доврши започето извршење. Очигледност постоји или из разлога што ту своју намеру дужник изричито изражава или што му се она може приписати на основу његовог понашања. Постоје и другачија мишљења у вези са тим тзв. преурањеним раскидом. Идеја је, наиме, да уколико повреда и постоји, она је свакако потенцијална, могућа, можда се никада неће ни десити, али свакако није стварна.<sup>184</sup> Са тим становиштем се не можемо сложити, јер оно „изокреће” дефиницију преурањене повреде уговора. Наиме, суштина је у томе да се уговор може раскинути и пре доспелости неизвршене обавезе, али само онда и само ако је очигледно да и о доспелости она неће бити извршена. Друго је питање да ли увек у случају када је очигледно да обавеза неће бити

---

<sup>181</sup> G. Cheshire, C. Fifoot, M. Furmston's, *Law of Contract*, Oxford 2006, стр. 687, цитирано из случаја: *Decro – Wall International SA v Practitioners in Marketing Ltd* (1971) 2 All ER 216 at 227 (1971) 1 WLR 361 at 374.

<sup>182</sup> Вид.: Melville L. W., *Fundamental Breach of Contract*, *The Modern Law Review*, Vol. 19, бр. 6, Wiley, 1956, стр. 699-701; Treitel G. H., *Some Problems of Breach of Contract*, *The Modern Law Review*, Vol. 30, бр. 2, Wiley, 1967, стр. 139.

<sup>183</sup> Atiyah, *op. cit.*, стр. 254.

<sup>184</sup> G. Cheshire, C. Fifoot, M. Furmston's, *op. cit.*, стр. 682, цитирано из случаја: *Frost v Knight* (1870) LR 5 Exch 322 at 326-327.

испуњена поверилац има право на раскид. Одговор је једноставан и негативан јер би се у супротном негирао сам појам основаног раскида. Раскид ће бити могућ само у случају да конкретно неиспуњење лишава повериоца суштинске користи коју је имао приликом закључења уговора<sup>185</sup> (у случају, дакле, да не постоји више кауза<sup>186</sup> – сврха уговора).

Можемо закључити да се сва три раскидна разлога или све три ситуације из којих настаје право на раскид на страни уговору верне стране могу подвести под појам *fundamental breach*. Једина је разлика у томе што у случају потпуног неизвршења и не постављамо питање да ли постоји фундаментална/битна повреда уговора јер је у питању потпуно игнорисање закљученог уговора.

## 2. Раскидни разлози у француском праву

Оправдање за раскид уговора због неизвршења француски правници налазе у теорији каузе и раскидног услова. Теорија раскидног услова<sup>187</sup>, својствена француским правницима, озакоњена је чланом 1184 француског *Code Civil*-а<sup>188</sup>. Наиме, полази се од идеје да приликом закључења уговора уговорници верују да ће друга страна испунити све уговором преузете обавезе. Када се на то не би ослањали, вероватно не би ни закључивали конкретан уговор.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, стр. 683, цитирано из случаја: *Per Lord Diplock in Afovos Shipping Co sa V Pagnan* (1983) 1 All ER 449 at 455.

<sup>186</sup> О каузалистичким и антикаузалистичким становиштима у доктрини и упоредном облигационом праву вид. више код: Ј. Салма, *Кауза облигационих уговора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2006, стр. 177–200.

<sup>187</sup> О теорији раскидног услова у француском праву писали су и наши правни писци: Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 387; С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 497–498; Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе*, стр. 129–130; Михајло Живковић, *Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 8–9; А. Алишани, *Раскид уговора због неизвршења*, Приштина 1981, стр. 23–24.

<sup>188</sup> О критици члана 1184 *Code Civil*-а вид.: *chapitre II, section I, „Le critiques adressées au principe de la rupture des contrats par volonté unilatérale”*, N. M. Sagues, *La rupture unilatérale des contrats*, Paris 1937, стр. 329–335.

Из те идеје произлази претпоставка да сви двостранообавезни уговори садрже у себи раскидни услов. Уколико једна страна не испуни своју обавезу, наступа раскидни услов и друга страна је ослобођена уговорних стега. У супротном, у случају неиспуњења раскидног услова, уговор остаје на снази. Поставља се питање на који начин је уговорен услов овакве садржине.<sup>189</sup> Уколико је изричито уговорен у виду уговорне клаузуле, онда је у питању раскидна клаузула чије је дејство неспорно. То је класичан вид споразумног раскида уговора, те наступањем услова предвиђеног клаузулом раскид наступа или изјавом воље стране у чију је корист уговорен или *ipso facto*, а све зависно од воље уговорника која је изражена клаузулом. Тачније, раскидни разлог би и овде постојао само у ситуацији када би странке уговориле да у случају неиспуњења долази до раскида *ipso facto*.

Међутим, поборници ове теорије сматрају да такав раскидни услов увек постоји, макар као вид прећутног договора уговорника. Полази се од тога да странке у неиспуњењу уговора виде будући неизвештан догађај, чије ће евентуално наступање резултирати престанком уговора.<sup>190</sup>

То је прва слабост теорије раскидног услова, јер иако се полази од претпоставке да странке закључују уговор верујући у његово потпуно испуњење, та претпоставка би требало да буде само оборива, никако необорива. Јер чак и да је постојала таква намера странака у тренутку закључења, могуће је да након извесног периода времена уговорници другачије посматрају уговорну ситуацију. Могуће је да уговору верна страна увиди да јој је „исплативије” да одржи уговор на снази, чекајући евентуално дужничково извршење, него да учини крај уговорном односу позивајући се на раскидни услов – неиспуњење обавезе свог саговорника.

---

<sup>189</sup> О односу појмова раскидног услова и раскидне клаузуле писали смо у трећој глави првог дела рада.

<sup>190</sup> J. Flour, J. L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *Droit Civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, Paris 2004, стр. 175.

Пођимо сада од појма раскидног услова у нашем праву. Раскидни услов утиче на дејство уговора.<sup>191</sup> Уговор не само да престаје да производи дејства за убудуће, већ се узима као да уговор никаква дејства није ни произвео. Успоставља се стање које би било да дејстава није ни било.<sup>192</sup> То би значило да раскидни услов искључује могућност дејства *ex nunc*. Поставља се питање како онда објаснити немогућност ретроактивног дејства трајних уговора.<sup>193</sup>

Трећа, чини се највећа, али и најнеспорнија мана теорије раскидног услова произлази, поново, из саме дефиниције раскидног услова. Наиме, наступањем раскидног услова уговор аутоматски престаје да производи правна дејства, а и да постоји. Уколико исто схватимо као објашњење настанка права на једнострани раскид, то би значило да постоји могућност само аутоматског раскида који би наступао *ipso facto*. Већ смо говорили о аутоматским раскидима који представљају супротност појму раскида као субјективног права у смислу правом признате могућности – одржати или не одржати уговор на снази.<sup>194</sup> Ако би се идеја аутоматског раскида и могла оправдати у систему вансудског раскида, полазећи од претпоставке да је то била прећутна воља уговорних страна још у тренутку закључења уговора, то

---

<sup>191</sup> Дакле, не на настанак уговора, јер је уговор настао и производио правна дејства, као што се наводи у члану 74 ставу 1 300.

<sup>192</sup> В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права, op. cit.*, стр. 437.

<sup>193</sup> Француско право разликује термине „*resiliation*” и „*resolution*”, зависно од тога да ли у конкретном случају раскид дејствује само за убудуће или ретроактивно. Француски правници заступају идеју (иако у последње време има све више критичара, о чему ћемо детаљније писати у делу о дејствима раскида) да је ретроактивност код трајних уговора немогућа. Вид. нпр.: М. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, стр. 632.

О ретроактивном дејству раскида уговора због неизвршења у француском праву вид.: Yves-Marie Serinet, *L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français*, Fontaine M., Viney G., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, Paris 2001, стр. 589-668.

<sup>194</sup> Како је члан 126 300 одувек био повод различитих, и то потпуно супротних тумачења, у Преднацрту грађанског законика Републике Србије питање раскида нефиксних уговора уређено је чланом 137, а ставом 3 коначно и недвосмислено се отклањају све сумње у начин раскида код ових уговора, јер се захтева да повериочева изјава воље буде саопштена дужнику на несумњив начин. Остаје једино отворено питање да ли су редактори Преднацрта сматрали овај члан као прецизирање члана 126 300 или као његову измену, што свакако више неће бити од значаја уколико Грађански законик у неком тренутку ступи на снагу и почне да се примењује.



свакако не би био случај у систему француског судског раскида. Чини се да је највећа слабост теорије која је озакоњена у француском праву управо у том истом правном систему. Јер, уколико суд одлучује о раскиду и изриче га, онда се не може прихватити идеја аутоматског раскида, осим можда у неким изузетним случајевима, али не као правило. Из самог члана 1184 произлази да се уговор не раскида по сили закона.<sup>195</sup> Да ли ће уговор остати на снази или ће бити раскинут, у крајњем, зависи од судске оцене сваког конкретног случаја.<sup>196</sup> Раскид је, дакле, факултативан, како за повериоца, који може, а не мора покренути судски поступак за раскид уговора, тако и за суд, који може изрећи раскид или само досудити накнаду штете или пак изменити уговор.<sup>197</sup> Тачније, раскид се може сматрати „факултативним” за обе уговорне стране (поверилац бира да ли да захтева извршење или да покрене судски поступак тражећи раскид уговора, а дужник може избећи раскид извршењем својих уговорних обавеза).<sup>198</sup>

Могло би се закључити да испуњење раскидног услова не значи аутоматски престанак постојања уговора, већ само настанак права за страну верну уговору да покрене судски поступак (настанак права на тужбу).<sup>199</sup> И, на крају, прихватање идеје о аутоматском раскиду уговора наступањем одређених чињеница значило би да се право остварује мимо воље његовог имаоца.<sup>200</sup>

Даље, веома битно питање којим се теорија раскидног услова не бави јесте у којем тренутку се сматра да наступа раскидни услов. Кад је реч о фиксним уговорима, то јенеспорно, али за нефиксне се може поставити питање евентуалног накнадног рока.

---

<sup>195</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 205.

<sup>196</sup> Y. Buffelan – Lanore, V. Larribau – Terneyre, *op. cit.*, стр. 441 ; J. Flour, J. L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, стр. 175.

<sup>197</sup> H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, стр. 1095.

<sup>198</sup> G. Marty, P. Raynaud, *Les Obligations, Les sources*, tome 1, Paris 1988, стр. 341–342.

<sup>199</sup> C. Atias, *Le Contrat dans le contentieux judiciaire*, Paris 2010, параграф 254.

<sup>200</sup> Неиспуњењем обавезе дужника уговор не може аутоматски бити раскинут. Тада само настаје право на раскид, које се може или остварити (након чега ће тек наступити раскид) или не остварити, што зависи од воље имаоца права на раскид.

У објашњењу основа једностраног раскида теорија раскидног услова ослања се на теорију каузе. Она своје оправдање налази у схватању каузе уговорне обавезе једног уговорника у извршењу обавезе другог. Самим тим, неизвршење обавезе једног уговорника представља одсуство каузе, што представља наступање раскидног услова који аутоматски доводи до престанка постојања уговора. Иако се може рећи да теорија каузе најпотпуније објашњава идеју једностраног одустанка од уговора, она ипак има велики недостатак: она не може да објасни како се, у случају одсуства каузе, уговор може раскинути, као ни како се може захтевати његово извршење. Слабост теорије раскидног услова налазимо и у чињеници да она као полазну основу узима теорију каузе, и то управо онај њен део који трпи најстроже критике.

Након теоријског објашњења могућности једностраног раскида у француском праву, поставићемо питање које смо разматрали и на пољу нашег и англосаксонског права, а то је питање који то обим неизвршења довољан (неопходан) да би настало право на раскид за уговору верну страну. Како у француском праву суд изриче раскид након што утврди да постоји раскидни разлог, поставља се питање који је обим неизвршења неопходан да би суд изрекао раскид уговора? Управо постављена питања суштински се не разликују. Јер, иако раскид изриче суд, он не започиње поступак без иницијативе стране верне уговору која се позива на своје право на раскид, које судским путем само жели да оствари, а не да стекне. На суду је само да утврди да ли је право на раскид заиста и настало, и то на основу чињеничног стања конкретног случаја, те испитивања постојања раскидног разлога.

У члану 1184 *Code Civil*-а не одређује се ближе појам основаног раскида нити раскидног разлога, већ се само условљава повериочево право на раскид двостранообавезног уговора дужниковим неизвршењем. Законодавац је вероватно сматрао да је то довољна смерница за суд, који ће ионако утврдити спорно чињенично стање, те размотрити може ли се оно подвести под цитирану норму или не. Другачије је ипак у систему вансудског раскида, где је поверилац тај који разматра чињенично стање и процењује да ли је за

њега настало право на раскид. Овде је логично да би законске норме морале бити (мада често нису) далеко потпуније и прецизније, јер је поверилац заинтересован да се „ствар реши у његову корист”, па све до евентуалног судског контролног поступка основаности раскида он и покушава да оствари своју раскидну намеру (вољу).

Да би дошло до судског раскида, неопходно је да постоји било потпуно, било делимично неизвршење. У случају потпуног неизвршења ствар је јасна, односно право на раскид је неспорно. У другом случају, међутим, поставља се питање самог неизвршења, које мора бити озбиљно (фр. *l'inexécution grave*)<sup>201</sup> да би из њега настало право на раскид. Да ли је неизвршење довољно за настанак и остваривање права на раскид, процењује суд<sup>202</sup> и на основу тога изриче или одбија захтев за раскидом уговора.

Већ смо више пута истакли, анализирајући одредбе 300, Скице, Бечке конвенције, англосаксонског, а сада и француског права, да не постоји нека формула која би у сваком конкретном случају дала математички прецизан одговор на питање – има ли места раскиду или не. Што се више бавимо тим питањем, све смо свеснији тога да се до такве формуле и не може доћи. У судском систему раскида, понављамо, околност недовољне одређености појма раскидног разога у законском тексту ипак ствара мање проблема.

Осим о потпуном и делимичном неизвршењу, можемо говорити и о закаснелом извршењу као трећем облику неизвршења.

Могуће је упростити ову поделу, па говорити само о два вида неизвршења: потпуном и делимичном. Под потпуним неизвршењем подразумевала би се: прво, ситуација уздржавања<sup>203</sup> дужника од било каквих радњи са циљем извршења уговорних обавеза, односно апсолутно игнорисање уговора; кашњење у извршењу уговорне обавезе, али код

---

<sup>201</sup> P. Canin, *op. cit.*, стр. 83.

<sup>202</sup> C. Renault – Brahinsky, *Droit des obligations*, Paris 2011, стр. 154.

<sup>203</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 286.

фиксних уговора<sup>204</sup>. Делимично неизвршење, с друге стране, обухватало би и ситуацију доцње код нефиксних уговора.<sup>205</sup>

Поједини аутори, опет, праве и потподелу поменуте двојне поделе. Сматрају да би се у оквиру делимичног неизвршења требало говорити с једне стране о квантитативном неизвршењу, а с друге стране о квалитативном виду делимичног неизвршења.<sup>206</sup> Делимично неизвршење у квантитативном смислу аутори имају у виду код трајних уговора, и то у ситуацијама када су уговорне обавезе неко време извршаване; квалитативно делимично неизвршење, пак, подразумева извршење неких уговорних обавеза, дакле, не свих, али и ситуацију када није извршена обавеза која је била одлучујућа<sup>207</sup> за закључење уговора односно уколико такво неизвршење погађа читав уговор.<sup>208</sup>

У француском праву, суд је дакле овлашћен да одлучује о томе да ли је конкретно неизвршење довољан разлог за настанак права на раскид.<sup>209</sup> Не само да је овлашћен, него је, чини се, и у великој мери слободан у том одлучивању, јер га законодавац не спутава евентуалним прописивањем неких смерница у одлучивању. Чиме се суд ипак води у одлучивању?

Прво што сматрамо битним јесте што је очигледно да су судови свесни своје моћи<sup>210</sup> у формирању појма основаног раскида, јер и Касациони суд у једној одлуци, говорећи о довољности и озбиљности конкретног неизвршења за изрицање раскида, истиче да се моћ оцене налази у оквирима

---

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, стр. 449.

<sup>207</sup> Cass. com., 2 juill. 1996, Bull. civ. IV, n 198, преузето од P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, стр. 449.

<sup>208</sup> Ex.: Cass. com., 11 dec. 1990, La ronde de nuit, Bull. civ. IV, n 316; RTD civ., 1991.526, n J. Mestre преузето од: P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, стр. 449.

<sup>209</sup> О „gravite de l'inexecution”, као раскидном разлогу у француском праву, вид. и код: H. L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, стр. 1108.

<sup>210</sup> Szladits C., *Discharge of Contract by Breach in Civil Law*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 2, бр. 3, American Society of Comparative Law, 1953, стр. 338.

О улози суда у француском праву вид. више код: Laude A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Marseille 1992.

овлашћења суда.<sup>211</sup> Неспорно је да постоје нека „правила”, али то су више ставови које стварају ти исти судови, креирајући на тај начин судску праксу. За француске правнике раскидни разлог се изједначава са појмом довољно озбиљног неизвршења, тако да се нужно намеће питање када се конкретно неизвршење сматра довољно озбиљним да одустанак од уговора учини основаним. Један од могућих одговора јесте у питању да ли би поверилац закључио уговор такве садржине да је могао предвидети да ће дужник каснити са извршењем или уговор само делимично извршити.<sup>212</sup>

Први критеријум би, дакле, био у самој природи и значају неизвршења, односно у питању има ли поверилац и даље интерес да остане у закљученом уговору. Тај критеријум можемо да посматрамо из два угла: прво, можемо да посматрамо саму природу неизвршења конкретне уговорне обавезе, то јест њеног делимичног извршења, и друго, можемо да сагледамо његов значај за повериоца, односно његов ефекат на уговору верну страну, у смислу евентуалног осујећења повериочевих циљева и интереса у вези са закљученим уговором<sup>213</sup>, као и у смислу питања има ли и даље поверилац користи од уговора.<sup>214</sup> Други критеријум који се у литератури наводи јесте понашање уговорника, пре свега повериоца, приликом навођења раскидног разлога. Чини нам се да би суд овде ипак изашао из оквира својих овлашћења уколико би разматрао да ли је раскидни разлог заиста мотив за раскид или је то изговор да се побегне из неповољног уговорног односа. Француски правници повреду уговора посматрају као моралну грешку, за разлику од англосаксонских, који полазе од тога да су у основи уговорних односа закони економије. Тим питањем ћемо се детаљније бавити у одељку о основаним а неправедним раскидима.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> P. D. V. Marsh, *Comparative contract law/England, France, Germany, England* 1994, стр. 348.

<sup>212</sup> P. D. V. Marsh, *op. cit.*, стр. 322.

<sup>213</sup> *Ibid.*, стр. 324.

<sup>214</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 286.

<sup>215</sup> *Ibid.*, стр. 324.

Трећи критеријум би евентуално могао бити у последичном посматрању ствари, то јест да ли за конкретно неизвршење адекватно изрећи санкцију у виду накнаде штете, уз одржавање уговора на снази, или раскида уговора, уз накнаду штете.<sup>216</sup>

Полазна основа четвртог критеријума била би искључиво теорија каузе, те би питање могло бити да ли се конкретно неизвршење може сматрати порицањем каузе повериочеве обавезе.<sup>217</sup> Наиме, у случају незнатног неизвршења, односно тривијалне повреде уговорне одредбе, не може се рећи да је нестала кауза<sup>218</sup> повериочеве обавезе. Поново се, дакле, враћамо на неопходну озбиљност неизвршења односно повреде уговора.

За разлику од нашег права које разликује немогућност извршења, што за последицу има престанак постојања уговора, француски правници дају повериоцу право на раскид и у случају дужниковог скривљеног неизвршења и у случају немогућности извршења услед више силе. Отуда се суд у одлучивању бави и питањем да ли је уопште могуће да дужник изврши дуговану обавезу. Раскид ће се дакле, често заснивати на чињеници да се извршење више и не може добити од дужника.<sup>219</sup> Стога, након што утврди да је извршење могуће, суд прелази на други ниво испитивања, а то је озбиљност конкретног неизвршења. Уколико је извршење и даље могуће, а неизвршење није у толикој мери озбиљно, онда није нестала ни кауза<sup>220</sup> повериочеве обавезе, те има места одржавању уговора на снази.<sup>221</sup>

---

<sup>216</sup> B. Nicholas, *The French law of contract*, Oxford 1992, стр. 243.

<sup>217</sup> *Ibid.*

<sup>218</sup> Вид. Ј. Салма, Кауза облигационих уговора, *op. cit.*, стр. 196. Анализирајући каузалистичко схватање каузе аутор прави поређење између каузе (циља уговора) и дејства уговора, те истиче да је први циљ (тј. кауза) „виртуелан и претходи закључењу”, док је други (тј. дејство уговора) „стваран и представља последицу закључења уговора која се састоји у стварању субјективног облигационог права, дуга дужника и потраживања повериоца”.

<sup>219</sup> C. Larroumet, *Droit civil, Les Obligations, Le Contrat*, tome III, Paris 2003, стр. 803.

<sup>220</sup> „Ainsi, dans un contrat synallagmatique, la cause qui determine chaque partie a s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour”. H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris 1927, стр. 43.

<sup>221</sup> *Ibid.*, стр. 803.

Могло би се закључити да улога суда, као и „суверена моћ оцене“<sup>222</sup> испуњености услова за раскид упућују на битан циљ уговорног права којем се тежи – стабилност уговорних односа и извршавање уговором преузетих обавеза.

У овом поглављу анализирали смо само ситуације (разлоге за раскид) у којима раскид изриче суд. О одступањима од судског раскида, те случајевима када је могуће уговор раскинути изјавом воље<sup>223</sup>, мимо суда, чак и у француском праву, писаћемо у трећем делу тезе. Изузеци од судског раскида или његове алтернативе, те тенденције реформе (са циљем „модернизовања“) француског уговорног права биће нам од велике помоћи у сагледавању централног питања којем је читаво истраживање и посвећено – проблему тзв. неоснованих раскида.

## **IV МОДАЛИТЕТИ ЈЕДНОСТРАНОГ РАСКИДА УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

### **1. Два система једностраног раскида уговора због неизвршења – судски и вансудски систем раскида**

Као критеријум за сврставање појединих правних система у судски односно вансудски систем раскида уговора узима се неопходност судске интервенције у поступку остваривања права на раскид, те реализацији самог престанка постојања уговора раскидом.

---

<sup>222</sup> J. Bell, S. Boyron, S. Whittaker, *Principles of French*, USA 1998, стр. 352.

<sup>223</sup> Уопште о изјави воље у француском праву вид. више код: Chabas J., *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris 1931.

Међутим, од улоге суда<sup>224</sup> у изрицању раскида и остваривању уговорничког права на раскид, нужно је разликовати улогу коју суд има у поступку контроле ваљаности/основаности раскида. Тачније, не утврђује се основаност раскида, већ саме изјаве воље усмерене на раскид, јер у случају њене неоснованости, до раскида није ни дошло. То је управо задатак суда у вансудском систему раскида.<sup>225</sup> Чињеница да поверилац може самостално да оцени испуњеност услова за раскид и да предузме мере за његову реализацију на први поглед указује на то да овај систем у потпуности препушта повериоцу улогу судије. Међутим, поверилац, и поред неспорно широких овлашћења, ипак не постаје „судија у својој ствари”. Разлог томе је накнадни контролни<sup>226</sup> поступак ваљаности повериочевих аката. Тај поступак се не мора сматрати само као средство заштите у рукама дужника, већ га може покренути и поверилац. Отуда се може рећи да „захтев правне сигурности није угрожен, како у погледу повериоца коме ништа не стоји на путу да од суда захтева утврђујућу одлуку којом ће се констатовати раскид, тако ни у погледу дужника који се раскиду увек може супротставити судским путем”.<sup>227</sup>

Дакле, у случају спора о основаности раскидне изјаве, накнадни поступак ће бити покренут из разлога испитивања ваљаности (основаности) дате изјаве. Такође, „последнице раскида уговора, међу којима је најважнија реституција, не спроводе се аутоматски” већ ће „поверилац морати да

---

<sup>225</sup> Вид. решење Вишег трговинског суда, Пж. 1933/2008 (3) од 3. априла 2008. године, Propis Soft. У образложењу одлуке суд наводи да се по 300 уговор раскида изјавом воље уговорне стране, а не судском одлуком. Уколико би, пак, друга уговорна страна оспорила дејство изјаве о раскиду, може се тражити, тужбом за утврђење, да суд утврди да је уговор раскинут.

<sup>226</sup> Према 300, уговор се због неиспуњења раскида изјавом воље. Евентуални судски поступак до којег би дошло имао би значај контролног поступка, а не поступка са циљем изрицања раскида одлуком суда. Отуда, одлука суда у контролном поступку нема конститутивно, већ декларативно дејство. Вид. пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 1542/2012 од 18. априла 2012. године, Paragraflex. Из пресуде произлази да је тужилац тражио од суда да раскине уговор закључен између њега, као инвеститора, и тужених, као суинвеститора. Суд је нашао да је тужбени захтев неоснован, јер након закључења уговора нису наступиле промењене околности те, у том смислу, ни могућност судског раскида уговора.

<sup>227</sup> Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 334.



покрене парнични поступак у којем се дужник може бранити аргументом да уговор није раскинут, што ће имати карактер прејудицијалног питања.”<sup>228</sup> С друге стране, одлука суда о неоснованости раскидне изјаве била би такође неопходна као основ за даље одлучивање о последицама повреде уговора коју је давалац раскидне изјаве учинио. У једној одлуци Привредног апелационог суда наводи се да ће суд „питање да ли је уговор по изјави једне од уговорних страна раскинут и да ли је било основа за његов раскид решити као прејудицијално питање за решавање правних последица раскида уговора односно за регулисање његових последица”.<sup>229</sup>

Међутим, тај поступак неће некада изостати ни у случају када дужник прихвати повериочеву раскидну изјаву, не позивајући се на њену неваљаност, а из већ наведеног разлога што последице раскида неће наступити аутоматски. Питање је, међутим, да ли би тада суд могао само да испитује да ли је дужнику саопштена изјава о раскиду, те да ли су испуњени процедурални услови за раскид, без упуштања у испитивање заснованости изјаве на ваљаним раскидним разлозима. Разлог је у томе што дужник није оспорио основаност раскидне изјаве, па се може сматрати да би се, чак и у случају да изјава није била основана, радило о прихвату раскидне изјаве као предлога за споразумни раскид. Ипак, за одлучивање о последицама раскида значајна је и чињеница да ли је реч о споразумном или једностраном раскиду. У том смислу, на суду је увек да, када се постави питање последица изјаве о раскиду, прво утврди да ли је уговор раскинут или не, те на основу тога и да ли има места изрицању последица раскида уговора или последица повреде уговора учињене неоснованим покушајем раскида.

Некада ће суд најпре поставити питање постојања раскидне изјаве, па тек у случају да је одговор потврдан ући у испитивање њене основаности. Тако је у једном спору покренутом по захтеву за предају одређених индивидуално одређених ствари, у којем је било спорно, између осталог, и по

---

<sup>228</sup> Михајло Живковић, *Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 35.

<sup>229</sup> Из пресуде Привредног апелационог суда, Пж 416/10 од 18. фебруара 2010. године, *Paragraf Lex*.

којем основу се предаја ствари захтева, Привредни апелациони суд сматрао да је најпре неопходно утврдити по којем основу се предаја захтева: „Да ли по основу испуњења уговорне обавезе или као последица раскида уговора?“<sup>230</sup>

Отуда се може закључити, као што Врховни суд Србије и наводи у својој одлуци, да је „одлука о раскиду уговора садржана у одлуци у последицама раскида“.<sup>231</sup>

Стога се о последицама како основане, тако и неосноване раскидне изјаве може одлучивати само на основу претходно утврђене основаности односно неоснованости дате изјаве о раскиду.<sup>232</sup>

Разлике између поменутих два система не постоје, дакле, у условима неопходним за настанак права на раскид (постоје зависно од решења конкретног правног система, али независно од прихваћеног система/начина раскида), већ у начину остваривања права на раскид, те моћи односно немоћи повериоца да то право оствари мимо суда.<sup>233</sup>

Предности судског система представљају недостатке вансудског и обрнуто.<sup>234</sup> Прво, одлуку о раскиду доноси суд<sup>235</sup>, независан и непристрасан државни орган, који испитује садржину тужбеног захтева у вези са

---

<sup>230</sup> Из решења Привредног апелационог суда, Пж 7597/10 од 2. јуна 2011. године, Пословни биро.

<sup>231</sup> Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 58/2002 од 13. новембра 2002. године, Paragraph Lex.

<sup>232</sup> Могуће је направити паралелу са ништавим уговорима, те поставити питање да ли је неопходна одлука суда којом се утврђује ништавост/раскид уговора? Када су у питању апсолутно ништави уговори, потврдан одговор се може бранити са доста аргумената; наиме, како ће суд изрећи тражену последицу, уколико изреком није утврдио ништавост? Аналогно посматрано, да ли суд може досудити, на пример, повраћај датог, по основу правила о стицању без основа уколико претходно није утврдио да је основ престао да постоји, односно да су испуњени сви услови за раскид, те да је исти уговор раскинут? Чини се да не може.

<sup>233</sup> Из те кључне разлике произлази још једна. Она се тиче тренутка престанка постојања уговора. У систему судског раскида, престанак уговора се везује за правноснажност одлуке, док се у нашем праву тај тренутак везује за тренутак пријема дужникове изјаве о раскиду.

<sup>234</sup> О предностима и манама судског система раскида писали су и наши аутори, поредећи га на тај начин са вансудским системом раскида: Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе*, *op. cit.*, стр. 329–334; Михајло Живковић, *Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 24–26; С. Перовић, *Облигационо право*, *op. cit.*, стр. 505 – 507.

<sup>235</sup> О „Caractères de la résolution judiciaire“ видети код: Н., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, стр. 1095. Аутори пишу о „факултативности“ раскида уговора, како за повериоца, тако и из угла суда.

конкретним чињеничним стањем, те на тај начин утврђује постоје ли ваљани разлози за раскид уговора. Уговорни баланс поремећен неизвршењем поново ће бити успостављен управо судском интервенцијом.<sup>236</sup> Насупрот томе, у систему вансудског раскида, поверилац је тај који утврђује да ли има основа за раскид, дакле, не суд, а затим и раскида уговор изјавом воље, поново мимо суда.<sup>237</sup> Такво решење пружа повериоцу бројне могућности за злоупотребу, односно ставља дужника у незавидан положај. Поверилац може настојати да изађе из уговорног односа, који можда више не одговара његовим интересима (на пример, продавац који је нашао бољег потенцијалног купца), правдајући то неизвршењем обавезе друге стране. На питање да ли неизвршење и самим тим основ за раскид постоји, одговор поново даје поверилац.

Као основну ману судског система многи наводе спорост и неефикасност.<sup>238</sup> Прво, поставља се питање да ли би требало фаворизовати брзину и ефикасност на рачун правне сигурности? Друго, да ли на правом месту тражимо разлог за спорост и неефикасност? Брзина решавања спорова подразумевала би кратке рокове између заказаних рочишта, свођење њиховог одлагања на минимум и такве одредбе процесних закона које би онемогућиле или бар смањиле могућност парничних странака да одуговлаче поступак (правила достављања писмена, на пример). Дужина трајања парничних поступака зависи од квалитета функционисања мреже судова сваке конкретне државе и не може се наводити као мана судског система раскида, иначе бисмо дошли до апсурдних закључака. Примедба да је такав раскид скупљи од вансудског може се из истих разлога довести у питање. Прво, висина судских такси променљива је, а и разликује се од државе до

---

<sup>236</sup> Више о томе вид. код: С. Atias, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op. cit.*, chapitre 2: „La résolution judiciaire”.

<sup>237</sup> На тај начин поверилац избегава мешање суда и сам реагује на дужничково неизвршење. Вид.: Dehaullon С. Р., *Les remèdes de justice privée a l'inexécution du contrat étude comparative*, Paris 2008, стр. 321.

<sup>238</sup> Управо ова мана судског система раскида разлог је због којег и у француском праву једностранни раскид постаје све чешћи изузетак у односу на судски раскид. Вид. нпр. „Réalisme de la jurisprudence: l'urgence”, J. Flour, J. L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, стр. 184.

државе. Као примедбе на тај систем наводе се и трошкови адвоката (адвокат није обавезан) и дангуба (дужина рочишта у првом степену мери се у минутима), што не сматрамо манама којима би требало посветити већи значај. Ваља напоменути да и наш систем, који прихвата вансудски раскид, познаје случајеве судског раскида уговора – на пример, уговор о доживотном издржавању. На крају, неизвесност у исход судског спора не може бити већа од неизвесности са којом се сусреће дужник који у сваком тренутку може очекивати раскид изјавом воље повериоца.

Осим тих, чини се несумњивих предности судског система, у прилог му највише иде чињеница да се вансудски раскид најчешће претвори у спор. Како је у питању једнострани раскид, логично је да му се друга страна, у највећем броју случајева, противи. Да се не противи, уговор би био раскинут споразумом. Дакле, када једна страна изјавом воље раскине уговор, друга страна има могућност да покрене судски поступак ради контроле ваљаности, то јест основаности спроведеног раскида. Суд тада, али тек пошто је спор настао и на иницијативу дужника, испитује да ли су били испуњени законски услови за раскид и да ли је поверилац поштовао правила која се тичу реализације раскида и онда или констатује да је уговор раскинут или утврђује да је раскидна изјава била неоснована, те да је уговор остао на снази. Тада ће суд одлучивати о правним последицама, и то у првом случају о последицама раскида, а у другом, пошто је уговор остао на снази, о правним последицама неосновано изјављене воље усмерене на раскид.

Иако постоје очигледне и несумњиве предности судског система раскида уговора, судски систем не би требало установити као апсолутни систем раскида у једном правном систему. Требало би утврдити у којим би то ситуацијама уговоре требало раскидати судским путем, а у којим, опет, оставити у примени раскид изјавом воље. То из разлога што и вођење парничних поступака међу уговорницима ствара стање неизвесности, које може и потрајати. С друге стране, иако и даље тврдимо да и у систему вансудског раскида предмет често заврши на суду који утврђује основаност

раскида, чињеница је да би се увођењем чистог судског система повећао број парничних поступака, што свакако не може бити циљ.

## **V ОЦЕНА ОСНОВАНОСТИ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

### **1. О основаности „раскидне изјаве”**

Претходни одељак је био посвећен судском и вансудском систему раскида, односно сагледавању предности и мана једног и другог начина остваривања права на раскид. Међутим, очигледно је да у овом раду нашу пажњу заокупљују пре свега једностранни раскиди који се реализијују мимо суда. Први разлог је у томе што управо вансудски систем раскида отвара простор за тзв. неосноване раскиде, а други у томе што наше право припада групи правних система у којима се право на раскид због неизвршења остварује мимо суда.

Питање основаности изјаве воље усмерене на раскид ипак може бити предмет разматрања и у систему судског раскида. Суд управо и испитује основаност тужбеног захтева, а сам тужбени захтев и садржи изјаву воље усмерену на раскид уговора. Стога, у судском систему раскида, повредом уговора за страну верну уговору настаје право на тужбу (покретање судског поступка), а покретање поступка представља манифестовање воље усмерене на раскид уговора. Супротно томе, повреда уговора у систему вансудског раскида ствара право на раскид уговора, то јест даје могућност страни верној уговору да му сама учини крај.

Међутим, питање основаности раскидне изјаве и његова оцена далеко су компликованији у систему вансудског раскида, те овој теми и посвећујемо читав одељак. У том систему раскида, поверилац процењује конкретну

уговорну ситуацију (учињену повреду/обим неизвршења), па на основу тога сам утврђује да ли је стекао право на раскид и коначно, сам, мимо суда, реализује право на раскид и на тај начин излази из уговорног односа. Да ли је његова оцена била исправна, да ли је заиста стекао право на раскид и да ли је уговор престао да постоји или је и даље на снази питања су која можемо подвести под проблем „оцене основаности изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења”, како смо и насловили овај одељак.

## **2. Терминолошка непрецизност у области раскида уговора**

У литератури о материји раскида уговора срећемо најразличитије термине. Углавном се говори о основаности раскида. Међутим, у наслову овог одељка користимо израз „основане изјаве воље усмерене на раскид”. Штавише, сам рад носи наслов „Правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења”. У литератури се сматрају синонимима изрази основани раскид и основана изјава воље, јер се полази од тога да се под раскидом подразумева управо изјава воље, тачније, да се раскид остварује изјавом воље. Међутим, сматрамо да сам раскид пре свега значи крај једног уговора. Стога, уколико је дошло до раскида, подразумева се да је био основан, да је било основа, то јест разлога за престанак уговора.

Изјављена воља је основана онда када је заснована на раскидним разлозима. Управо тада она и добија раскидно дејство и доводи до престанка уговорног односа. С друге стране, може бити неоснована, што ће утврдити суд на захтев стране верне уговору. Тада ће раскидној изјави бити ускраћено раскидно дејство, а уговор ће остати на снази. Због тога се залажемо за употребу термина основана и неоснована изјава воље, а не основан и неоснован раскид, тако да ћемо у другом делу рада писати о последицама основане изјаве воље, а целокупан трећи део посветићемо последицама неосноване изјаве воље.

Када бисмо трећи део тезе насловили „Правне последице неоснованих раскида”, то би значило да се раскид догодио, а да за то није било основа.

Ситуација је, међутим, потпуно супротна. У трећем делу бавићемо се питањем правних последица изјављене воље усмерене на раскид, али у ситуацијама када до раскида није ни дошло, управо због тога што је раскидна изјава била неоснована.

Нагласили бисмо још једном да под појмом основа у једностраном раскиду подразумевамо закон. С друге стране, када говоримо о основаности изјаве воље усмерене на раскид, мислимо на њену заснованост на норми закона, то јест на ситуацију у којој страна верна уговора изјављује да га раскида у случају неспорног постојања раскидног разлога (услова неопходних за настанак права на раскид), који је садржан у самој норми закона. Стога је раскидна изјава основана онда када је заснована на раскидним разлозима садржаним у законској норми као основу за једнострану раскид уговора.

Испитивање основаности раскидне изјаве у надлежности је суда који ће то утврдити у тзв. контролном (накнадном) судском поступку. Међутим, уколико посматрамо понашање повериоца пре отпочињања судског контролног поступка, па и пре тренутка саопштавања раскидне изјаве дужнику, могло би се говорити и о још једном виду „контроле”. То је она фаза када сам поверилац испитује (или би бар требало да то чини пре него што покуша да раскине уговор) да ли су испуњени услови за раскид, а самим тим и да ли је он сам стекао право на раскид, те коначно и да ли ће његова евентуална изјава бити основана.

Постоје, дакле, две врсте контроле испуњености услова за раскид:

1. законска – претходна контрола, намењена пре свега повериоцу који намерава да раскине уговор. Спроводи је поверилац испитивањем да ли постоје услови за раскид у конкретном случају, који су предвиђени конкретном законском нормом;

2. судска – накнадна контрола. Спроводи је суд, у судском контролном поступку, најчешће<sup>239</sup> по захтеву дужника који сматра да се поверилац оглушио о законске одредбе.

### **3. Изјава воље је основана, а раскид је правичан/неправичан**

Изјава воље је основана када су испуњени законом прописани услови за раскид. Поставља се питање да ли се судски поступак контроле завршава оног тренутка када суд утврди да је повериочева изјава заснована на раскидним разлозима или је потребно утврдити и да је раскид до којег је дошло био оправдан? Шта уопште значи оправданост раскида?

Требало би разликовати разлог од изговора за раскид уговора. Ако поверилац раскида уговор искључиво због неизвршења обавезе друге стране, такав раскид је оправдан, то јест правичан.

Дешава се, међутим, да након закључења уговора уговорник почне да мисли да је уговор лоша погодба из које би требало побећи.<sup>240</sup> То се најчешће дешава због промене стања на тржишту, јер сваки двостранообавезни уговор почива донекле на законима економије. Тада се неизвршење друге стране наводи само као изговор за раскид уговора, а отвара се питање прикривених мотива.<sup>241</sup> Раскиди не би смели бити иницирани неповољним тржишним променама<sup>242</sup>, сложиће се сви правници. Јер, неминовно је да закључењем уговора преузимамо и одређен ризик да ће се ствари променити, некада и на нашу штету, у смислу што уговор може постати непрофитабилан за нас.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> Кажемо „најчешће” јер није искључено да и поверилац покрене судски контролни поступак са идејом да суд коначно утврди да има места раскиду уговора. То би, на пример, било у ситуацији када би дужник оспоравао повериочеву раскидну изјаву, а одуговлачио са покретањем контролног поступка.

<sup>240</sup> J. Birds, R. Bradgate, C. Villiers, *op. cit.*, стр. 4–5.

<sup>241</sup> E. Peel, *op. cit.*, стр. 870.

<sup>242</sup> L. J. Roskill, преузето од E. Peel, *op. cit.*, стр. 870.

<sup>243</sup> J. Birds, R. Bradgate, C. Villiers, *op. cit.*, стр. 32.



Да ли постоји право на раскид у случају када поверилац наводи неизвршење обавезе дужника само као изговор?

1. Прва могућност је да појам основаности раскида, тачније основаности раскидне изјаве, проширимо и захтевом да раскид буде правичан, односно да поверилац раскида уговор без неких прикривених мотива. Оправдање би се налазило у тежњи очувања стабилности уговорних односа јер се уговори закључују да би се поштовале уговорне одредбе и извршавале уговорне обавезе. Тако би се смањио број једностраних раскида уговора јер би појам основаности био проширен још једним условом, а то је да суд у конкретном случају утврди да је неизвршење обавезе једино што мотивише другу страну да одустане од закљученог уговора. У томе је свакако и предност наведеног схватања. Постоји и мана, а то је тежина доказивања постојања прикривених мотива и чињенице да су они имали одлучујући утицај на повериоца да уговор раскине.

2. Друга могућност је да настанак права на раскид не зависи од евентуалног постојања неких других мотива на страни савесне стране. Оправдање би било у схватању могућности раскида уговора пре свега као санкције за његову повреду.

Правичност раскида не би смела ући у сам појам раскидног разлога, у смислу да условљава право на раскид уговора. То не значи да о неправедним раскидима не би требало уопште расправљати. Њима нема места у појму основаности раскида (раскидне изјаве), али се питање њихове праведности (можемо слободно рећи и оправданости) може поставити у контексту злоупотребе права. Уколико у конкретном случају постоји разлог за раскид, онда постоји и право на раскид, тако да се то питање може квалификовати евентуално као злоупотреба тог права.

На овом месту би требало поново упозорити на терминолошку неуједначеност и недоследност. Правни писци ће неретко писати о ситуацији која оправдава или не оправдава раскид. Термин оправданост употребљава се тада у другачијем значењу. Мисли се на то да конкретна ситуација

представља или не представља довољан разлог за раскид. Међутим, ми смо се бавили потпуно другим питањем – правим мотивима за раскид уговора, од којих опет зависи да ли је реализовани (свакако основани) раскид био правичан или не.

#### **4. Изјава воље је неоснована, а поверилац је савестан/несавестан**

У случају да је поверилац покушао да раскине уговор навођењем околности које нису биле довољне да оправдају примену института раскида, неспорно је да његова изјава није имала раскидно дејство, те да је уговор и даље на снази. Тада ће се поставити питање последица таквог повериочевог поступка. Наиме, покушај раскида уговора, упркос томе што услови за раскид у конкретном случају нису били испуњени, представља повреду уговора. У случају неоснованог раскида (неосноване изјаве воље), могуће су две ситуације:

1. да је поверилац савестан, то јест да је веровао да су испуњени услови за раскид, те да раскидном изјавом само остварује стечено право да оконча уговорни однос;

2. да је поверилац несавестан, те да је свесно злоупотребио институт раскида уговора. Поверилац је своју раскидну намеру оправдавао разлозима за које је био свестан да не представљају ваљан разлог за настанак права на раскид. Самим тим, позивао се на право које није имао.

Неспорно је да у оба случаја уговор није раскинут. Разлика, међутим, може настати у оквиру последица неоснованог раскида које ће суд утврдити. Питањем да ли ће повериочева савесност представљати „олакшавајућу околност” за повериоца бавићемо се у трећем делу овог рада, када будемо писали о „Правним последицама неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења”.

## 5. Изјава воље је неоснована, иако раскидни разлози постоје

Поверилац може покушати да раскине уговор не наводећи разлоге или наводећи „лоше разлоге”.<sup>244</sup> Под условом да разлози заиста не постоје или су недовољни за добијање епитета „раскидних разлога”, неспорно је да уговор остаје на снази.

Спорно је, међутим, да ли уговор бива раскинут или остаје на снази у случају када разлози за раскид ипак постоје, иако се поверилац не позива на њих (претпоставимо из незнања). Проблем се своди на питање да ли је суд овлашћен да у поступку испитивања постојања услова за раскид изађе изван оквира тужбеног захтева. Могућа су два сценарија.

1. Уколико би суд био ограничен само на испитивавање оних разлога које је дужник навео у тужбеном захтеву, као разлога на које се поверилац позвао приликом покушаја раскида уговора, доћи ће до закључка да је уговор и даље на снази.

2. Друга могућност је да се у току поступка утврди да постоје ваљани раскидни разлози иако се поверилац на њих није позвао и да суд може да их узме у обзир. Тада би се сматрало да је уговор раскинут. Како суд може доћи до сазнања о томе да постоје разлози довољни за настанак права на раскид?

а) До тих суд не може доћи по службеној дужности, јер у парничном поступку нема места примени истражног начела.

б) С друге стране, поверилац може у току поступка да сазна да је дужник ипак повредио неку уговорну одредбу и то може да истакне у току поступка. Да ли би суд то требало да узме у обзир? Одговор може да зависи и од тога у којем тренутку је раскидни разлог настао:

б1) раскидни разлог је постојао још у тренутку када је раскидна изјава саопштена дужнику;

б2) раскидни разлог је настао након што је раскидна изјава саопштена дужнику.

---

<sup>244</sup> J. Beatson, *op. cit.*, стр. 569; G. Cheshire, C. Fifoot and M. Furmston's, *op. cit.*, стр. 694.

Сматрамо да је логично следеће решење – у првом случају, будући да је накнадно утврђено да је раскидна изјава била заснована на ваљаном основу, још у тренутку њеног саопштења дужнику, испуњени су услови за раскид уговора. О евентуалној санкцији за такво понашање повериоца биће речи у делу посвећеном последицама раскида (трошкове вођења судског поступка и евентуалну накнаду штете коју је проузроковао дужнику требало би да сноси поверилац). У другом случају, сматрамо да би суд требало да утврди да повериочева изјава није имала раскидно дејство, јер у тренутку када је она саопштена дужнику, раскидни разлози нису постојали.

У литератури је заступљен став да је небитно не само да ли је поверилац „образложио”<sup>245</sup> раскид у тренутку изјављивања воље, него и ако је изнео недовољне разлоге за раскид. Осим тога, ирелевантна је и његова свест о томе има ли основа за раскид конкретног уговора или не, уколико се накнадно утврди да је његова раскидна изјава била основана.<sup>246</sup>

## **VI ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА РАСКИД И ЗЛОУПОТРЕБА ИНСТИТУТА РАСКИДА УГОВОРА**

Злоупотреба права, општеприхваћен термин нашег законодавца, праксе и теорије, према Закону о облигационим односима представља вршење права из облигационих односа противно циљу због којег је оно (право) законом установљено или признато.<sup>247</sup>

Међутим, проблем тзв. неоснованих раскида не можемо сместити у поље злоупотребе права јер се не може злоупотребити нешто што не постоји. У тзв. неоснованим раскидима проблем и настаје због покушаја раскида упркос непостојању права да се то учини.

---

<sup>245</sup> О томе ће бити речи у трећем делу рада.

<sup>246</sup> Н. Beale, *Remedies for breach of Contract*, London 1980, стр. 110.

<sup>247</sup> Члан 13 ЗОУ.

Наиме, законодавац одређује појам раскидног разлога дајући „списак” услова који морају бити испуњени да би повериоцу било признато право на раскид.<sup>248</sup> Тек када је повериоцу на основу одредаба закона, а имајући у виду конкретно чињенично стање, признато право на раскид, поставиће се питање начина на који ће се то право и остварити. Могуће је да ће поверилац стечено право на раскид вршити не ради заштите својих интереса (а то законодавац једино има у виду када дозвољава раскид због неизвршења), већ вођен неким нелегитимним, за право неприхватљивим мотивима. Тиме бисмо неспорно закорачили на поље примене злоупотребе права.<sup>249</sup>

Разликујемо, дакле, непостојање права на раскид у конкретном случају и постојање права на раскид, које се, међутим, врши абузивно. Даље, у првом случају, иако нема основа за раскид, уговорник може изјавити да раскида уговор и од тренутка када прими саопштење од другог уговорника може се сматрати ослобођеним уговорног односа. У другом случају, конкретна ситуација подведена је под норму закона у погледу испуњености услова за раскид, али је истовремено учињена повреда једне друге одредбе закона, па и више – правног начела. У оба случаја неопходна је интервенција суда. У првом случају треба санкционисати тзв. неосновани раскид, тачније неосновану изјаву воље усмерену на раскид, а у другом абузивни раскид.

Стога, у случају тзв. неоснованих раскида говоримо о злоупотреби самог института раскида. Такође, не бисмо смели заборавити и кључну одлику,<sup>250</sup> а истовремено и ману вансудског система раскида, која је погодна тло за настанак појаве познате у уговорном праву као неосновани раскид.

---

<sup>248</sup> Раскид уговора због неизвршења регулисан је чл. 124–132 ЗОО.

<sup>249</sup> Уколико бисмо ипак, за тренутак, изашли из оквира тзв. неоснованих раскида и посветили пажњу абузивним раскидима, можда би било занимљиво одговорити на питање који би критеријуми били адекватни да се утврди има ли у конкретном случају злоупотребе права на раскид или не (наравно, само када је у питању тзв. основани раскид јер само тада право на раскид постоји, док ситуацију неоснованог раскида дефинишемо као непостојање права на раскид). О злоупотреби права на раскид вид.: J. Guyenot, *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris 1960, стр. 235–299.

<sup>250</sup> Поједини аутори описују сликовито вансудски систем раскида, називајући га системом у којем се поступак раскида налази потпуно „у рукама повериоца”. Вид.: Михајло Живковић, *Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења, op. cit.*, стр. 37.

Наиме, реч је о великој моћи у рукама самог повериоца (он процењује испуњеност услова за раскид, а онда исти уговор раскида изјавом воље, без потребе вођења судског поступка). „Додатне тешкоће” стварају и недовољно прецизне одредбе закона којима се одређује појам раскидног разлога, што је посебно опасно у ситуацији када испуњеност услова за раскид испитује поверилац, а не суд. Та несавршеност правних норми могла би, евентуално, добити значај „олакшавајуће околности”<sup>251</sup> за повериоца. Међутим, она не може бити изговор да се правне норме не примењују, те ће стога, повериочево понашање, квалификовано као тзв. неосновани раскид, свакако бити санкционисано.<sup>252</sup>

Са појавом тзв. неоснованих раскида у ситуацији смо позивања на право које не постоји, те оправдавања свог понашања нормом закона која се на конкретан случај не може применити.

На самом крају, истакли бисмо да злоупотреба института раскида и злоупотреба права<sup>253</sup> на раскид уговора имају и једну заједничку црту. Она се огледа у чињеници да оба вида понашања уговорника представљају истовремено и изворе његове одговорности, то јест у оба случаја можемо

---

<sup>251</sup> О повериочевој савесности као олакшавајућој околности приликом утврђивања последица тзв. неоснованог раскида, у светлу идеје да „поверилац ипак није судија” вид. више у трећем делу рада.

<sup>252</sup> Ј. Салма, *Одговорност за изигравање права*, зборник радова „Recueil des travaux”, бр. 1-3, Нови Сад 1984, стр. 235.

<sup>253</sup> Више о злоупотреби права вид. код: В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997. Уколико би наша пракса остала доследна у примени цитираног члан 13 300, ван домаћаја правне санкције остао би читав низ очигледних злоупотреба јер 300 под злоупотребом подразумева само противциљно вршење права (и то само оних права чији циљ је одређен законом – законодавац искључује подзаконске акте и вољу странака). Међутим, на плану злоупотребе права наше право умногоме подсећа на англосаксонски систем, у којем се судови јављају као ствараоци права. Они полазе од тога да свако противциљно вршење права јесте злоупотреба права (и даље смо у оквирима 300), али да свака злоупотреба права није противциљно вршење права. Појам злоупотребе права далеко је шири од појма противциљности! Због тога пракса у санкционисању абузивног вршења права излази из оквира члана 13, јер на тај начин креира право, а не примењује га. Уколико бисмо ипак желели да избегнемо да пракси дамо значај извора права, онда злоупотреби права (али у оном значењу које му пракса даје!) можемо да дамо својство правног начела, као извора права, и да тако судове опет вратимо на место тумача права. Најсрећније, а и најједноставније решење било би да изменимо одредбу члана 13 300 и да појму злоупотребе права дамо оно значење које му даје наша судска пракса. Макар и најопштија одредба – „Забрањен је сваки вид злоупотребе права”, више би одговарала потребама праксе.

поставити питање последица које ће произаћи из конкретног акта злоупотребе. Логично је да су последице озбиљније у случају злоупотребе института раскида, због тога што тада право на раскид није ни настало.<sup>254</sup> У случају злоупотребе права углавном се као санкција истиче обавеза накнаде штете проузроковане абузивним вршењем права.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> Том питању, као централном питању нашег истраживања, посвећен је целокупан трећи део рада.

<sup>255</sup> J. Guyenot, *op. cit.*, стр. 290.

## ТРЕЋА ГЛАВА

### СПОРАЗУМНИ РАСКИД УГОВОРА

#### 1. Појам споразумног раскида уговора

Као што смо већ истакли у уводном делу рада, код споразумног раскида<sup>256</sup> нема законског основа, односно законодавац није тај који под одређеним условима странкама даје право на раскид, већ се право на раскид рађа из самог споразума уговорника. Закон, дакле, не може ограничити слободу уговорника код споразумног раскида и спречити га да изађе из уговора. Уговорниковој вољи и раскидној намери, омеђеним границама слободе уговарања<sup>257</sup>, може евентуално бити ускраћено раскидно дејство само вољом другог уговорника који намерава да остане у уговорном односу јер тада нема споразума, а самим тим ни споразумног раскида, односно

---

<sup>256</sup> Видети: П. Кларић, М. Ведриш, *op. cit.*, стр. 478. Аутори ситуације раскида уговора споразумом странака називају и „сторнирање уговора”.

<sup>257</sup> Више о овоме вид.: Перовић С., *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва 2007.



уговор остаје на снази. Због тога је основ за овај вид престанка постојања уговора сам споразум, из којег и настаје, а којим се и остварује право на споразумни раскид.

Споразум о раскиду је природан и логичан начин престанка уговора.<sup>258</sup> Не постоји ништа што би могло спречити уговорнике да споразумно опозову раније закључени уговор, уколико то желе.<sup>259</sup> Објашњење налазимо у самом појму уговора за чији настанак је довољна сагласност воља.<sup>260</sup>

## 2. Уговор модификован раскидним условом

Под модификацијом подразумевамо уношење у садржину правног посла састојака путем којих се утиче на дејство правног посла тако што се одступа од редовног тока ствари.<sup>261</sup> Уговарање раскидног услова израз је слободе уговорника да утичу на опстанак уговором произведених правних дејстава.<sup>262</sup> У случају да се раскидни услов не оствари, дејства произведена уговором остају на снази. Уколико, пак, раскидни услов буде остварен, успоставља се, у погледу произведених дејстава, „онакво стање какво би било да дејства никада није ни било”.<sup>263</sup>

Остваривањем раскидног услова уговор се раскида аутоматски. Не само што не постоји обавеза уговорника да изјаву о раскиду саопште другој уговорној страни (нити да, у систему судског раскида, воде судски поступак), већ и даље, они уговор не би могли ни да одрже на снази уколико наступи

---

<sup>258</sup> Д. Хибер, *Престанак станарског права*, магистарски рад, Београд 1982, стр. 303.

<sup>259</sup> P. S. Atiyah, *op. cit.*, стр. 248.

<sup>260</sup> “Freedom of contract means freedom to make contracts but also freedom to unmake them.” Criscuoli G., Pugsley D., *Italian Law of Contract*, Italia 1991, стр. 195.

<sup>261</sup> В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, *op. cit.*, стр. 435.

<sup>262</sup> У члану 74 ставу 1 300 погрешно се наводи да модификација уговора условом значи да његов опстанак или престанак зависе од неизвесне чињенице, док је ставом 3 истог члана прописано да уговор престаје испуњењем раскидног услова. Наиме, под уговором модификованим условом подразумевамо да од испуњења услова зависи настанак или опстанак дејстава уговора који неспорно постоји од тренутка закључења.

<sup>263</sup> В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, *op. cit.*, стр. 437.

раскидни услов. Испуњење раскидног услова аутоматски укида сва дејства произведена уговором и уговорнике враћа у предуговорно стање.

Испуњење раскидног услова утиче на опстанак произведених дејстава, а не самог уговора, што је још један пример одступања од владајућег схватања да раскидом уговор престаје да постоји као правна чињеница.

Да ли у случају испуњења раскидног услова можемо уопште говорити о раскиду уговора? И, уколико можемо, због чега уговори модификовани раскидним условом своје место налазе у делу о споразумним раскидима?

Питање се намеће из разлога што раскид увек подразумева постојање воље уговорника. Међутим, иако такве изјаве воље нема у тренутку раскида јер он наступа *ipso facto*, раскидна воља ипак постоји, а изражена је у виду уговарања раскидног услова. Отуда се овде ипак може говорити о раскиду *ipso facto*. Раскидни услов би могао бити формулисан на следећи начин: „Раскид уговора наступиће по самом праву, у случају да једна од страна не испуни своју обавезу”<sup>264</sup>, с тим што је увек пожељно прецизирати о којој повреди уговора је реч.<sup>265</sup>

Неспорно је да је уговарање раскидног услова такве садржине привилегија за повериоца јер представља својеврстан вид притиска на дужника да извршава своје доспеле обавезе. Међутим, поставља се питање шта у случају да поверилац сматра да је раскидни услов испуњен, па да је раскид наступио, а дужник, супротно, да је уговор и даље на снази. Тада бисмо имали ситуацију да се поверилац сматра ослобођеним свих уговорних обавеза, а да се дужник и даље понаша као уговорна страна. Спор би, дакле, опет завршио на суду, а његова улога би била да испита да ли је раскидни услов испуњен или не. Одлука суда би била декларативна.

---

<sup>264</sup> P. Canin, *op. cit.*, стр. 83.

<sup>265</sup> Предмет нашег истраживања су раскиди уговора због неизвршења, па отуда и посебно интересовање за раскидне услове цитиране садржине. То наравно не значи да странке не могу уговорити зависност опстанка дејстава уговора од неке друге будуће неизвесне околности, а не само евентуалне повреде уговора.

Закључујемо, дакле, да иако уговарање раскидних услова ограничава моћ и сужава улогу суда (у систему судског раскида у смислу доношења конститутивне, а у вансудском систему декларативне одлуке), бројни случајеви малициозног поступања повериоца чине поступање суда неопходним.<sup>266</sup>

Разлог због којег о раскидном услову пишемо у делу о споразумним раскидима је у томе што раскидни услов настаје као израз сагласне изјаве воља уговорника. Наиме, уговорници уговарају раскидни услов и тиме модификују уговор. Сагласним изјавама воља утичу на судбину дејстава која настају из уговора.

## 2.1 Специфичност схватања раскидног услова/раскидне клаузуле у француском праву

Француски правници приступају том питању са доста специфичности,<sup>267</sup> можда бисмо чак смели рећи са намером да поједноставе проблем. Наиме, члан 1184 француског *Code Civil*-а полази од тога да сваки двостранообавезни уговор садржи у себи раскидни услов, те да неизвршење обавезе од било ког уговорника истовремено представља остварење раскидног услова. Међутим, то би значило да француско право познаје само аутоматске раскиде уговора, односно да би се у случају неизвршења уговори раскидали по самом праву. Такво тумачење, иако у складу са самим појмом

---

<sup>266</sup> *Ibid.*, стр. 277.

<sup>267</sup> У смислу члана 1184 *Code Civil*-а раскидни услов своди се, у крајњем, на појам раскидног разлога. Свако неизвршење које би се могло подвести под појам раскидног разлога представљало би, према члану 1184, испуњење раскидног услова. Дакле, француски правници имају специфично схватање појма раскидног услова јер сматрају да се уговор може раскидати судском одлуком, па чак и изјавом воље (у случају раскидне клаузуле такве садржине), а да је, упркос томе, и даље реч о раскидном услову. Вид.: К. Доловић, *Споразумни раскид уговора*, Правни живот, бр. 10, Београд 2012, стр. 787–800. Аутор се у раду бави појмом раскидног разлога, како једностраног (судског), тако и споразумног (раскидна клаузула – могућност раскида изјавом воље), анализирајући управо Француски грађански законик и схватања француских правних теоретичара и покушавајући да ипак нађе оправдање за такву специфичност у схватању појма раскидног услова, која у француском праву неспорно постоји. Иако свестан његове нелогичности, аутор у раду тражи оправдање за такво решење члана 1184, верујући да је могуће пронаћи објашњење за такву формулацију поменутог члана.

раскидног услова, негирало би судски систем раскида предвиђен француским правом, јер испуњењем раскидног услова не би било места судском изрицању раскида.

Свесни недостатака судског изрицања раскида уговора, француски правници алтернативу налазе у формулисању раскидних клаузула. Тако они, посматрајући такве раскидне клаузуле из угла свог судског система раскида, проналазе у њима још једну предност на страни повериоца. Примећују да раскидна клаузула, осим притиска на дужника, иде у корист повериоцу из још једног разлога. Наиме, у случају да дужник не изврши обавезу, раскид наступа аутоматски, без потребе покретања и вођења судског поступка за раскид<sup>268</sup>, па се тако избегава ризик да суд одбије као неоснован повериочев захтев за раскид уговора.<sup>269</sup>

Дакле, посебну пажњу посвећују управо клаузулама које предвиђају да ће у случају наступања ситуације описане у клаузули доћи до аутоматског раскида (фр. *la resolution de plein droit*). Предност одређивања раскидног разлога сагласним изјавама воља уговорника неспорна је због недовољне одређености законских норми у дефинисању раскидног разлога. Не само да уговорници могу клаузулом прецизирати у којим тачно ситуацијама ће се сматрати да је уговор раскинут, већ могу предвидети и последице које ће бити изречене уговорнику који је својим понашањем и довео до раскида.

Места критичи свакако да има. Наиме, уколико се у француском *Code Civil*-у полази од претпоставке да сваки двостранообавезни уговор нужно садржи раскидни услов, због чега потреба за његовим уговарањем (осим неспорне предности у прецизирању раскидног разлога)? Тачније, чиме се може образложити чињеница да постојање раскидног разлога у смислу члана 1184 *Code Civil*-а не доводи до аутоматског раскида, док је циљ његовог изричитог уговарања у форми раскидне клаузуле управо раскидање уговора мимо суда?

---

<sup>268</sup> С. Andre, *Le fait du créancier contractuel*, thèse, Paris 2000, стр. 247.

<sup>269</sup> В. Fages, *op. cit.*, стр. 276.

Постоји још једна ситуација када би спорни раскид поново могао завршити на суду, у систему судског раскида. Наиме, клаузула не ограничава слободу повериоца у избору санкције коју сматра најадекватнијом за неизвршење дужникове обавезе; раскидна клаузула не одузима повериоцу право да се обрати суду захтевајући одлуку којом би раскид био изречен<sup>270</sup>. Како је раскидна клаузула формулисана у интересу повериоца (ако се као раскидни разлог предвиди дужниково неизвршење обавезе, што иначе француски правници редовно наводе као разлог код ове врсте клаузуле), не постоји ниједан разлог због којег би повериоцу било онемогућено да или одржи уговор на снази или покрене судски поступак раскида, иако су испуњени услови за примену клаузуле.

Разлози правне сигурности захтевали би, свакако, да поверилац о својој намери да захтева извршење уговора или намери да повери одлуку о раскиду суду, обавести дужника благовремено. На тај начин би дужник имао још једну шансу да изврши уговор, било одмах, било у току трајања евентуално започетог судског поступка, односно не би био у заблуди да је уговор раскинут применом раскидне клаузуле.

Судски систем раскида негира претпоставку о постојању раскидног разлога у сваком двоостранообавезном уговору. Такође, о правом раскидном услови не би се могло говорити чак ни у случају да уговорник, у чију корист је формулисана клаузула чија примена доводи до аутоматског раскида, има право да одржи уговор на снази упркос томе што су наступили услови за примену клаузуле<sup>271</sup> (или да упркос клаузули покрене судски поступак са циљем раскида).

С друге стране, англосаксонски правници сматрају да би раскид *ipso facto* (енг. *automatic termination*) требало да наступи само онда када раскидна клаузула предвиђа наступање догађаја који је изван контроле уговорника<sup>272</sup>,

---

<sup>270</sup> *Ibid.*, стр. 276.

<sup>271</sup> Ж. Перић, *О поништају уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 29.

<sup>272</sup> J. Beatson, *op.cit.*, стр. 527.

а супротно, када би се радило о повреди уговора (енг. *breach of contract*), до раскида би долазило изјавом воље повериоца (енг. *termination on notice*).

### 3. Основ споразумног раскида уговора

#### 3.1 Раскидна клаузула као основ споразумног раскида уговора

Док не наступи ситуација предвиђена раскидном клаузулом, уговор постоји и производи правно дејство (уколико не наступи неки други разлог за престанак уговора или ако уговор не буде извршен).

Споразум о раскиду уговора може настати у тренутку закључења самог уговора и тада представља његов саставни део.<sup>273</sup> Тренутак настанка споразума и тренутак његовог извршења не поклапају се. До извршења споразума о раскиду односно до раскида закљученог уговора долази онда када наступе раскидни разлози предвиђени споразумом о раскиду. Странке уговарају услове под којима ће уговор бити раскинут, а саставни део самог уговора управо је раскидна клаузула (фр. *la clause résolutoire*). Услов за примену раскидне клаузуле јесте да она недвосмислено изражава заједничку намеру странака да у конкретном случају уговор буде раскинут<sup>274</sup>. Дакле, у случају када постоји раскидна клаузула<sup>275</sup>, прво настане споразум о раскиду, па тек онда раскидни разлог (друга ствар је то што су разлози унапред предвиђени клаузулом и чине њену садржину).

---

<sup>273</sup> J. Beatson, *op. cit.*, стр. 527 – „A contract may contain within itself the elements of its own discharge, in the form of provisions... for its termination in certain circumstances.”

<sup>274</sup> J. Flour, J. L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, стр. 182.

<sup>275</sup> О поређењу ситуације када до раскида долази применом раскидне клаузуле са ситуацијом раскида уговора у одсуству такве клаузуле вид.: Munagorri R. E., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris 1996, стр. 138-142.

### 3.1.1 *Прави потестативни услов садржан у раскидној клаузули – право на „одустанак”*

Прво, странке могу предвидети уговором да је за раскид довољна изјава воље само једне од њих<sup>276</sup>. Уколико је реч о раскидној клаузули којом се предвиђа да је за раскид довољна изјава воље једног уговорника, поставља се питање да ли је то и даље споразумни раскид или смо прешли на терен једностраног раскида. Чињеница је да је за раскид неопходна изјава воље једног уговорника. Даље, раскид ипак зависи од воље само једног уговорника, јер иако је његов основ у споразуму, неопходно је да се један уговорник позове на клаузулу и раскине уговор. Последње из разлога што је раскид право, а не обавеза, тако да и у случају наступања раскидних разлога из клаузуле, ималац права на раскид може свом уговорнику да дâ још једну шансу и одржи уговор на снази. Дејства раскида наступају саопштавањем раскидне воље једног уговорника другом. С друге стране, основ за раскид је у споразуму. Обе уговорне стране су у тренутку закључења уговора споразумно одредиле садржину уговорне клаузуле и услове под којима се уговор може раскинути изјавом воље само једне стране. Стога, раскид јесте споразуман, основ лежи у заједничкој вољи оба уговорника, само је за његову реализацију довољна воља једне стране. У случају једностраног раскида једна страна раскида уговор противно вољи друге стране. Овде је супротно, друга страна је дала своју сагласност раније, у тренутку формулисања уговорне клаузуле. Једностраност, дакле, постоји само у самој реализацији раскида.

Даље, могуће је да као раскидни разлог не буде увек предвиђена повреда уговора<sup>277</sup>, већ просто воља једне од уговорних страна да у сваком тренутку напусти уговорни однос. Уговарање клаузуле такве садржине имало би смисла само у случају тзв. трајних уговора са одређеним трајањем (који, у принципу, престају да постоје протеком одређеног временског

---

<sup>276</sup> Д. Хибер, *Престанак станарског права*, *op. cit.*, стр. 304.

<sup>277</sup> J. Beatson, *op. cit.*, стр. 528.

периода)<sup>278</sup>, јер у случају уговора са неодређеним трајањем постоји право на отказ сваког уговорника. Иначе, и за само право на отказ може се рећи да настаје из споразума уговорних страна. Наиме, како је време трајања уговора битан елемент уговора, а уговори се не могу закључивати са циљем да трају неограничено дуго, на уговорницима је да одлуче да ли ће време трајања уговора одредити у тренутку закључења или посредно, тако што ће неодређивањем времена трајања сваки уговорник добити право на отказ<sup>279</sup> и тако тренутком отказа коначно довршити процес закључења уговора (одредивши му и последњи битан елемент – време трајања), али и учинити крај постојећем уговорном односу.<sup>280</sup>

У случају када свака страна задржава право да од закљученог уговора одустане у сваком тренутку необразлажући своју раскидну изјаву, не постоји могућност уговарања раскида по самом закону, већ се раскид остварује изјавом воље.

Клаузула која даје право обема уговорним странама да од уговора одустану у сваком тренутку, по свом нахођењу, садржи чист потестативни услов.<sup>281</sup>

Када клаузула овакве садржине не би била саставни део спорног уговора, а један од уговорника трајног уговора одређеног трајања<sup>282</sup> изјавио да напушта уговорни однос без оправданог разлога, радило би се о ситуацији тзв. неоснованог раскида.

---

<sup>278</sup> O. Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris 1999, стр. 291

<sup>279</sup> У једном случају пред *Ad hoc* арбитражом, у којем је пресуђено 16. јануара 2014. године, поставило се питање да ли је у конкретном случају уговор раскинут или је дошло до његовог отказа. Суд је заузео став да услови за раскид нису били испуњени јер је раскидна изјава примљена „више од три месеца од истека додатног рока“, те је „дужник, овде тужени, када такве изјаве дуго није било, оправдано могао да сматра да је на снази основни део изјаве повериоца, тј. да се уговор отказује уз уговорени отказни рок“.

<sup>280</sup> Д. Хибер, *О појму отказа уговора са трајним извршењем*, *op. cit.*, стр. 57 и 69.

<sup>281</sup> О. Станковић, В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 186.

<sup>282</sup> У случају трајних уговора неодређеног трајања неспорно је право обе уговорне стране на отказ, тј. одустанак од уговора у сваком тренутку, без обзира на постојање разлога за то.



### *3.1.2 Неизвршење као раскидни разлог садржан у раскидној клаузули*

Зависно од воље самих уговорника, уговор може бити раскинут самом чињеницом наступања раскидног разлога или, пак, наступање раскидног разлога може довести само до настанка права уговору верног уговорника да уговор раскине изјавом воље. У првом случају то би било уговарање раскидног услова, а у другом раскидна клаузула.

Раскидни разлог предвиђен раскидном клаузулом који се често наводи у литератури јесте неизвршење обавезе једног уговорника. Уговорници ће тада, најчешће, прецизирати о каквом виду неизвршења је реч, односно неизвршење којег обима је довољно за примену раскидне клаузуле. Због тога је циљ раскидне клаузуле да прецизира које се ситуације могу подвести под појам раскидног разлога, па можда и даље, да предвиди правне последице наступања описаних ситуација.

Уколико би скривљено неизвршење једног уговорника било раскидни разлог садржан у клаузули, требало би приметити да би страна верна уговору имала још једну могућност на располагању. Иако је разлог садржан у раскидној клаузули, у питању је и раскидни разлог предвиђен законом који верном уговорнику даје могућност једностраног раскида. Предност ослањања на раскидну клаузулу, чак и у овом случају, неспорна је због тога што норме закона које прописују услове неопходне за настанак права на раскид мимо воље другог уговорника (то јест норме које одређују појам раскидног разлога) пате од недовољне одређености и прецизности.

Та неодређеност је посебно опасна у вансудском систему раскида јер у пракси оставља простор за појаву тзв. неоснованих раскида, који су опет увод у бројне контролне судске поступке. Насупрот томе, формулисањем раскидне клаузуле уговорници настоје што прецизније да одреде ситуације чијим би настанком уговор престао да постоји раскидом.

У систему судског раскида клаузулом се избегава судски неизвестан поступак. Отуда можда толико интересовање француских правника за питање раскидних клаузула, и то посебно оних чијом се применом уговор раскида по самом закону.

Требало би, међутим, приметити да и у случају када раскидна клаузула предвиђа повреду уговора као раскидни разлог може бити предвиђено не само да поверилац може раскинути уговор изјавом воље, већ и да поверилац може сматрати да је уговор раскинут ако наступи раскидни разлог. Поставља се сада питање у чему би онда била разлика између уговора модификованог раскидним условом и уговора који садржи раскидну клаузулу поменуте садржине? Разлика није занемарљива, а налази се у томе што у случају када постоји раскидни услов долази до аутоматског раскида у тренутку када услов буде испуњен (то јест када наступи раскидни разлог). У другом пак случају, поверилац има право да сматра уговор раскинутим од тренутка када наступи раскидни разлог предвиђен клаузулом, али његово право је и да одржи уговор на снази захтевањем извршења, а непозивањем на раскидну клаузулу. Такву могућност избора у случају раскидног услова поверилац не би имао. Отуда се у случају раскидне клаузуле поменуте садржине може евентуално говорити о тзв. неправом раскидном услову.<sup>283</sup>

На крају, раскидном клаузулом поменуте садржине проширује се поље примене института раскида јер раскидни разлог не мора бити озбиљна повреда уговора која се редовно захтева у случају једностраног раскида (било судског, било вансудског).<sup>284</sup>

### 3.2.2 Значај раскидних клаузула

Улогу раскидне клаузуле можемо посматрати у још једном светлу. Наиме, у овом раду се највише бавимо питањем тзв. неоснованих раскида, прецизније – неоснованих изјава воља усмерених на раскид због неизвршења. Такве злоупотребе, којима повериоци често прибегавају, могуће су управо из разлога непрецизности и недоречености законских норми које уређују питање када поверилац може једнострано да раскине уговор због неизвршења обавезе друге стране. Управо једно од решења или

<sup>283</sup> Ж. Перић, *О поништају уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 29.

<sup>284</sup> Y. M. Laithier, *Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract, Comparative Remedies for Breach of Contract*, edited by N. Cohen, E. McKendrick, Oxford and Portland 2005, стр. 118.

бар начина да се смањи број таквих злоупотреба које чине повериоци налазимо у раскидној клаузули. Наиме, раскидна клаузула би могла да садржи прецизно дефинисан раскидни разлог, то јест одговор на питање када ће поверилац имати право да раскине конкретни уговор. Односно, када ће се сматрати да дужник није уредно извршио своју уговорну обавезу, те да је то довољан разлог за настанак повериочевог права на раскид? Тада не би било спорно да ли је у конкретном случају дозвољен раскид уговора или не. Уговарање раскидних клаузула такве садржине значајно је не само за системе судског раскида, јер се избегавају судски поступци а уговор раскида без одлуке суда, већ и за системе вансудског раскида попут нашег, јер се избегавају веома чести и компликовани судски поступци контроле основаности изјављене воље.

С друге стране, клаузула би могла садржати и правне последице раскида. У потпуности и засигурно бисмо избегли судски поступак уколико бисмо се већ у тренутку закључења уговора са другом страном договорили не само о раскидним разлозима, већ и о правним последицама њиховог наступања. Мешање суда у уговорне односе никада није пожељно. Све и да суд утврди да је повериочева раскидна изјава воље била неоснована и да је уговор и даље на снази, да ли је то гаранција да ће се поверилац повинovati судској одлуци? Вероватно није. Логично је да уколико је неко покушао да се ослободи уговорних стега, тај уговор њему више не одговара и да ће га тешко нешто, чак и судска одлука, натерати да и даље остане у спорном уговорном односу. Посебно у ситуацији када судска одлука буде донета после дужег временског периода. У том случају, све би се свело на евентуално принудно извршење и накнаду штете, која би требало да добије, осим одштетног, и специфичан превентивни, па и казнени карактер (о чему ће бити више речи у трећем делу рада).

### 3.2 „Нови уговор” као основ споразумног раскида уговора – прави споразумни раскид

За разлику од раскидне клаузуле која настаје у тренутку закључења уговора, који се касније применом клаузуле и раскида, до споразума о раскиду може доћи и након закључења уговора који се раскида. Тада прво настају раскидни разлози, па тек онда споразум о раскиду, за разлику од претходне ситуације, где прво настане клаузула као споразум о раскиду, па тек онда наступе раскидни разлози који доведу до примене клаузуле и самог раскида. Када споразум о раскиду настане као нови уговор истих уговорника, тренутак настанка споразума о раскиду и извршења самог споразума поклапају се. Самим настанком тог споразума, раскида се претходно закључени уговор истих уговорника<sup>285</sup>, а споразум је самим тим извршен, односно постигнута је сврха његовог постојања. Према томе, нови и претходно закључени уговор не могу постојати истовремено; нови уговор управо има циљ да уништи претходни.<sup>286</sup> Док постоји претходни, раскида нема, када настане споразум о раскиду, претходни престаје да постоји, али тиме престаје да производи дејство и споразум о раскиду.

Новим уговором уговорници некада могу само имати намеру да раскину претходни, а некада да раскину претходни и истовремено створе нови облигационоправни однос. Од тих случајева требало би свакако разликовати намеру странака да новим споразумом само модификују стари уговор.<sup>287</sup> Дакле, проблем може настати онда када је недовољно јасно да ли су уговорници постигли споразум о раскиду или нису. Као што смо у одељку посвећеном раскидној клаузули изнели могућност да спорна клаузула постане предмет судског спора, било из разлога своје нејасноће или непрецизности у формулисању, било из разлога повериочеве зле намере, иста могућност постоји и у случају споразумног раскида у форми новог уговора. Наиме, постоји могућност да један уговорник сматра да је дошло до

---

<sup>285</sup> V. Roppo, *Trattato di diritto privato, Il Contratto*, Milano 2011, стр. 508.

<sup>286</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 188.

<sup>287</sup> P. S. Atiyah, *op. cit.*, стр. 249; J. Beatson, *op. cit.*, стр. 521.

споразумног раскида, а други да је евентуално дошло само до модификовања старог уговора или, пак, да су вођени преговори о споразуму о раскиду, али да су безуспешно окончани. Обе ситуације би постале предмет судског спора, а суд би морао да утврди праве намере уговорника, односно да ли је у неком тренутку дошло до споразума о раскиду или није, и ако није, да ли је једна од страна поступала несавесно. Пред судом би се такође поставило и питање изрицања евентуалних правних последица понашања уговорника до тренутка коначне судске одлуке.

#### **4. Раскидни разлози за споразумни раскид уговора**

До сада смо говорили о основу споразумног раскида, то јест о раскидној клаузули и споразумном раскиду у форми новог уговора. Више пута је у досадашњем излагању истакнуто и да до примене већ унапред формулисане раскидне клаузуле, у првом случају, односно до настанка споразума о раскиду, у другом случају, долази након што наступе раскидни разлози. За разлику од споразумних раскида, ситуација са једностраним раскидима је једноставна јер раскидне разлоге прописује законодавац и уговор је могуће раскинути само у тачно одређеним случајевима прописаним законом.

Који су разлози за споразумни раскид уговора? У случају раскидне клаузуле то су они разлози који су предвиђени самом клаузулом, док су у случају раскидног уговора то разлози који су настали након закључења уговора и који су створили намеру обе уговорне стране да изађу из уговорног односа, односно то су разлози због којих закључени уговор више не одговара интересима уговорника. Чини се да је ситуација једноставнија у случају раскидног уговора, јер уговорници могу из најразличитијих разлога споразумно да одлуче да учине крај претходно закљученом уговору. Раскидни уговор је само уговор и израз слободе уговарања уговорника. Занимљивије је питање који су раскидни разлози садржани у раскидној клаузули.

Ако пођемо од принципа слободе уговарања, одговор би био исти као у случају раскидног уговора. Међутим, будући да уговорници раскидне разлоге унапред предвиђају, питање је које су то ситуације у којима уговорници дају један другом слободу да напусте уговор.

Бавећи се самом садржином раскидне клаузуле у једном од претходних одељака, истовремено смо указали на две могућности формулисања раскидних разлога. Од чињенице да ли је раскидна клаузула у корист повериоца или оба уговорника зависи и њена садржина. Наиме, клаузулом могу да буду предвиђене повреде уговора због којих ће настати право за уговору верног уговорника да га раскине или, пак, да сматра да је уговор раскинут. С друге стране, раскидни разлог може бити у форми чистог потестативног услова, односно клаузулом може бити дата могућност сваком уговорнику да у сваком тренутку одустане од закљученог уговора.

Чини се да англосаксонски правници уносе доста логике у одређивање раскидних разлога. Као што смо већ и поменули, они праве разлику да ли је реч о клаузули (тачније, о уговарању раскидног услова као модификације уговора) чијом применом долази до аутоматског раскида или о клаузули која омогућава раскид изјавом воље. Сматрају да би у првом случају раскидни разлог требало да буде ван контроле уговорника, да би једино такав раскидни разлог оправдавао раскид *ipso iure*, а да би повреда уговорне обавезе од једног уговорника давала право невиној страни да раскине уговор једнострано, позивајући се на клаузулу.<sup>288</sup> Како би у том другом случају клаузула увек била формулисана у интересу повериоца, сматрамо да би он имао право избора да ли ће се позвати на уговорну клаузулу или неће, те тиме одржати уговор на снази.

Закључујемо да одговор (бар из угла нашег права посматрано) ипак лежи у начелу аутономије воље, то јест члану 10 Закона о облигационим односима, по којем су „странке у облигационим односима слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје

---

<sup>288</sup> J. Beatson, *op. cit.*, стр. 527.

односе уреде по својој вољи”.<sup>289</sup> То значи да је садржина уговореног раскидног услова, односно садржина раскидне клаузуле израз слободне воље уговорних страна.

---

<sup>289</sup> Члан 10 ЗОО.

# ЧЕТВРТА ГЛАВА

## ДЕЈСТВО РАСКИДА УГОВОРА

### I О ДЕЈСТВУ РАСКИДА УГОВОРА

#### 1. Уводне напомене

И у пракси, тако и у теоријским расправама постоје дилеме о дејству раскида (посебно двостранообавезних уговора са трајним извршењем престаџија). Нека питања, чини нам се, остају и даље отворена, а поједини одговори подобан предмет нових расправа. И поред тога, вођени осећајем правичности, а изнад свега правне логике, у границама одредаба нашег закона, покушали смо да створимо један логичан систем који ће бити полазна основа за одговор на питања у вези са појавом званом „дејство раскида”.

Како је устаљено схватање да раскидом уговор престаје да постоји као правна чињеница, сматрали смо да је корисно да објаснимо, пре свега, због



чега се уговор уопште сматра правном чињеницом, јер ако раскидом престаје да постоји као чињеница, морао је најпре као чињеница и настати.

У престанку постојања уговора раскидом уочили смо управо дејство раскида, а наиме да се баш у престанку постојања уговора и крије одговор на питање шта је дејство раскида.

Из тога је произашло и питање како раскид дејствује. Стога смо након испитивања дејстава раскида (ретроактивно и за убудуће), покушали да их сагледамо у светлу идеје о престанку постојања уговора као правне чињенице раскидом. Дошли смо до закључка да то, иако владајуће схватање, не може да објасни ситуације када раскид дејствује за убудуће. Већина могућих објашњења свела би се на сагласност уговорника као евентуални извор таквог дејства раскида, било да је реч о преиначењу постојећег или о новом уговору. Свесни чињенице да је то решење, иако на први поглед најлогичније, изложено критикама, изнели смо и друга схватања.

Сматрали смо да је занимљиво да испитамо и поделу на уговоре са трајним и тренутним извршењем престација као скоро општеприхваћеног критеријума за утврђивање дејства раскида у конкретном случају. Приметили смо да чак и француски правни писци полако одустају од те идеје, свесни њених слабости, а можда бисмо смели рећи и нелогичности. Идеју о немогућности ретроактивног дејства раскида трајних уговора испитивали смо код појединих уговора који су уређени нашим позитивним правом (ЗОО, ЗОН).

Прва глава другог дела овог рада такође је посвећена раскидима уговора. На први поглед, може зачудити таква систематика рада. Међутим, предмет нашег истраживања су правне последице изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења. Дакле, како последице основаних, тако и последице неоснованих раскида. Такозваним неоснованим раскидима посветили смо целокупан трећи део рада. С друге стране, под последицама основаних изјава воља подразумевамо последице раскида уговора. Због тога смо одлучили да последицама основаних изјава воља посветимо прву главу

другог дела рада јер сматрамо да су сам раскид и његове последице део једне шире целине – правних последица неизвршења уговора, како смо и насловили други део овог рада.

И на крају, прва глава другог дела посвећена је последицама раскида. Нека понављања су била неопходна јер сматрамо да последице зависе од дејства раскида у конкретном случају и произлазе из тог дејства. Дакле, ово поглавље је посвећено дејствима раскида, а прва глава другог дела последицама раскида. Додирна тачка је у томе што у утврђивању последица сваког конкретног раскида за полазну основу узимамо дејство раскида у спорном случају.

Решења упоредног права (англосаксонског, немачког и француског) биће детаљно разматрана у делу посвећеном правним последицама основане изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења, то јест првој глави другог дела рада.

## **2. Престанак постојања уговора као правне чињенице**

Раскид уговора представља један од начина његовог престанка. У српском праву раскидом престаје да постоји уговор као извор облигационог односа.<sup>290</sup> Раскидом ће уговор бити укинут и као правна чињеница.<sup>291</sup> Приликом дефинисања правне чињенице правни писци наглашавају да су то оне чињенице за које закон везује настанак, промену или престанак правног односа.<sup>292</sup> Том дефиницијом је обухваћена и изјава воље, односно вољна радња која спада у људске радње, а самим тим и у правне чињенице.<sup>293</sup> Како је уговор „креација две стране”<sup>294</sup> која је настала сагласним изјавама воља

---

<sup>290</sup> Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 91.

<sup>291</sup> Иако је то владајуће становиште у уговорном праву, указаћемо у овом одељку на поједине ситуације које таквим схватањем не могу бити објашњене.

<sup>292</sup> Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд 1976, стр. 111.

<sup>293</sup> Д. Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд 2004, стр. 299.

<sup>294</sup> Д. Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд 1991, стр. 206.

уговорника, то је и уговор, у основи, једна правна чињеница. Није свака изјава воље правна чињеница, већ само она којој право даје одређена правна дејства. Дејство које производе правне чињенице, сагласне изјаве воља, односно уговор, огледа се у заснивању, промени или гашењу облигационих односа.<sup>295</sup>

На исти начин као што настају, уговори раскидом и престају да постоје, јер раскид није ништа друго до вољна радња манифестована изјавом воље једног уговорника (једностранни раскид) или сагласност две воље (споразумни раскид).

Стога, не само да је уговор правна чињеница јер подразумева сагласност воља, већ и до његовог престанка раскидом доводе правне чињенице, то јест изјављене воље.

Досадашња излагања отварају ново питање, а тиме и неопходност утврђивања разлике између две ситуације: прве, када уговор постоји као правна чињеница, и друге, када као такав престаје да постоји.

Сврха постојања уговора је у очекиваном извршењу. Испуњењем обавеза, остваривањем права која свој извор имају у уговору, гаси се облигациони однос. Остварена дејства, међутим, остају пуноважна.<sup>296</sup> Гашење облигационог односа, дакле, не повлачи са собом и престанак уговора као правне чињенице.

У чему се онда огледа смисао постојања једне правне чињенице која не производи правна дејства?

И поред тога што извршени уговор који постоји и даље у виду правне чињенице не производи правна дејства, он остаје основ који одржава на снази до тада произведена дејства. И даље, он управо пружа трајно објашњење остварених правних дејстава.<sup>297</sup> Постојање уговора као правне чињенице, у крајњем, онемогућава уговорнике да захтевају повраћај датог,

---

<sup>295</sup> С. Перовић, Облигационо право, *op. cit.*, стр. 151.

<sup>296</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 232.

<sup>297</sup> *Ibid.*

јер уговор, иако више не постоји као основ обавезивања, наставља да постоји као основ задржавања примљеног. С друге стране, раскидом уговора, гаси се и облигациони однос између уговорника и уговор као правна чињеница и као основ задржавања. У последњем управо лежи *ratio* правила *restitutio in integrum*, односно повраћаја у претходно, предуговорно стање.

Престанак постојања уговора као правне чињенице, о чему смо до сада писали, представља дејство раскида. Дејство раскида проналазимо већ у самој дефиницији овог вида престанка уговора: „Раскид уговора је начин престанка пуноважног уговора...”<sup>298</sup>; „...изјава воље која доводи до окончања пуноважног уговора”<sup>299</sup>; „...разлози који по објективном праву укидају уговор као правну чињеницу”<sup>300</sup>; „Раскидом... уговор престаје и сматра се као да никад није био закључен”<sup>301</sup>; „Остварењем раскида... престаје каузална веза између уговарача...”<sup>302</sup>.

Другим речима, на питање шта је дејство раскида одговор би био следећи: раскид дејствује тако што укида уговор као правну чињеницу.

Изложили смо шта је то што се подразумева под дејством раскида. Покушаћемо да одговоримо и на друго кључно питање – какво је дејство раскида.

Раскид може производити дејство *ex tunc* или *ex nunc*. Критеријум те поделе лежи у тренутку од којег раскид почиње утицати на постојање уговора.

### 3. Дејство раскида *ex tunc/ex nunc*

Питање од када дејствује раскид уговора на први поглед је сувишно. Наиме, пођемо ли од тога да раскидом уговор престаје да постоји као правна

---

<sup>298</sup> С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 486.

<sup>299</sup> Д. Хибер, *О појму отказа уговора са трајним извршењем, op. cit.*, стр. 64.

<sup>300</sup> Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 91.

<sup>301</sup> Љ. Милошевић, *op. cit.*, стр. 151.

<sup>302</sup> О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 444.

чињеница, као основ обавезивања и као основ задржавања, то би значило да се његово дејство простире уназад, све до тренутка закључења. Такво схватање би подразумевало само ретроактивно дејство раскида, тако да бисмо на питање какво је дејство раскида одговарали да је оно ретроактивно.

Ретроактивност би се потпуно уклапала у чињеницу да раскидом уговор престаје да постоји као правна чињеница, јер би се њоме уговарачи фактички вратили у предуговорно стање,<sup>303</sup> те би се сматрало да уговор никада није ни постојао.<sup>304</sup> Ретроактивно дејство се огледа у томе што долази до једностране или обостране реституције;<sup>305</sup> укидају се сва правна дејства која је уговор произвео међу уговорницима од момента закључења;<sup>306</sup> свака уговорна страна мора вратити другој оно што је од ње примила;<sup>307</sup> уговор престаје у потпуности, а гасе се све последице које је произвео;<sup>308</sup> значи да су чинидбе даване без правног основа;<sup>309</sup> дејство раскида тече од настанка уговора.<sup>310</sup> Ретроактивност делује „према прошлости – уназад ка моменту закључења”.<sup>311</sup>

Наиме, уговорници улазе у уговорни однос са намером да остваре одређени циљ. Из одређеног разлога њима је у интересу да уговор буде потпуно извршен. Када би у тренутку закључења знали да уговор неће бити извршен, одустали би од његовог закључења. Управо у овој идеји<sup>312</sup> можемо наћи смисао, а и оправдање, ретроактивног дејства раскида. Како уговор није

---

<sup>303</sup> Више о дејству раскида вид.: К. Доловић, *О дејству раскида уговора*, Правни живот, бр. 10, Београд 2013, стр. 679–691.

<sup>304</sup> D. O’Sullivan, S. Elliott, R. Zakrzewski, *The Law of Rescission*, Oxford 2008, стр. 6.

<sup>305</sup> С. Перовић, *Облигационо право*, *op. cit.*, стр. 517.

<sup>306</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 253.

<sup>307</sup> Љ. Милошевић, *op. cit.*, стр. 151.

<sup>308</sup> Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 96.

<sup>309</sup> Л. Марковић, *Облигационо право*, стр. 278.

<sup>310</sup> А. Алишани, *op. cit.*, 242.

<sup>311</sup> М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд 2012, стр. 223.

<sup>312</sup> Подразумева се да не мора увек да буде тако. Некада ће уговорници, упркос томе што уговор није уредно извршен, имати интерес да се уговор одржи на снази, да се делимично раскине, да ретроактивност само делимично наступи или пак да раскид има дејство само за будуће.

испунио очекивања уговорних страна, јер из одређених разлога није дошло до његовог потпуног извршења, као једино логично и исправно решење намеће се његово укидање односно заузимање става да уговор никада није ни настао. Дејства која је уговор произвео поништавају се, из разлога што она указују само на делимичност у испуњењу уговора, што, понављамо, није била сврха уласка уговорника у уговорни однос.

Такав одговор на питање какво је дејство раскида потпуно је у складу са одговором на питање шта је дејство раскида – да уговор раскидом престаје да постоји и као правна чињеница. Тек када раскидом укинемо уговор и као правно чињеницу, избрисали смо основ и објашњење за евентуални опстанак дејстава која је уговор произвео. Управо због тога се она поништавају. Отуда идеја о повраћају уговорника у стање које је претходило закључењу уговора, у тзв. предуговорно стање. Дакле, иако раскидни разлог настаје тек након закључења уговора, он погађа целокупан период од тренутка настанка уговора.

Како *ratio* ретроактивног дејства раскида лежи у идеји повраћаја у првобитно правно стање,<sup>313</sup> у предуговорно стање, поставља се питање да ли такав раскид има стварноправно или облигационоправно дејство. Критеријум би био следећи: уколико би се раскидом уговора по сили закона успостављало првобитно стање, раскид би имао стварноправно, а у супротном, облигационоправно дејство.<sup>314</sup> Како раскидом, међутим, уговор престаје да постоји, те самим тим и нестаје правни основ за задржавање примљеног, то као правна последица раскида настаје обавеза уговорника на повраћај свега примљеног на име уговора који више не постоји. Може се закључити да тек раскидом настаје обавеза на повраћај примљеног, односно тек извршењем те обавезе настале раскидом уговора успоставља се пређашње, то јест стање пре закључења уговора. Дакле, раскид има облигационоправно, а не стварноправно дејство.

---

<sup>313</sup> Л. Марковић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 278.

<sup>314</sup> *Ibid.*

Међутим, право познаје и дејство раскида *ex nunc* које је тешко објаснити. Оно се огледа у следећем: дужник се ослобађа испуњења обавезе за убудуће;<sup>315</sup> уговарачи се ослобађају обавеза извршења неизвршених престација, док се делимично испуњене престације сматрају пуноважним јер имају правни основ;<sup>316</sup> раскид делује од момента раскида па убудуће;<sup>317</sup> извршене престације између странака остају недирнуте;<sup>318</sup> сва правна дејства која је уговор до раскида произвео, све облигације које су њиме настале, остају пуноважне;<sup>319</sup> свака страна се ослобађа обавеза које нису доспеле до раскида, а задржава оно што је до раскида примила од друге стране и право на намирне до тада доспелих обавеза.<sup>320</sup>

На основу тих дефиниција дејства раскида *ex nunc*, може се закључити да је дејство *ex nunc* у супротности са идејом престанка уговора као правне чињенице. Уколико раскид доводи до нестанка уговора и као правне чињенице, значи да раскидом нестаје и сваки траг о постојању раније закљученог уговора, односно облигационог односа између уговорника, а самим тим и свих права и обавеза који су свој основ имали у уговору. Раскид дејствује само за убудуће. Њиме нису погођена правна дејства која је уговор произвео од тренутка закључења до тренутка раскида. Другим речима, извршене престације остају пуноважне. Намеће се питање како је могуће да након укидања уговора као правне чињенице остану пуноважне престације извршене на основу уговора који не само да је раскинут, већ се сматра као да није био ни закључен. Професор Константиновић је сматрао да у овом случају „уговор престаје само што се будућности тиче, а његово постојање остаје стечено.“<sup>321</sup>

---

<sup>315</sup> С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 487.

<sup>316</sup> О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 430.

<sup>317</sup> А. Алишани, *op. cit.*, стр. 254.

<sup>318</sup> Љ. Милошевић, *op. cit.*, стр. 147.

<sup>319</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 253.

<sup>320</sup> Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 96.

<sup>321</sup> М. Константиновић, *Облигационо право*, према белешкама са предавања Михајла Константиновића.

Једно од могућих објашњења било би у споразумном одређивању дејства раскида од уговорника, то јест схватању споразума уговорника као извора дејства раскида *pro futuro*. Чак и тада, добили бисмо само делимичан одговор који би се тицао објашњења порекла овог дејства, али поново не бисмо објаснили опстанак дејстава уговора од тренутка његовог настанка до раскида. Значило би, ипак, да раскидом уговор престаје да постоји тренутком раскида, али да до тада постоји као основ задржавања свега стеченог, што се поново може објаснити једино вољом, макар прећутном, уговорника. Тако би дејства која је уговор произвео до тренутка раскида свој основ нашла у новом уговору – споразуму о дејству раскида, а не раскинутом уговору.

Из тог разлога, сматрамо најисправнијим ставове оних аутора који раскид уговора за убудуће покушавају да објасне вољом уговорних страна. Они, међутим, осим споразумног раскида, наводе и ситуације престанка постојања уговора вољом једног уговорника, али то образлажу идејом да је чак и страна која трпи раскид у неком претходном тренутку дала пристанак (на пример, идеја отказа<sup>322</sup> трајних уговора са неодређеним трајањем).<sup>323</sup>

Сличном логиком вођени су и аутори који сматрају да раскид представља „садржинско преиначење уговорног односа који и даље постоји”.<sup>324</sup> На плану *ex tunc* дејства раскида то би значило да „раскидом настаје један нови (чудно је помињање „новог уговора” у оквиру идеје о преиначењу постојећег!), посебни, али првенствено уговорни однос”<sup>325</sup> који

---

<sup>322</sup> О идеји да право на отказ настаје из споразума уговорних страна писали смо у трећој глави првог дела рада „Споразумни раскид уговора”.

О отказу као „тренутку коначног довршавања процеса закључења уговора” вид. код: Д. Хибер, *О појму отказа уговора са трајним извршењем*, *op. cit.*, стр. 57 и 69.

<sup>323</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 188 – 189.

<sup>324</sup> G. (Schluep) Jäggi, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bande I und II, Zurich 1983, стр. 254, преузето од С. Стојановић, *Раскид уговора као последица доцње у швајцарском праву*, Страни правни живот, бр. 132/133, Београд 1986, стр. 109.

<sup>325</sup> E. Bucher, *Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zurich 1979, стр. 337, преузето од С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 109.



ствара обавезу на повраћај свега примљеног по основу раскинутог уговора, а самим тим и успостављање „предуговорног стања”<sup>326</sup>.

До сада смо настанак обавезе на повраћај примљеног објашњавали престанком постојања уговора као основа задржавања примљеног. Уколико не би дошло до повраћаја примљеног, то би било правнонеосновано обогаћење. С друге стране, идеја да раскидом настаје нови уговор даје реституцији карактер уговорне обавезе,<sup>327</sup> јер она настаје из новог уговора.

Покушаћемо сада да идеју о раскиду као новом уговорном односу посматрамо у светлу *ex nunc* дејства. Наиме, у случају да раскид дејствује *pro futuro*, остају пуноважна сва дејства која је уговор до тренутка раскида произвео. Навели смо већ да ако раскид схватамо као престанак постојања уговора као правне чињенице остаје отворено питање како објаснити опстанак произведених дејстава уговора, када се сматра да уговор никада није ни био закључен. Идеја о раскиду као новом уговорном односу даје још једно објашњење дејства *pro futuro*: пуноважност произведених дејстава свој основ налази у новом уговору који настаје раскидом. Тај уговор би се схватио као сагласност уговорника да дејства која је уговор произвео остају на снази, а да се у погледу неизвршених престација уговорници ослобађају својих обавеза преузетих уговором. Касније ћемо видети да ли је то објашњење правно одрживо.

Да ли аутори који у раскиду виде садржинско преиначење уговора или, тачније, нови уговор (јер из њиховог објашњења ипак произлази да у раскиду виде нови уговор, а не преиначење уговора који се раскида) имају у виду једнострану или споразумну раскид? Чини се да је код споразумног раскида такво схватање одрживо. Оно представља у ствари дефиницију споразумног раскида, то јест споразума о раскиду којим се уговорници саглашавају о престанку уговорног односа. С друге стране, једнострану

---

<sup>326</sup> С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 109.

<sup>327</sup> G. (Schluep) Jäggi, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bande I und II, Zurich 1983, стр. 253, преузето од С. Стојановић, *op. cit.*, стр. 109.

раскид представља изјаву воље само једног уговорника усмерену на раскид уговора. Питање је како изјава воље само једног уговорника може створити нови уговорни однос. Чак и да се раскидом само преиначава постојећи уговор, опет се чини да за његово садржинско преиначење не би била довољна само изјава воље једног уговорника.

Треће могуће објашњење свело би се на довођење у питање владајућег схватања да раскидом уговор престаје да постоји као правна чињеница. У случају дејства раскида за убудуће<sup>328</sup> неодржив је став да је уговор престао да постоји као правна чињеница. Од тренутка закључења до тренутка раскида уговора, чини се као да он и даље постоји као чињеница која пружа објашњење о томе да је некада постојећи уговорни однос оставио трагове у виду извршених (и задржаних) престација уговорника.

#### **4. Однос дејства и последице једностраног раскида уговора због неизвршења**

Појам дејства раскида<sup>329</sup> не би требало мешати са појмом последица раскида. Иако се на први поглед може учинити да су то појмови истог значења, чини нам се да има места разликовању та два термина. Може се рећи да последице произлазе из дејства раскида. Другим речима, од дејства раскида у конкретном случају зависиће и последице раскида. Стога, различите последице наступају у случају да раскид дејствује ретроактивно, односно у случају да раскид има дејство само за убудуће.

---

<sup>328</sup> Као и у случају делимичне ретроактивности, о чему ћемо писати у првој глави другог дела рада.

<sup>329</sup> Б. Визнер, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књига 1 (члан 1–157), Загреб 1978, стр. 523, говори о правним учинцима које раскид због неиспуњења уговорних обавеза повлачи за собом, те наводи да се учинци могу тицати самих уговорника, самог уговора који се раскида, као и трећих лица. Може се закључити да аутор под учинцима раскида подразумева и дејства раскида и последице раскида. Ипак, сматрамо да би учинке који доводе до престанка постојања уговора требало називати дејствима (према ауторовом мишљењу, то би био учинак раскида), а учинке који се тичу уговорника и трећих лица последицама раскида, које произлазе и зависе од дејства раскида.

Када се говори о дејству једностраног раскида уговора, мисли се у ствари на дејство које производи изјава<sup>330</sup> воље једног уговорника усмерена на раскид уговора. Та изјава воље почиње да производи дејство у тренутку када буде саопштена другој страни. Тада уговор и престаје да постоји, што представља дејство раскида. Тек као друго намеће се питање да ли чињеница престанка постојања уговора утиче на уговором већ произведена правна дејства, то јест да ли раскид дејствује ретроактивно или само за убудуће.

Правило је да раскид дејствује ретроактивно јер престанком постојања уговора нестаје и правни основ задржавања примљених престација. Како се узима да уговор никада није ни био закључен, то не могу остати на снази ни дејства која је за време свог трајања уговор произвео. Може се рећи да се у случају ретроактивног дејства раскида последице раскида простиру и уназад, на период трајања уговорног односа, али и унапред, на период након престанка постојања уговора.

Ако раскид дејствује тако што ствара последице које се простиру уназад, то представља само примену правила *restitutio in integrum*. Примена тог правила је опет конкретизација правила о неоснованом обогаћењу.<sup>331</sup> Наиме, све док постоји пуноважно закључени уговор, као правни основ остваривања свих права насталих из уговора, нема места примени правила о неоснованом обогаћењу. Када отпадне правни основ, све примљено по основу раније постојећег уговора представља обогаћење без основа, те је нужан повраћај у предуговорно стање. Повраћај у пређашње стање остварује се на следећи начин: прво, без обзира на кривицу за раскид уговора, свака уговорна страна која је потпуно или делимично извршила уговором преузету обавезу (обавезе) има право на повраћај датог;<sup>332</sup> друго, свака страна дугује другој накнаду за користи које је у међувремену имала од онога што је дужна

---

<sup>330</sup> Више о овоме: Ј. Перовић, *Изјава о раскиду као услов за раскид уговора због неиспуњења обавезе*, Правни живот, бр. 11, Београд 2005, стр. 473.

<sup>331</sup> Михајло Живковић, *Последице раскида уговора*, семинарски рад на постдипломским студијама, Београд 2006, стр. 5.

<sup>332</sup> Члан 132 став 2 ЗОУ.

вратити односно накнадити;<sup>333</sup> треће, страна која враћа новац дужна је платити затезну камату од дана када је исплату примила. На тај начин имовине уговорника биће враћене у оно стање у којем су се налазиле у тренутку закључења уговора, а сами уговорници биће поново у предуговорном имовинском положају.<sup>334</sup>

С друге стране, и у случају ретроактивног дејства раскида, наступају последице које се односе на период након раскида уговора. Раскидом уговора обе стране су ослобођене својих обавеза изузев обавезе на накнаду евентуалне штете.<sup>335</sup>

У случају да раскид дејствује *ex nunc*, наступају само последице предвиђене управо цитираним чланом. Овде свакако остаје отворено питање (којим смо се већ бавили у претходним излагањима) на којем основу опстају дејства уговора која су произведена у тренуцима која су претходила раскиду.

Од дејства раскида уговора требало би разликовати и питање дејства повреде уговора.<sup>336</sup> Наиме, у случају да један уговорник не испуни неку од уговорних обавеза настаје право избора на страни повериоца. Он може уговор раскинути, али га може и одржати на снази. Дејство повреде уговора (подразумева се да није свако неизвршење обавеза битна повреда уговора односно не представља свако неизвршење раскидни разлог<sup>337</sup>) рађа право избора на страни повериоца. Ако се поверилац определи за раскид и то саопшти дужнику, наступа дејство раскида које се огледа у престанку постојања уговора.

---

<sup>333</sup> Члан 132 став 4 ЗОО.

<sup>334</sup> Михајло Живковић, *Последице раскида уговора*, *op. cit.*, стр. 5.

<sup>335</sup> Члан 132 став 1 ЗОО.

<sup>336</sup> R. Stone, *Principles of Contract Law*, London 2000, стр. 305.

<sup>337</sup> G. H. Treitel, *An outline of The Law of Contract*, *op. cit.*, стр. 268.

## II ДЕЈСТВО РАСКИДА УГОВОРА СА ТРАЈНИМ И ТРЕНУТНИМ ИЗВРШЕЊЕМ ПРЕСТАЦИЈА

### 1. Уговори са трајним и тренутним извршењем престација

Уговори са тренутним извршењем престација су уговори код којих се обавезе састоје из једног акта чињења или пропуштања, па се извршавају у једном моменту.<sup>338</sup> Отуда је те уговоре могуће раскинути само пре него што отпочне њихово извршење, јер се извршење тих уговора не простире у времену. С друге стране, уколико је уговор потпуно извршен, не постоји *ratio* за његов раскид, јер је суштина раскида увек у тежњи уговорника да се ослободе обавеза насталих уласком у уговорни однос. Извршењем уговора потпуно престају да постоје уговорне обавезе, иако уговор и даље постоји као правна чињеница. Истина, раскид је могућ и ако је само једна страна у двостраном уговору обавезу испунила, као и у случају да један или оба уговорника нису своју обавезу испунила онако како је уговорено.

Уговори са трајним извршењем престација<sup>339</sup> су они код којих се извршење обавеза простире у времену, тако да се обавезе обично састоје из више аката чињења или пропуштања<sup>340</sup>. Раскид тих уговора је могућ и након отпочињања његовог извршења. Подразумева се да тај уговор може да престане да постоји раскидом и пре почетка извршења уговора, односно у фази када уговор још није произвео никаква правна дејства. Извршени уговор се не може раскинути.

Велики број аутора се у одговору на питање које смо претходно поставили – када раскид има, а када нема ретроактивно дејство, позива на поменућу поделу уговора. Цитираћемо само неке од њих: „Питање од ког

---

<sup>338</sup> С. Larroumet, *op. cit.*, стр. 172; С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 211.

<sup>339</sup> Више о уговорима са трајним извршењем вид.: Porumb O., *La Rupture des Contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, Paris 1937; Azéma J., *La durée des contrats successifs*, Paris 1969.

<sup>340</sup> С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 211; С. Larroumet, *op. cit.*, стр. 172.

тренутка делује раскид, решава се различито у зависности од садржине уговора... код уговора са трајним престацијама, раскид делује *ex nunc*... код уговора са тренутним престацијама раскид делује *ex tunc*<sup>341</sup>; „...правило о ретроактивном дејству раскида не може да се примени у случају уговора са трајним престацијама”<sup>342</sup>; „...код уговора са трајним извршењем није увек могуће да раскидање делује уназад већ само убудуће (*ex nunc*)”<sup>343</sup>; Код трајних уговора може бити немогућ повраћај у пређашње стање<sup>344</sup>.

Да ли је одговор на питање када раскид има ретроактивно дејство заиста толико једноставан, односно да ли се у одговору на то питање можемо задржати само у оквирима поделе на тренутне и трајне уговоре? Ако се анализирају наводи цитираних аутора, могло би се закључити да раскид уговора по правилу дејствује ретроактивно. Прецизније, раскид дејствује ретроактивно увек када је могуће поништити сва правна дејства која је уговор произвео од закључења до раскида. У супротном, када то није могуће, раскид делује само за убудуће. Следеће питање које се намеће јесте када би то било немогуће поништити произведена дејства, односно да ли је дејство раскида трајних уговора могуће само *pro futuro*.

## 2. Дејство раскида уговора са трајним извршењем престација

Као што смо већ поменули у претходном одељку, трајни уговори су они код којих се извршење обавезе простире у времену. Другим речима, обавеза се не извршава тренутно, већ у дужем или краћем временском интервалу. Управо на основу тога већина аутора закључује да је повраћај у пређашње, предуговорно стање често немогуће јер самим раскидом не могу бити неутралисана сва дејства и све последице које су настале закључењем и

---

<sup>341</sup> Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 259.

<sup>342</sup> Љ. Милошевић, *op. cit.*, стр. 151.

<sup>343</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 397.

<sup>344</sup> М. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, стр. 632.

извршавањем уговора у одређеном периоду времена. У овом поглављу ћемо покушати да утврдимо оправданост тог става.

Још једно питање је веома занимљиво. Када би и било могуће остварити повраћај у пређашње стање, да ли би ретроактивност погодила читав период од тренутка закључења уговора или само период од тренутка престанка извршавања уговора до тренутка раскида?<sup>345</sup>

Пођимо од првог питања, а за пример узмимо уговор о доживотном издржавању. Чланом 194 ставом 1<sup>346</sup> Закона о наслеђивању прописано је да се уговором о доживотном издржавању прималац издржавања обавезује да се после његове смрти на даваоца издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а да се давалац издржавања обавезује да га, као накнаду за то, издржава, да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани. У ставу 2 тог члана законодавац прецизира које су то обавезе даваоца издржавања, у случају да оне нису садржане у уговору. Наиме, давалац издржавања је обавезан да по закључењу уговора обезбеди примаоцу издржавања становање, храну, одећу и обућу, одговарајућу негу у болести и старости, трошкове лечења и давања за свакодневне уобичајене потребе. Очигледно је да су наведене обавезе даваоца издржавања трајног карактера, те да се обавезе обезбеђивања становања, исхране и слично не могу извршити у једном тренутку, већ се њихово испуњење простире у времену, од тренутка закључења уговора о доживотном издржавању до тренутка смрти примаоца издржавања. С друге стране, обавеза коју уговором стиче прималац издржавања према даваоцу издржавања нема карактер трајности. Последње, међутим, не одузима читавом уговору карактер уговора са трајним извршењем престација. Наиме, да би један уговор био трајан, довољно је да извршење обавезе бар за једну

---

<sup>345</sup> Овим питањем ћемо се бавити у другом делу рада, у првој глави посвећеној раскиду уговора као једној од последица његове повреде. На овом месту га ипак постављамо из разлога сродности са питањем којим се бавимо у овом одељку.

<sup>346</sup> Закон о наслеђивању, „Службени гласник РС”, бр. 101/2003, у даљем тексту ЗОН.

страну буде одложено.<sup>347</sup> Тако долазимо до закључка да је уговор о доживотном издржавању уговор са трајним извршењем.

Како нас пре свега интересује дејство раскида трајног уговора, посматрано на примеру уговора о доживотном издржавању, то ћемо цитирати и одредбе Закона о наслеђивању (ЗОН) које уређују раскид овог уговора, тачније, дејство и последице раскида тог уговора. Наиме, чланом 201 ставом 1 ЗОН-а прописано је да у случају да дође до таквог поремећаја међусобних односа између уговорника да они постану неподношљиви, свако од њих може захтевати да суд раскине уговор. Таква одредба инспирисана је ситуацијом у којој би односи међу уговорницима били поремећени у тој мери да се уговор више не би могао извршавати. Законодавац иде и даље, те регулише и питање дејства таквог раскида, односно правних последица које раскидом настају. У случају раскида, стоји у ставу 2 истог члана, прималац издржавања је дужан да дâ накнаду за примљена давања и услуге. Сматрамо да је управо цитирана одредба ЗОН-а у супротности са ставовима оних аутора који сматрају да раскид таквих, трајних уговора, мора деловати само за убудуће. Обавеза да, у случају раскида, прималац издржавања накнади даваоцу издржавања сва примљена давања и услуге подсећа на примену правила *restitutio in integrum*. Обавеза давања издржавања трајала је одређени временски период, тачније од тренутка закључења уговора до тренутка његовог раскида. Слажемо се са ставом неких аутора да је некада немогуће у потпуности успоставити предуговорно стање које је постојало пре закључења уговора, али сматрамо да је цитирани став 2 управо покушај да се то претходно стање успостави у што је могуће већој мери. Тиме је свакако доведено у питање правило да раскид трајних уговора не дејствује ретроактивно.

Такође чест пример дејства трајних уговора који се наводи у литератури јесте уговор о закупу. За уговор о закупу могло би се чак рећи и да је „школски пример” на коме се изучава питање дејства трајног уговора.

---

<sup>347</sup> Д. Хибер, *О појму отказа уговора са трајним извршењем, op. cit.*, стр. 52.



Чланом 567 ставом 1 ЗОО<sup>348</sup> одређен је појам уговора о закупу. У питању је уговор<sup>349</sup> којим се закуподавац обавезује да преда одређену ствар закупцу на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину. Да би купац могао да оствари право на употребу закупљене ствари, закуподавац му то мора омогућити, односно на њему је обавеза да омогући употребу предмета закупа, која подразумева одржавање ствари за време трајања закупа.<sup>350</sup> Та закуподавчева обавеза, као и обавеза пружања заштите закупцу у случају правних<sup>351</sup> и физичких<sup>352</sup> недостатака ствари трајног су карактера, јер се извршавају у одређеном временском периоду, а не тренутно. С друге стране, закуподавчева обавеза плаћања закупнине,<sup>353</sup> као и обавеза чувања ствари<sup>354</sup> постоје за све време трајања закупа. Како оба уговорника уговором стичу обавезе (иако не све) трајног карактера, то се може закључити да је уговор о закупу, за разлику од уговора о доживотном издржавању, обострано трајан уговор. Уколико би дошло до раскида овог уговора због неизвршења, на пример због тога што купац не плаћа закупнину, поставило би се питање дејства раскида. Неспорно је да би требало утврдити у којем то периоду времена купац није плаћао закупнину, а користио је предмет закупа. Неопходно би било утврдити корист коју је купац стекао у периоду док је користио предмет закупа, а за то закуподавцу није плаћао накнаду у виду закупнине. С друге стране, у литератури се сматра скоро неспорним и да дејство раскида таквог трајног уговора делује само *pro futuro*, што нам се чини неспојивим са претходним. Наиме, уколико би у случају раскида купац био обавезан да исплати накнаду, у износу који одговара користи коју је употребом стекао у периоду у којем закупнину није плаћао, онда би такво дејство раскида подсећало на ретроактивност. Слажемо се да се не

---

<sup>349</sup> Више о овоме: С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 654–691.

<sup>350</sup> Члан 570 став 1 ЗОО.

<sup>351</sup> Члан 580 ЗОО.

<sup>352</sup> Члан 573 ЗОО.

<sup>353</sup> Члан 583 ЗОО.

<sup>354</sup> Члан 581 ЗОО.

могу поништити нити избрисати чињенице да је неко користио предмет закупа одређено време, на пример, живео у закупљеном стану, али то свакако не значи да раскид не може имати ретроактивно дејство.

Дакле, раскидом уговора о закупу настала би обавеза за закуподавца да врати износ примљених закупнина. Закупац би, с друге стране, могао бити обавезан на износ који изражава укупну вредност користи коју је уживао док је користио предмет закупа. Уколико би висина закупнине остала иста, то би управо био износ који би одговарао висини закупнине. У супротном, ако би се цене промениле од тренутка закључења до тренутка раскида, а имајући у виду чињеницу да уговор више није на снази, не би се више могле узимати као релевантне висине закупнина предвиђене уговором, већ тренутне вредности на тржишту. Уколико би се десило да су се цене закупа у току трајања уговорног односа снизиле у односу на тренутак када је уговор закључен, онда би се могло дешавати да закупци намерно престану са извршавањем обавеза да би закуподавцима дали разлог за раскид уговора због неизвршења. Тада би могли закључити уговор о закупу са другим закуподавцем под повољнијим условима. С друге стране, накнада на коју би закупци били обавезани за период коришћења предмета закупа (доспеле, а неисплаћене закупнине) одмеравала би се у односу на тренутне висине закупнине. У случају потпуне ретроактивности, закупци би били и на „добитку”, јер би се новчано изражена вредност користи коју су остваривали у току трајања уговора одмеравала по новоформираним ценама на тржишту, те би износила мање по јединици времена од износа који би закуподавац био дужан да врати на име плаћених закупнина.

Супротно, ако би се стање на тржишту променило у корист закуподавца, у смислу повећања висине закупа, закуподавац би својим понашањем могао „да натера” закупца на излазак из уговорног односа, то јест на раскид због неизвршења.

Чак и у случају да постоји услов за раскид, то би био неправичан раскид. Ситуација би била следећа: настало је право на раскид уговора, постоје раскидни разлози предвиђени законом, али се уговор не раскида због

тога, већ поверилац користи ситуацију да би се ослободио уговора који му више не одговара (на пример, због промене висине закупнине на тржишту).

Друга идеја би била да купац у случају раскида плаћа накнаду за користи које је уживао у висини закупнине предвиђене уговором. Логика би била у томе да је то управо износ на који су пристала оба уговорника тренутком стварања уговорног односа. И тада би постојала могућност несавесног поступања уговорника. Наиме, било купац било куподавац могли би неизвршењем уговора да наведу другу страну на раскид, рачунајући да им је више у интересу раскид уз правне последице него останак у закљученом уговору (на пример, већи је износ закупнине коју би куподавац добио закључењем новог уговора у односу на износ закупнина које би био дужан да врати на име реституције (увећан обавезом плаћања евентуалне накнаде штете, камате), а умањен износом који би добио од свог првобитног купца на име реституције).

Уговор о стипендирању<sup>355</sup> је такође пример трајног уговора. Тим уговором стипендиста може преузети обавезу да, након истека рока на који је уговор о стипендирању закључен, ради код даваоца стипендије. У случају раскида уговора, стипендиста би био обавезан да даваоцу врати износе примљених стипендија. Могућа је ситуација да стипендисти више одговара да раскине уговор и врати износ примљених стипендија, на рачун ослобађања од обавезе рада за даваоца стипендије и остваривања зараде код другог послодавца. То би се спречило једино тиме што би стипендиста био обавезан да плати износе веће од износа примљених стипендија, увођењем одређеног механизма утврђивања остварене користи за време трајања уговора о стипендији.

---

<sup>355</sup> У том смислу и: А. Алишани, *op. cit.*, стр. 252.

### 3. Критика поделе на уговоре са трајним и тренутним извршењем престација као критеријума за одређивање дејства раскида

У претходном поглављу изнели смо сумњу у немогућност ретроактивног дејства раскида трајних уговора. Постоје, наиме, поједини ставови, можемо слободно рећи и тенденције у прилог ретроактивности трајних уговора, бар у извесној мери.<sup>356</sup> Шта би то значило у извесној мери?

Ретроактивност „у извесној мери” значило би управо да сам појам ретроактивности схватимо мало еластичније. Слажемо се са правним писцима који сматрају да је илузорно очекивати потпуно брисање једног правног стања створеног извршавањем трајног уговора. Међутим, прво, за тиме нема ни потребе, а друго, и поред тога, могуће је спровести ретроактивност у нешто измењенијем облику.

Нема сумње, дакле, да се неке настале чињенице не могу избрисати, али ипак је могуће замислити деловање раскида уназад.<sup>357</sup> Уговорник који је своје право остваривао у одређеном временском периоду (живео у нечијем стану, употребљавао нечију ствар) стекао је одређену корист. Та корист не може бити враћена у природном облику, али то не значи да ће раскид тих уговора деловати само за убудуће. Могуће је утврдити новчани еквивалент остварене користи. Право да захтева тај износ настаће за другог уговорника након раскида уговора.

Изнето становиште има подршку и у текстовима француских правних писаца, иако се у француском праву подела на тренутне и трајне уговоре редовно узима као критеријум за одређивање дејства раскида. Критикује се, дакле, став који оправдање за одступање од ретроактивности налази у тешкоћи реституције и контрареституције у појединим случајевима. Критика се опет темељи на устаљеној логици: уколико и постоји проблем у погледу

---

<sup>356</sup> G. Marty, P. Raynaud, *op. cit.*, стр. 343.

<sup>357</sup> *Ibid.*

натуралне реституције, нема разлога не применити као и увек „резервно правило” – новчану реституцију.<sup>358</sup>

У текстовима новијег датума критикује се и начин резоновања судова у ситуацијама када је натурална реституција немогућа, те се све више шири идеја да немогућност натуралне реституције не сме бити разматрана као препрека могућности реституције уопште.<sup>359</sup> Ако то није препрека код тренутних уговора, зашто би онда била код трајних уговора?

Постоји још један разлог, како су у питању двостранообавезни уговори, који оправдава управо изнете ставове. Наиме, неспорно је да начело еквиваленције<sup>360</sup> мора бити поштовано за време трајања тих уговора. Чини се, пак, да исто начело мора надживети и сам уговор. Након раскида уговора, неопходна равнотежа се постиже управо ретроактивношћу.<sup>361</sup>

Како се обрачунава новчана вредност користи остварене током трајања трајног уговора? Након раскида уговора уговорнике не обавезује више ниједна уговорна одредба. Нису више обавезујуће (јер више не постоје, а узима се да нису ни постојале) ни одредбе којима је била одређивана вредност појединих престација (на пример, висина закупнине би представљала новчани еквивалент користи коју је купац остваривао у јединици времена). Отуда се користи стечене трајним уговором, у ситуацији која изискује новчану реституцију, морају обрачунавати с обзиром на тренутно стање на тржишту. На тај начин је отворен простор за злоупотребе уговорника, који би намерним кршењем одредаба уговора и њиховим

---

<sup>358</sup> С. Paulin, *La Clause résolutoire*, Paris 1996, стр. 99.

<sup>359</sup> Yves – Marie Serinet, *Restitution Following the Destruction of a Contract, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010, стр. 547.

<sup>360</sup> О начелу еквиваленције и двостраним уговорима вид.: С. Перовић, Начело еквиваленције и двострани уговори, Правни живот, бр 5-6, Београд 2004, стр. 7-39.

<sup>361</sup> Међутим, то не би требало погрешно схватити. Уколико је, на пример, реч о закупу, корист коју је остварио закуподавац изражена у новчаном еквиваленту, не мора одговарати висини уговорене закупнине у одређеној јединици времена. Наиме, раскидом уговор престаје да постоји као основ. Иако су стране у тренутку закључења уговора уговориле одређену висину закупнине, те се може рећи да је управо вредност закупнине и корист изражена у новцу коју је остварио купац, тако не мора бити након раскида. Након раскида, релевантна је висина закупнина на тржишту јер уговор више не постоји, те ни странке више нису ограничене ранијим договором.

игнорисањем покушавали да издејствују „бег” из уговорног односа који им више не одговара, надајући се да ће друга страна, позивајући се на њихово понашање као на раскидни разлог, остварити своје стечено право на једнострану одустанак од уговора. Тиме бисмо се нашли на пољу намерних повреда уговора (тзв. *cynical breach*), из којих учинилац повреде остварује корист за себе.

Стога би се могло закључити да је циљ ретроактивности успостављање претходног стања у смислу враћања уговорника у онај имовински положај у којем су се налазили пре закључења уговора, а не „брисање” свих чињеница које чине једно правно стање створено раскинутим трајним уговором.

### **III ОДНОС ДЕЈСТВА РАСКИДА УГОВОРА И ДЕЈСТВА НИШТАВОСТИ/РУШЉИВОСТИ УГОВОРА**

Ништав уговор представља једно правно ништа.<sup>362</sup> Ништави уговори су непуноважни уговори јер приликом њиховог закључења нису испуњени сви услови за пуноважност. Иако су настали, ништави уговори носе у себи одређени недостатак и управо их он чини непуноважним. Као последица тога, ништави уговори не производе правно дејство.<sup>363</sup> И поред тога, ништав уговор постоји. И са тим недостатком, који га и оставља без правних дејстава, ипак постоји. Ништав уговор се не може поништавати. За тим нема потребе јер је он ништав већ тренутком настанка. Може се закључити да он постоји као правна чињеница, као доказ о настанку једног уговора, који, међутим, из одређеног разлога није пуноважан. Због озбиљности самог недостатка, такав уговор је погођен најоштријом санкцијом – немогућношћу произвођења правних дејстава.

---

<sup>362</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 345.

<sup>363</sup> С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 450.

Рушљив уговор је такође непуноважан уговор, јер у тренутку самог настанка поседује одређени недостатак. Како је тај недостатак блажи у односу на онај садржан у једном ништавом уговору, јер он вређа само појединачне, а не и опште интересе, то је овде и санкција блажа. Наиме, непуноважност тим уговорима не ускраћује могућност да производе правна дејства. Рушљив уговор је закључен, он постоји и производи дејства. За разлику од ништавог уговора који се не може поништити, пошто за тим нема потребе јер је сам по себи ништав, рушљив уговор се може поништити. Тај уговор поништењем престаје да постоји као правна чињеница, а само поништење се простире и на сва дејства која је уговор произвео. Уколико у одређеном року рушљив уговор не буде поништен, он постаје пуноважан, а таквим се сматра од тренутка самог настанка.

У случају раскида, као што смо више пута поменули, уговор престаје да постоји као правна чињеница. Спорно, међутим, може бити питање дејства раскида, односно да ли раскид делује ретроактивно или за убудуће.

Након што смо одвојено посматрали дејства која производе или не производе рушљиви односно ништави уговори, као и сам раскид уговора, покушаћемо да утврдимо које су додирне тачке тих правних појава, а шта је то што их раздваја.

Да закључимо: прво, ништав уговор постоји као правна чињеница, али не производи правно дејства; друго, рушљив уговор поништењем престаје да постоји као правна чињеница, а бришу се и сва произведена правна дејства; треће: уговор раскидом престаје да постоји као правна чињеница.

Из наведеног произлази да поништењем (рушљивих) и раскидом (пуноважних) уговора престаје да постоји уговор као правна чињеница<sup>364</sup>, док то није случај са ништавим уговорима који се не могу ни поништити (јер су већ од тренутка настанка ништави) ни раскинути (јер су непуноважни).

---

<sup>364</sup> Иако ова дефиниција раскида представља владајуће становиште, сматрамо да би се ипак могла довести у питање. Наиме, могућност дејства раскида за убудуће, те питања делимичне ретроактивности негирају дефиницију раскида у смислу престанка постојања уговора као правне чињенице, о чему смо већ писали.

Ништави уговори постоје. Такав уговор не производи правна дејства, па не постоје ни механизми за његов престанак, јер за тиме нема сврхе. Након што је закључен, тај уговор наставља да постоји, иако без икаквих дејстава. Он својим постојањем сведочи о сагласно изјављеним вољама у једном претходном тренутку, које међутим нису довеле ни до каквог правног ефекта јер су супротне јавном интересу. Међутим, као што за поништени и раскинути уговор<sup>365</sup> кажемо да не постоји правни основ (јер уговор као правна чињеница више не постоји), тако за ништави уговор кажемо да не постоји пуноважни правни основ (иако ништав уговор постоји као правна чињеница). Обе ситуације доводе до истих последица, наиме, поставља се питање примене правила повраћаја свега што је примљено на основу поништеног, раскинутог или ништавог уговора.

Пошли смо, дакле, од разлике у дејствима рушљивог, ништавог и раскинутог уговора, а закључили смо да се у сва три питања јавља проблем повраћаја примљеног. Обавеза повраћаја датог код ништавог уговора произлази из чињеница да ништав уговор не обавезује странке, те да ниједна страна нема обавезу да захтева од друге извршење обавезе, нити да друга има обавезу да нешто испуни по уговору. Рушљив уговор, као и пуноважно закључени уговор (до тренутка раскида), производе правна дејства, која се бришу тренутком поништења, односно раскида. Због тога постоји обавеза на повраћај свега примљеног на име поништеног или раскинутог уговора, јер они као правни основ више не постоје. У сва три случаја, дакле, имамо појаву ретроактивности, то јест повраћаја у пређашње стање. О проблему неретроактивног дејства раскида у одређеним ситуацијама већ смо излагали. У сваком случају, ретроактивност се јавља као правило.

---

<sup>365</sup> Вид. М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, *op. cit.*, стр. 223. У чињеници да ретроактивни раскид (какав је по 300 једнострано раскид уговора због неиспуњења) делује „према прошлости”, аутор с правом, проналази разлог због којег се чак и за раскид уговора понекад употребљава термин „поништај” (вид. Ж. Перић, *О поништају уговора због неизвршења*, *op. cit.*, стр. 3–49.



**ДРУГИ ДЕО**

**ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕИЗВРШЕЊА УГОВОРА**

## УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Правне последице неизвршења (неиспуњења)<sup>366</sup> нису ништа друго до санкције за неизвршење обавезе, и то санкције које погађају дужника. С друге стране, из угла повериоца посматрано, последице дужниковог неизвршења се огледају у правним средствима која су му на располагању. Правна средства су повериоцу гарантована правним поретком, што је претпоставка за стицање конкретних субјективних права повериоца. За разлику од стицања конкретног права, које је условљено постојањем конкретне правне норме, његово остваривање зависи искључиво од воље повериоца као „повређене стране”.

Повредом уговора отварају се за уговорника, чија су очекивања понашањем друге стране изневерена, два различита питања. Прво је, како повратити све користи које је на основу уговора дао или учинио свом сауговорачу, а друго питање је како надокнадити штету коју је претрпео због неизвршења уговора.<sup>367</sup> Први проблем решава се на плану реституције, као последице раскида уговора са ретроактивним дејством, а други у оквиру накнаде штете.<sup>368</sup> Оба правна средства део су шире целине коју чине правне последице неизвршења уговора.<sup>369</sup> Поверилац ће често прибећи управо тим правним средствима јер ће га само дужниково неизвршење мотивисати на окончање уговорног односа раскидом, упркос неспорном праву да се захтева извршење уговора.

---

<sup>366</sup> О ризицима неизвршења уговорних обавеза вид.: F. Paraiso, *Le risqué d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Marseille 2011.

<sup>367</sup> G. Samuel, *Law of Obligations and Legal remedies*, London 2001, стр. 380–381.

<sup>368</sup> J. Carbonnier, *Droit Civil, Les Obligations*, Paris 1956, стр. 280.

<sup>369</sup> *Ibid.*, стр. 381.

Навешћемо три основне последице повреде уговора<sup>370</sup>, односно три основна правна средства која су на располагању повериоцу у случају да дужник учини повреду уговора.

1. Право на раскид уговора због неизвршења. О појму раскида, теоријским подлогама тог права, раскидним основом и разлозима, као и дејствима самог раскида бавили смо се у првом делу овог рада. Последице раскида обрадићемо поново у посебној глави рада да бисмо и на тај начин направили границу између правних последица раскида и правних последица повреде уговора. Како је право на раскид само једна од последица неизвршења уговора, последице раскида се могу сматрати посредним последицама повреде уговора. То је посебно значајно и за питање тзв. неоснованих раскида. Пошто их квалификујемо као својеврстан вид повреде уговора, у трећем делу рада бавићемо се последицама неизвршења, које су обрађене у овом делу рада, али на примеру конкретног неизвршења/повреде уговора, то јест покушаја раскида уговора без основа.

2. Право да захтева извршење уговора.

3. Право на накнаду евентуално настале штете услед закашњења у извршењу или неизвршења (потпуног или делимичног).

---

<sup>370</sup> За последице повреде уговора у енглеском, француском и немачком праву вид.: R. Youngs, *English, French and German Comparative Law*, London – Sydney 1998, 434-444.

**ПРВА ГЛАВА**  
**ПРАВО НА РАСКИД УГОВОРА**

**ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ**  
**УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ**  
**НЕИЗВРШЕЊА**

**I ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ РАСКИДА УГОВОРА ЗБОГ**  
**НЕИЗВРШЕЊА ИЗЈАВОМ ВОЉЕ**

**1. Уводне напомене**

У систему вансудског раскида уговор се раскида изјавом воље, па ћемо се у овом делу рада бавити правним последицама основане изјаве воље

усмерене на раскид уговора због неизвршења. Не доводи свака изјава воље усмерена на раскид до раскида уговора, већ само основана изјава воље. Отуда, када се у трећем делу рада будемо бавили последицама неосноване изјаве воље, то неће бити последице раскида. Иако на први поглед изгледа правно нелогично, трећи део рада обухватаће управо оне ситуације (којих је све више у нашој арбитражној и судској пракси) у којима је уговор и даље на снази, али је неопходно поставити питање правних последица понашања уговорника након повериочевог неуспешног покушаја раскида, и то санкционисањем повериочевог недозвољеног понашања.

## **2. Правне последице раскида уговора због неизвршења/правне последице неизвршења уговорне обавезе – разграничење и терминолошке напомене**

Правне последице раскида уговора не би требало мешати са правним последицама неизвршења уговорне обавезе. Раскид због неизвршења тек је једна од последица неиспуњења уговорне обавезе. То је право које настаје за уговору верну страну у случају да други уговорник повреди уговор. Наиме, под правним последицама неизвршења подразумевамо правна средства која су на располагању страни верној уговору. Право на раскид је тек једно од њих. Да ли ће се поверилац чији дужник не испуњава обавезе одредити за раскид или за неко друго правно средство, ствар је његовог избора и воље.

И на крају, уколико настанак повериочевог права на раскид уговора схватимо као непосредну последицу дужниковог неизвршења, тада би последице самог раскида уговора могле бити посматране као посредне последице неизвршења уговора. Јер, свака последица раскида уговора вукла би своје порекло, имала би свој извор, па и оправдање у повреди уговора учињеној дужниковим понашањем.

### 3. Правне последице раскида уговора

Раскид уговора реализује се изјавом воље.<sup>371</sup> Међутим, неће свака изјава воље раскинути уговор. Да би изјава воље довела до краја једног уговорног односа, мора бити основана, те као таква саопштена дужничкој страни. Тек тренутком пријема такве раскидне изјаве наступа раскид. Основана раскидна изјава довешће до престанка уговора већ тренутком пријема,<sup>372</sup> чак и у случају да је дужник оспорио њену основаност пред судом,<sup>373</sup> те да се на одлуку суда о основаности морало чекати. Како је основаност довољна да изјави воље дâ раскидно дејство, одлука суда у накнадном контролном поступку само је декларативна. Може се закључити да је последица основане изјаве воље усмерене на раскид уговора управо престанак постојања конкретног уговора. Све даље последице које ће наступити услед чињенице престанка постојања уговора зависиће од дејства раскида у спорном случају.

Када смо у првом делу рада говорили о дејствима раскида уговора, покушали смо да раздвојимо појам дејства раскида од појма последице раскида. Чини се да се у литератури недовољно пажње посвећује том појмовном разграничењу, можда због тога што је значај више теоријске него практичне природе. Ипак, да бисмо прецизно раздвојити последице

---

<sup>371</sup> Супротно, вид. решење Врховног суда Србије, Рев. 226/2005 од 19. маја 2005. године, *Paragraf Lex*. У образложењу одлуке наводи се да је „тужени исплатио само део купопродајне цене због чега је, правноснажном пресудом... раскинут уговор о купопродаји (куће уписане у ЗКУЛ...) који су странке закључиле”. Наиме, правноснажном пресудом нижестепеног суда могло је бити само утврђено да је уговор раскинут изјавом воље, а никако раскинут. Међутим, чак се ни у одлуци Врховног суда то не примећује, већ се нижестепена пресуда укида из сасвим других разлога.

<sup>372</sup> Члан 31 став 1 ЗОО.

<sup>373</sup> Тако је у случају Civ I, 20 février 2001, Bull n° 40, N° 99-15-170, Апелациони суд одбио захтев тужиоца за накнаду штете услед неосноване раскидне изјаве туженог. Суд је сматрао да је тужени стекао право на раскид уговора, јер тужилац није ваљано извршио уговор. Како је, дакле, раскидна изјава била основана, то не постоји ни повреда уговора од туженог која би била основ за досуђивање накнаде штете. Стога је суд захтев тужиоца и одбио као неоснован. Недостатак пак ове пресуде, који је увидео Касациони суд, тицао се недовољног образложења такве одлуке. Пресуда је, међутим, значајна за француску праксу јер је потврдила могућност једностраног раскида уговора услед неизвршења, уз право дужника на вођење накнадног контролног поступка. Коментар одлуке вид. код: Y. Buffelan-Lanore, V. Lagribau-Terneuge, *op. cit.*, стр. 469–470.

неизвршења од последица раскида, а након тога последице раскида од последица покушаја раскида или тзв. неоснованог раскида, настојаћемо да користимо правно најисправније и најпрецизније термине.

Дејство раскида се огледа у дефиницији раскида, те представља престанак постојања уговора као правне чињенице, то јест укидање уговора као извора права и обавеза за уговорнике.

Друго питање би било од када дејствује раскид? На први поглед питање је сувишно, а и правно нелогично, јер уколико пођемо од тога да раскид укида постојање уговора, онда би морао дејствовати све од тренутка закључења. Такво схватање би познавало само ретроактивно дејство раскида, те би на постављено питање одговор био – *ex tunc*. Међутим, право познаје и дејство раскида *ex nunc* које је, као што смо већ писали, веома тешко, можда чак и немогуће, објаснити. Најлогичније објашњење могло би се наћи у споразумном одређивању дејства раскида, то јест у схватању споразума уговорника као извора дејства раскида *pro futuro*. Али, то би било само објашњење порекла тог дејства које поново не би могло објаснити опстанак произведених дејстава уговора од његовог закључења до раскида. Значило би, дакле, да раскидом уговор престаје да постоји као правна чињеница само од тренутка раскида, а да до тада постоји као основ задржавања свега стеченог, што се може објаснити једино вољом уговорника, макар прећутном.

С друге стране, појам последица раскида зависи искључиво од дејства раскида. Зато је неопходно најпре утврдити како раскид дејствује у сваком конкретном случају јер последице неће бити исте ако раскид делује ретроактивно и ако делује само за убудуће.<sup>374</sup>

---

<sup>374</sup> Раскид уговора са дејством *ex nunc* донекле подсећа на престанак уговора закљученог на одређено време. Наиме, када истекне период на који је уговор закључен, уговор више не ствара права ни обавезе за уговорнике, али дејства која је уговор произвео остају. Код раскида са дејствима за убудуће, уговор се гаси као основ обавезивања, али се произведена дејства не поништавају, већ свака страна задржава све користи стечене од тренутка настанка до тренутка раскида уговора. Разлика је у томе што уговор на одређено време престаје да постоји протеком времена на који је закључен, а за престанак уговора раскидом неопходно је да постоји одговарајући раскидни разлог, у складу са законском нормом.

## II ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ РЕТРОАКТИВНОГ ДЕЈСТВА РАСКИДА

### 1. Појам ретроактивног дејства раскида

Оправданост, али и тачност строгог одвајања ретроактивног од дејства раскида за убудуће може се довести у питање.<sup>375</sup> Иако је циљ ретроактивног дејства да се успостави стање „као да уговора никада није ни било”, оно нужно обухвата и дејство за убудуће. Без тога, значило би да ретроактивност подразумева само дејство раскида уназад. Стога, нећемо погрешити ако кажемо да ретроактивно дејство, иако у свом основном значењу обухвата дејство *ex tunc*, подразумева и дејство *ex nunc*. С друге стране, можда је управо изнет концепт ретроактивности у ширем смислу и непотребан, јер како ретроактивност не подразумева само гашење произведених дејстава уговора, већ укидање и самог уговора, самим тим се подразумева да нема више ни уговора као основа за даље остваривање права. Сматрамо, ипак, да првобитно резонување не само да није нетачно, већ да је, чак напротив, веома значајно, а ево и због чега.

Раскидом *ab initio* право узима да до тада постојећи уговор није никада ни настао, те сва права и обавезе створени уговором у тренутку раскида бивају укинута.<sup>376</sup> У тренутку раскида, неопходно је утврдити које су обавезе извршене, а које су остале неизвршене.<sup>377</sup> За извршене обавезе није најисправније рећи да раскидом бивају поништене, то јест укинуте. То опет не значи да оне нису погођене раскидом. Раскид на њих делује, али другачије у односу на неизвршене обавезе у вези са којима више не може настати

---

Такође, тренутком протека времена на који је закључен уговор може постати, али само вољом оба уговорника, уговор са неодређеним трајањем. С друге стране, ако наступи раскидни разлог, уговор не мора бити раскинут, може наставити да важи, али то зависи искључиво од воље уговору верног уговорника.

<sup>375</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 383.

<sup>376</sup> D. O'Sullivan, S. Elliott, R. Zakrzewski, *The Law of Rescission*, Oxford 2007, стр. 6.

<sup>377</sup> *Ibid.*



захтев за њиховим извршењем. Питање извршених обавеза решава се на плану реституције.

Ретроактивно дејство раскида представља примену правила *restitutio in integrum*. Циљ који се настоји тиме постићи јесте повраћај уговорника у првобитну – предуговорну позицију, или бар у стање најприближније томе (наравно у погледу права и обавеза насталих уговором).<sup>378</sup> Ретроактивност, дакле, налаже враћање ствари у претходно стање; све ће поново бити као да уговора није никада ни било.<sup>379</sup> Доћи ће до ретроактивног одмотавања свих трансакција извршених између уговорника од тренутка закључења уговора,<sup>380</sup> а с тим и брисања свих последица које је једна правна (уговорна) ситуација произвела.<sup>381</sup>

Раскид са ретроактивним дејством има двоструку функцију. Прво, ослобађа уговорнике уговорних обавеза, док им, с друге стране, намеће обавезе које настају мимо било каквог споразума.<sup>382</sup> Уговорници постају међусобно одговорни и обавезни на повраћај стечених користи. У супротном би једна страна неосновано претрпела губитке, а друга би се опет, на рачун тога, неосновано обогатила.<sup>383</sup>

## 2. Могућност ретроактивности

Након одређивања појма ретроактивног дејства раскида, намеће се питање када раскид има ретроактивно дејство.

У делу „Дејства раскида” писали смо о подели на уговоре са тренутним и трајним извршењем престација, као (чини се) широко прихваћеном критеријуму за одређивање дејства раскида. Тада смо, након изнетих

---

<sup>378</sup> *Ibid.*, стр. 307.

<sup>379</sup> B. Starck, *Droit Civil, Obligations*, Paris 1972, стр. 645.

<sup>380</sup> D. O'Sullivan, S. Elliott, R. Zakrzewski, *op. cit.*, стр. 314.

<sup>381</sup> S. Myoung, *La Rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, Paris 1996, стр. 202.

<sup>382</sup> A. G. Guest, *Anson's Law of Contract*, Oxford 1984, стр. 571.

<sup>383</sup> *Ibid.*

дефиницаја тих уговора, узимајући поједине уговоре са трајним извршењем престација као тест, покушали да проверимо оправданост тезе да раскид тих уговора не може деловати ретроактивно. Сада ћемо покушати да изведемо одговарајући закључак.

Углавном се сматра да ретроактивност не може погодити трајне уговоре, у том смислу што се закључењем тих уговора ствара одређено правно стање. То стање, међутим, није могуће поништити актом раскида.<sup>384</sup> Не може се, сматрају многи правни писци, на те уговоре применити идеја о постраскидном стању које би било идентично предуговорном. Није дакле могуће рећи – „као да уговора никада није ни било”. Јер, трајни уговор је, за време свог постојања, био не само извор права и обавеза уговорника, већ посредно и различитих животних ситуација које су настајале у том периоду времена. Неко је живео у туђем стану, неко је некога издржавао годинама, а неко је опет био у радном односу одређено време. Не може се, дакле, игнорисати чињеница да су се обе стране у прошлости понашале на одређени начин, и то у оквиру и на основу пуноважног правног односа.<sup>385</sup> Не само да право не може избрисати све трагове које уговор и после раскида оставља за собом, већ то није ни потребно.

Једина неспорна ствар код раскида трајних уговора јесте да се о ретроактивности може говорити у случају да уговорници нису ни отпочели са извршавањем уговорних обавеза или да јесу, али да се у томе није „поодмакло”.<sup>386</sup> Разлог је очигледан. Нема потребе за повраћајем у предуговорно стање кад уговорници фактички из њега нису ни изашли. Може се рећи да се у том случају и не поставља питање дејства раскида уназад, већ само за убудуће.

---

<sup>384</sup> Француско право прави чак и термилошке разлике када су у питању дејства раскида: термин *resiliation* представља раскид са дејством само за убудуће, док *resolution* доводи до повраћаја у пређашње стање.

<sup>385</sup> B. S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The German Law of Obligations*, Vol. I, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford 1997, стр. 649.

<sup>386</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 384.

Да ли је, с друге стране, увек могуће вратити се у предуговорно стање након раскида трајног уговора? И ако је могуће, да ли ће поновно успостављено стање бити верна слика претходног? Није ли илузорно очекивати да ће ретроактивност успети да избрише све трагове некадашњег уговорног односа, па чак и код тренутних уговора, за које ипак постоји став у корист ретроактивног дејства раскида?

На та и слична питања нема јасног одговора у теорији и пракси. Када би нам се и учинило да нека правила ипак постоје, убрзо бисмо схватили да се и она могу довести у питање.

Сматрамо да се сва питања свODE на питање да ли ретроактивно дејство постоји само онда када је могуће доћи до буквалног одмотавања свих трансакција насталих уговором.<sup>387</sup> Ствар можемо посматрати мало еластичније, па самим тим отворити простор и могућност за ретроактивност и на пољу трајних уговора.

### **3. Границе ретроактивности**<sup>388</sup>

Раскид уговора са ретроактивним дејством не намеће само одређене обавезе уговорницима (у погледу реституције, пре свега, о чему ћемо говорити у идућем поглављу). Он ствара последице које погађају и лица ван уговора. Наиме, раскид, односно његове последице, имају ефекат пре свега на уговорнике. Међутим, уколико су сами уговорници засновали одређене облигационе односе са трећим лицима, тада ће последице ретроактивног раскида посредно погађати и та трећа лица. Иако посредне, последице по лица ван уговора могу бити веома значајне. Поставља се питање опстанка стварних права стечених по основу уговора који је треће лице закључило са једним од уговорника из уговора који ће касније бити раскинут. Да ли ћемо се у одговору приклонити теорији стечених права или правилу да када падне

---

<sup>387</sup> D. O'Sullivan, S. Elliott, R. Zakrzewski, *op. cit.*, стр. 314.

<sup>388</sup> Више о овоме вид. код: P. Malaurie, L. Aynes, *Les biens*, Paris 2010, стр. 163-164; O. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 2009, стр. 64-75; P. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Ниш 2009, стр. 84-97.

право преносиоца (у овом случају уговорника из раскинутог уговора), пада и право прибавиоца (трећег лица)? Да ли је важније доследно применити правило повраћаја у претходно стање потпуном реституцијом или заштитити трећа лица? У првом случају, трећа лица би била стално у неизвесности јер би постојала константна могућност губитка стеченог права, на пример својине (или неког другог стварног права), и то из разлога на које треће лице не може утицати.

Одговор би се поново могао наћи у еластичнијем схватању појма ретроактивности. Наиме, као што тврдимо да се може говорити и о ретроактивности трајних уговора, исту логику можемо да применимо и овде, како бисмо заштитили права трећих, а опет не нашкодило ретроактивног дејства раскида. Наиме, ствар на којој је треће лице стекло право својине, односно само право својине може бити изражено новчаним еквивалентом. Отуда, преносилац који би ствар морао вратити свом уговорнику дуговао би трећем лицу новчану вредност ствари и накнаду евентуално настале штете.<sup>389</sup> Друго решење би опет штитило више права трећих и, у случају њихове савесности, и њихово право својине сматрало би се коначно стеченим. Раскид уговора би у том случају погађао само уговорнике, те би један уговорник био у обавези да другом уместо ствари исплати новчани еквивалент њене вредности.<sup>390</sup>

Немачко право има другачији поглед на дејство раскида на права трећих лица, што није чудно, имајући у виду њихов концепт стицања права својине. Наиме, с обзиром на апстрактност *modus* у односу на *titulus*, чак и након престанка постојања уговора као основа, опстанак стеченог права се не доводи у питање. Уколико се, међутим ствар и даље налази у државини прибавиоца, преносилац је може тражити назад, али не виндицирањем већ облигационом тужбом. Ако је ствар стекло треће лице, преносилац је не може тражити назад ни својинском тужбом (јер власник је треће лице) ни

---

<sup>389</sup> Вид.: С. Перовић, *Облигационо право*, *op. cit.*, стр. 519. Другачије би било у случају стицања облигационих права. Пошто она настају уговором, раскидом уговора преносилац би поново постао ималац права.

<sup>390</sup> Вид.: Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 397.

облигационоправном тужбом, јер са трећим није ни у каквом облигационом односу.

Чини се да је ситуација најједноставнија у француском праву, у којем сам уговор преноси право својине својим транслативним дејством, те је онда логично да „падом” уговора „падају и права пренета њиме”.

#### **4. Престанак постојања уговора као основа задржавања – последике које се тичу прошлости**

##### **Право на реституцију**

###### 4.1 Уводне напомене

До сада смо говорили о појму ретроактивног дејства раскида, о пољу примене у оквиру поделе на трајне и тренутне уговоре, као и о ефектима које ретроактивно дејство производи не само на уговорнике, већ и на лица изван уговора. Како се остварује ретроактивност, односно како се поново успоставља стање које је претходило уговору? Питање се у ствари своди на то које су последице ретроактивног дејства раскида. Одговор ћемо тражити у оквиру права реституције, којом и успостављамо претходно предуговорно стање, а коју истовремено сматрамо и последицом ретроактивног дејства раскида. Како се залажемо за ретроактивност као правило (да ли чак и без изузетака, осим у случају када се уговорници другачије договоре?), онда можемо слободно рећи, основном последицом раскида уговора, то јест основном последицом основане изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења.<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> Упор. са чланом 41 а став 3 Закона о приватизацији, „Службени гласник РС”, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005 и 123/2007 (у даљем тексту: ЗОП). Наиме, поменути чланом прописано је да „у случају раскида уговора... због неиспуњења од стране купца, купац капитала као несавесна страна, нема право на повраћај плаћеног износа на име уговорене цене, ради заштите општег интереса”. Из тога произлази да се несавесност уговорника санкционише одузимањем права на реституцију, а то право настаје на основама примене института правнонеоснованог обогаћења, те престанка уговора као основа задржавања свега примљеног. Поставља се питање да ли чињеница несавесности и заштита општих интереса могу оправдати непостојање права на реституцију. И даље, који су критеријуми за примену поменутих правних стандарда садржаних у цитираној норми?

## 4.2 Појам реституције

Уговор није само правни основ обавезивања, већ и основ задржавања. Отуда престанком постојања уговора као правне чињенице нестаје и правни основ задржавања свега стеченог по основу уговора. Стога, као последица раскида, настаје право на реституцију, а њоме се поништавају сва дејства која је уговор произвео. Реституција је неопходна „да би почистила све што је уговор пролио”.<sup>392</sup> Иако смо видели да дословни повраћај некада није могућ, оно чему би требало тежити у том случају јесте повраћај уговорника у онај материјални положај у којем су се налазили пре закључења уговора (у погледу користи и губитака насталих из уговора). На крају, право и почива на одређеним законима економије, а и често се служи економском логиком.

Обавеза на реституцију<sup>393</sup> јесте обавеза на повраћај свега<sup>394</sup> примљеног на основу уговора.<sup>395</sup> Последње повлачи са собом и обавезу

---

О појму несавесности у смислу члана 41 а ЗОП вид. Пресуду Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, Т-14/11 од 13. марта 2013. године: „...законодавац не условљава задржавање цене речима „ако је купац несавестан”, већ предвиђа да „купац капитала, као несавесна страна, нема право на повраћај плаћеног износа”...неизвршењем обавезе како гласи и о року он је постао несавестан, изузев ако постоје разлози који искључују његову одговорност”.

О раскиду уговора о продаји капитала писали су: С. Спасић, *Накнада штете у случају раскида уговора о продаји друштвеног капитала и у случају повреде права на стицање бесплатних акција субјекта приватизације од стране запослених*, Будва 2006, стр. 189-207; М. Маржик, *Правна природа, битни елементи, гаранција и раскид уговора о продаји капитала и имовине методом јавног тендера*, Право и привреда, бр. 5-8, Београд 2004, стр. 507-519; Б. Чолић, *Поништај и раскид уговора о продаји капитала и имовине*, Правни живот, бр. 5-6, Београд 2005, стр. 83-92.

<sup>392</sup> В. S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *op. cit.*, стр. 711.

<sup>393</sup> Вид. пресуду Врховног суда Србије, Рев. 268/07 од 29. новембра 2007. године, Propis Soft. Суд је заузео став да је реституција законом предвиђено право оне стране која је до раскида уговор извршила делимично или потпуно, без обзира на кривицу за раскид уговора. У другој одлуци, Рев. 1033/06 од 25. маја 2006. године, Propis Soft, Врховни суд Србије сматра ирелевантном околност да је тужени добијени новац потрошио одмах на другу продају, односно заузима став да је она без утицаја на одлучивање о обавези туженог у погледу враћања датог након раскида уговора.

<sup>394</sup> У случају раскида уговора, купац би имао право и на повраћај аванса који је евентуално дао продавцу, али свакако уз право на камату на износ аванса, и то од момента уплате аванса (вид. Пресуду Вишег привредног суда Србије, Пж. 3034/91 од 15. маја 1991. године, Propis Soft). У последњем случају камата се плаћа као накнада за коришћење новца од стране продавца.

<sup>395</sup> Члан 132 став 2 ЗОО.

плаћања затезне камате<sup>396</sup> у случају враћања новца, као и свих користи прибављених од онога што су уговорници дужни да врате.<sup>397</sup> Тек са овим пратећим обавезама, које такође спадају у појам реституције у ширем смислу, може се у потпуности покушати<sup>398</sup> установити стање које је претходило закључењу уговора.

Отуда је често питање у вези са реституцијом да ли се „исплати” повредити уговор и тиме „поклонити” другој страни право на раскид, имајући у виду чињеницу да ће уговорници бити у обавези да врате све користи које су уговором стекли? Ово посебно, имајући у виду српско право, по којем могућност раскида једном уговорнику даје у руке управо други уговорник својом кривицом<sup>399</sup> то јест вољом да не извршава више уговор. Има и другачијих ставова о том питању, али ми полазимо од тога да уколико је уговорник својеволјно преузео на себе да изврши одређену обавезу, те уколико је извршење те обавезе и даље могуће, а дужник је не изврши, разлог налазимо у његовој кривици. За разлику од неких других права која не праве стриктно разграничење између немогућности и скривљеног

---

<sup>396</sup> Вид. пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2860/05 од 13. априла 2006. године, Propis Soft. Суд у образложењу пресуде наводи да је тужени обавезан на повраћај купопродајне цене са законском затезном каматом од дана када је тужила вршила исплату туженом појединих obroka, па до исплате, што је у складу са одредбама члан 132 ЗО, односно будући да је уговор раскинут, страна која је примила новац по основу тог уговора обавезна је да, не само врати новац, већ и да плати затезну камату од дана примања исплате, независно од кривице странака за раскид уговора.

<sup>397</sup> Члан 132 ст. 4 – 5 ЗО.

<sup>398</sup> Кажемо намерно „покушати”, јер некада и није могуће „буквално” се вратити у време које претходи уговору. Међутим, чак и када није могуће поништити све оно што је уговор произвео, могуће је вратити уговорника у онај имовински положај у којем је био пре закључења уговора.

<sup>399</sup> У том смислу се и у пресуди Врховног Касационог суда Рев. 1885/10 од 15. септембра 2010. године (преузето са сајта Врховног касационог суда: [www.vk.sud.rs](http://www.vk.sud.rs)) наводи да како „...дужник није крив за неиспуњење, то се нису стекли услови ни за једностран... раскид уговора”. У образложењу пресуде стоји да је „уговор о продаји стана закључен у условима енормне инфлације која је постојала све до 24.01.1994. године. За то време је било више деноминација динара, па се цена због брисања нула угасила тако да је обавеза постала неизвршива... Купац стана није крив за инфлацију и опадање куповне моћи новца, а поверилац (тужилац) није захтевао у вишегодишњем периоду измену уговора и валоризацију рата по члану 23 Закона о становању и усклађивање са растом цена на мало. По уговору дужник није био у обавези да врши валоризацију потраживања, па се кривица за неиспуњење уговора у погледу цене не може приписати дужнику”.

неизвршења (нпр. француско), српско право то чини и тиме потпуно заокружује домен раскида уговора због неизвршења.

Раскидом уговора настаје нови правни однос између бивших уговорника – тзв. *restitutionary relationship of obligation*.<sup>400</sup> Обавеза извршења уговорних обавеза претвара се у обавезу реституције, док право да се захтева од другог уговорника извршење обавезе бива замењено правом да се захтева повраћај датог.

Реституција се може схватити и као инструмент социјалне правде<sup>401</sup>, јер њоме свако добија назад оно што је дао а враћа оно што је примио.

Требало би раздвојити основ реституције и последице одговорности за реституцију – реститутивне мере.<sup>402</sup>

#### 4.3 Основ реституције

Основ реституције представља извор настанка права на реституцију. Требало би, дакле, одговорити на питање када се стиче право на реституцију и шта оправдава постојање тог права.

##### 4.3.1 Правнонеосновано обогаћење као основ реституције

Институт правнонеоснованог обогаћења је у литератури далеко од општеприхваћеног основа реституције. Право на реституцију настаје, према неким теоретичарима, из тзв. квазиконтракта, то јест правнонеоснованог обогаћења.<sup>403</sup> Право на повраћај остварује се само против оног (бившег уговорника) који се правнонеосновано обогатио<sup>404</sup>, а стиче га уговорник на чији рачун је то учињено (онај који је правнонеосновано осиромашео

---

<sup>400</sup> B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oxford and Portland, 2006, стр. 432.

<sup>401</sup> M. Malaurie, *Les Restitutions en Droit Civil*, Paris 1991, стр. 14.

<sup>402</sup> B. S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *op. cit.*, стр. 713.

<sup>403</sup> R. Goff, G. Jones, *The Law of Restitution*, London 1993, стр. 3.

<sup>404</sup> G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford 1999, стр. 6.



раскидом уговора). Према мишљењу других, непотребно је, а поврх свега и погрешно режим реституције заснивати на правнонеоснованом обогаћењу;<sup>405</sup> обогаћење се не може генерално сматрати неоснованим, чим се не заснива на пуноважном уговору.<sup>406</sup>

Мислимо да је одговор „негде на средини”. Могло би се, наиме, говорити о више основа реституције. Када ће се реституција заснивати на једном, а када на другом основу, зависиће од конкретне ситуације у којој ће се јавити потреба за реституцијом.

Правнонеосновано обогаћење представља посебан извор права и обавеза. Када уговор као извор облигационог односа престане да постоји, међу бившим уговорницима може настати један нови правни однос заснован на управо поменутом институту – тзв. *restitutionary relationship of obligation*” (Markesinis). Правнонеосновано обогаћење јесте основ и оправдање реституције, док се за реституцију може рећи да је последица насталог правнонеоснованог обогаћења, чији је циљ поништавање насталог обогаћења. Отуда се тешко може објаснити један од та два појма без позивања на други.

У савременој литератури се наводе два схватања института правнонеоснованог обогаћења. Прво је традиционално и широко прихваћено и заснива се на узајамности обогаћења једне стране и осиромашења друге, односно ситуацији у којој се једна страна обогатила на рачун друге. Може се рећи и да је једна страна изгубила оно што је друга добила.<sup>407</sup> На плану уговора то би значило да све што је један уговорник добио од другог на основу уговора, као и све користи које је остварио извршавањем обавеза друге стране, остало је без правног основа и представља неосновано обогаћење. С друге стране, имовина његовог саговорника је умањена, али

---

<sup>405</sup> В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, *op. cit.*, стр. 433.

<sup>406</sup> В. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *op. cit.*, стр. 711.

<sup>407</sup> Вид. „Restitution and unjust enrichment”, стр. 16–22. Р. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford 1989.

поново без основа. Пошто је реч о двостранообавезним<sup>408</sup> уговорима, у случају да су обе стране пре раскида почеле да извршавају своје обавезе, онда су обе истовремено раскидом постале и неосновано обогаћене (на рачун другог) и неосновано осиромашене (у корист другог). Стога, као последица тога, оба уговорника би била и имаоци права на реституцију, али и обавезана на реституцију.

Друго, ређе навођено схватање у правнонеоснованом обогаћењу поново види оно на шта и сам назив института указује – обогаћење једне стране које није засновано на валидном правном основу. Али, за разлику од претходног схватања, овде не постоји међузависност између обогаћења једне и осиромашења друге стране. Осиромашење друге стране се и не доводи у питање, јер обогаћење једног уговорника није засновано на њему, те и не доводи до осиромашења другог. То, међутим, не значи да су се позитивне промене у имовини једног уговорника догодиле саме од себе и потпуно независно од уговорне ситуације. Обогаћени је ипак на неки начин „искористио” свог сауговорача.<sup>409</sup> На плану раскида уговора то би значило следећу ситуацију: уговорник је из повреде уговора коју је учинио обезбедио другој страни право на раскид, а из саме повреде, као и раскида, остварио корист за себе (ослободивши се претходног уговора, закључио је нови, који му више одговара). Повреду уговора учинио је видевши у изласку из уговора добитак.<sup>410</sup>

Другом схватању нећемо посветити више простора јер је настало у англосаксонском праву, а и другачије је од устаљеног схватања института правнонеоснованог обогаћења код нас. Наиме, неспорно је да престанком постојања уговора као правне чињенице престаје да постоји и ваљан правни основ, те да се након тога односи између бивших уговорника успостављају и

---

<sup>408</sup> За двостранообавезне уговоре вид. и: Parisi F., Luppi B., Fon V., *Optimal Remedies for Bilateral Contracts*, Chicago Journals, Vol. 40, бр. 1, The University of Chicago Press, 2011, стр. 245-271.

<sup>409</sup> D. Johnston, R. Zimmermann, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge 2002, стр. 5: „...the defendant has enriched himself by committing a wrong against the claimant...”.

<sup>410</sup> Вид.: Polinsky A. M., Risk sharing through Breach of Contract Remedies, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 12, бр. 2, The University of Chicago Press, 1983, стр. 427-444.

регулишу институтом неоснованог обогаћења. Тиме се не само поништавају сва дејства произведена уговором, већ и отклања „правнонеосновано и неправедно стање”.

Међутим, постоји разлог због којег смо том схватању посветили пажњу. То ће бити видљиво у последњем делу овог рада, али сматрамо корисним да и сада отворимо питање тзв. намерних повреда уговора. Наиме, основно питање којим се бавимо јесу последице неоснованих изјава воља усмерених на раскид или тзв. неоснованих раскида (енг. *wrongful unilateral termination*; енг. *termination without cause*; фр. *la resciliation injustifiée*). На први поглед питање нам се може учинити веома јасним, јер ако нема основа, нема ни раскида. Међутим, тема је много сложенија. Не само да је питање занимљиво за системе попут нашег, у којима се раскид остварује изјавом воље, већ тема постаје све актуелнија и у француском праву које, иако и даље не одступа од свог, можемо слободно рећи, конзервативног система судског раскида<sup>411</sup>, осећа потребу модернизације система раскида. Чини нам се да француске правнике у тим настојањима ипак „кочи”, а пре свега „плаши”, управо могућност појаве већег броја неоснованих раскида. Покушај да се уговор раскине, уз свест о непостојању раскидног разлога, у конкретном случају може се схватити и као покушај „бега из неповољног уговора”. Тада покушај раскида, то јест неоснована изјава усмерена на раскид није ништа друго до повреда уговора. То је чак и „квалификовани” вид повреде, у смислу што не представља неизвршење или неуредно извршење конкретне дуговане престације, већ отворено стављање до знања уговорнику да више не намеравамо да останемо у уговору и поштујемо га. Такав покушај раскида управо се може подвести под тзв. *cynical breach*<sup>412</sup>, учињен с намером остварења каквих погодности за себе, остварења добити. Стога, неосновано обогаћење се у том случају може схватити и као потреба повраћаја свега примљеног по основу, сада већ раскинутог уговора, али и потреба

---

<sup>411</sup> Судски систем раскида присутан је и у италијанском праву. Вид.: F. Galgano, *Il Contratto*, Italy 2011, стр. 514; E. Gabrielli, *Commentario del Codice Civile*, Torino 2011, стр. 393-418.

<sup>412</sup> A. Burrows, *Remedies for torts and breach of contract*, Oxford 2004, стр. 407.

постављања питања „обогаћења” оствареног услед намерне повреде уговора смишљене са циљем да други уговорник раскине уговор, а самим тим и да будемо ослобођени уговора који нам више не одговара. Видећемо у трећем делу, када се будемо детаљније бавили овим питањем, да такав посебан вид неоснованог обогаћења завређује и специфичне санкције за учиниоца повреде уговора, односно неоснованог раскида, подведемо ли неосновани раскид под ову категорију повреде уговора (*restitutional damages* уместо *compensated damages*?).

Постоји још један разлог због којег сматрамо да је овакво виђење неоснованог обогаћења значајно. Наиме, неспорно је да га француско право у управо наведеном облику не познаје. Међутим, чланом 1371 *Catala proposals* управо се уређују питања повреде уговора с намером остварења добити и санкционисања таквог поступка.

Да ли другачијим схватањем неоснованог обогаћења или на други начин, у савременом праву је неспорна потреба да се раздвоје ситуације класичне повреде уговора од „унапред смишљење” повреде с намером да се друга страна испровоцира да раскине уговор. Такву повреду, сматрају правни писци вођени осећајем правичности, требало би посебно санкционисати (у смислу одузимања тако остварене добити), односно другом уговорнику који раскида уговор дати нека посебна правна средства. О њима и детаљније о тим правним ситуацијама биће више речи у последњем делу рада.

#### 4.3.2 Право на виндицирање као основ реституције

Шире посматрано, чак и за повраћај у претходно стање остварен виндицирањем можемо рећи да спада у неосновано обогаћење; на пример, када неко и даље држи ствар, иако више није њен власник. Међутим, када су испуњени услови за виндицирање, рећи ћемо да је управо то основ реституције, те да се повраћај ствари остварује реивиндикационом тужбом. Тек ако не можемо да говоримо о томе, позваћемо се на неосновано обогаћење као оправдање и основ повраћаја у пређашње стање. Однос

реивиндикационе и тужбе из правнонеоснованог обogaћења усмерених на повраћај ствари или, када је то немогуће, њене вредности, видљив је већ приликом упоређивања српског и немачког права.

Уговор представља правни основ стицања права својине. Када он престане да постоји, поставља се питање последица које могу наступити. У неким правним системима, прибавилац и након раскида уговора задржава права својине, док у другим долази до могућности виндицирања од стране преносиоца, који поново постаје власник ствари.

Разлике се заснивају на различитим системима стицања права својине<sup>413</sup>, као и различитом схватању основа и начина стицања, али највише на односу између *titulusa* и *modusa*.<sup>414</sup> Када ће право својине прибавиоца „пасти” раскидом уговора, а када ће он остати ималац права својине, зависиће од решења конкретног правног система.

#### 4.4 Модели реституције

##### 4.4.1 Новчана и натурална реституција

У француској литератури постоји теоријска подела на „*restitutions normales*” и „*restitutions anormales*”.<sup>415</sup> У прву групу спадају плодуживање, зајам, откуп, док реституција као последица раскида уговора спада у ову другу групу. Нас занима само реституција која настаје као последица престанка постојања једног уговорног односа и на његовим темељима настанка новог, квазиуговорног односа, који се заснива на институту правнонеоснованог обogaћења, а рађа један „реститутивни однос” у којем су садржана права на реституцију и обавезе реституције бивших уговорника.

---

<sup>413</sup> О преношењу својине у упоредном праву писао је и: В. Круљ, *Дејства уговора о купопродаји - Својина, предаја, ризик, цена*, Београд 1972, стр. 67-71.

<sup>414</sup> Више о овоме вид. код: Р. Malaurie, L. Aynes, *Les biens, op. cit.*, стр. 163-164; О. Станковић, М. Орлић, *op. cit.*, стр. 64-75; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право, op. cit.*, стр. 84-97; А. Гамс, *Основи Стварног права*, Београд 1980, стр. 194-202; Стојановић Д., *Стварно право*, Крагујевац 1998, стр. 147-156; F. Zenati, *Les biens*, Paris 1988, стр. 136-139.

<sup>415</sup> М. Malaurie, *Les Restitutions en Droit Civil, op. cit.*, стр. 54 и 57; Yves-Marie Serinet, *op. cit.*, стр. 543.

Постоје два начина извршења реституције – натурална и новчана. Натурална је правило, а новчана изузетак. Натуралном реституцијом се поново успоставља предуговорно стање, док се новчаном настоји да се уговорници бар врате у онај имовински положај у којем су се налазили пре закључења уговора. У оба случаја поништавају се дејства произведена од тренутка закључења до тренутка раскида уговора. Сва правила се примењују и у случају поништења рушљивог уговора, само што је ту ситуација још једноставнија – реституција се увек примењује, док је у случају раскида уговора она некада, сматрамо неоправдано, резервисана искључиво за тренутне уговоре.

Постоје, дакле, два модела реституције. У оквиру првог модела, натуралне реституције, можемо разлоковати два подмодела<sup>416</sup>:

1. први се односи на повраћај индивидуално одређене ствари и представља повраћај исте ствари која је и добијена по основу уговора;

2. други се односи на повраћај ствари одређених по роду, где обавеза гласи на повраћај исте врсте ствари, истог квалитета, исте количине...

Други модел представља новчану реституција, која има значај изузетка код тренутних уговора, док се код трајних уговора она често намеће као једино решење са циљем успостављања предуговорног стања.

Модел реституције зависиће пре свега од природе сваке конкретне престације у вези са којом се поставља питање реституције, с једне стране, и од догађаја који су наступали од тренутка предузимања престације, па до окончања уговора раскидом, с друге стране.<sup>417</sup>

Тенденције које запажамо у реформисању немачког и француског уговорног права иду у правцу што детаљнијег регулисања реституције, посебно њених модела. Насупрот томе, наш ЗОО нема тако развијену мрежу правила у вези са тим питањем. Напротив, реституција се помиње у члану 132 Закона који носи назив „Дејства раскида”.

---

<sup>416</sup> Yves-Marie Serinet, *op. cit.*, стр. 547.

<sup>417</sup> *Ibid.*

То не значи да пракса тумачењем макар најуопштеније норме, имајући у виду сам *ratio* реституције, не може развити систем реститутивних мера. Али, из разлога правне сигурности, веће ангажовање законодавца несумњиво би олакшало посао судовима.

#### 4.4.2 Критеријуми за одређивање обима новчане реституције

Предмет обавезе уговорника може бити одређено давање (предаја ствари), чињење или нечињење. Сваком од ових радњи дужника, поверилац стиче одређену корист (на пример, корист од пружених услуга, од употребе туђе ствари, од плодова које ствар даје...). Чак и када је могућа натурална реституција, она може бити праћена новчаном реституцијом. На пример, дошло је до повраћаја ствари, али се поставља питање стечене користи од употребе ствари. Такође, може се десити да је ствар у међувремену „добила” или „изгубила” вредност радњама уговорника, па повраћај у пређашње стање неће бити постигнут само простом реституцијом ствари, јер ће у том случају једна страна изаћи из уговора обогаћена. То су само неки од случајева у којима се поставља питање на који начин утврдити вредност користи коју је један уговорник стекао престацијом друге стране.

Полазимо од чињенице да уговор више не постоји. Самим тим, више не важе ни одредбе уговора којима је евентуално и била одређена вредност конкретне престације у новцу. На пример, уговором о закупу била је одређена висина закупнине. Чињеница да купац није плаћао закупнину извесно време, а користио је предмет закупа, не значи да ће и након раскида уговора дуговати куподавцу исти износ. Док је уговор био на снази, биле су на снази и све његове одредбе. Могуће је да се вредност уговором остварених користи након раскида уговора променила јер је релевантан тренутак за утврђивање вредности извршених престација померен са тренутка настанка уговора на тренутак одлучивања о реституцији. Ако се утврђује вредност

ствари или плодова, то се чини у односу на стање ствари и плодова у тренутку извршења престације.<sup>418</sup>

Сада се отвара питање којим смо се већ бавили у делу о дејствима раскида. Имајући у виду претходна излагања, повредом уговора се отвара могућност за повериоца да одлучи да ли ће остати у уговору и чекати извршење (добровољно или принудно) или одустати од уговора и захтевати реституцију. Критеријум којим би поверилац требало да буде вођен у одлучивању, имајући у виду начело савесности и поштења, јесте да ли и поред повреде уговора може остварити циљ због којег је и закључио уговор. Међутим, он може бити вођен и следећом логиком: да ли му више одговара извршење уговорених престација или накнадно утврђивање њихове вредности? Одговор ће зависити од тога да ли су се прилике на тржишту промениле у корист повериоца или дужника. Уколико су се промениле у корист дужника, он може, прижељкујући излазак из уговора, повредити уговорну обавезу управо да би повериоцу даво право на раскид.

Поверилац, без обзира на то којим разлозима је био вођен у одлучивању, креће се у „границама дозвољеног и правом и моралом”, јер његово право на избор настаје повредом учињеном од друге стране. Сасвим је логично, а и оправдано, да ће у ситуацији када друга страна не испуњава дата обећања, изабрати за себе најповољније решење.

Када је, пак, у питању понашање дужника, колико год поштовали и економску страну уговора, он је својим понашањем учинио повреду уговора, а мотивом који га је навео на повреду прекршио је и начело савесности и поштења. Отуда у страној литератури постоји потреба за санкционисањем таквих нефер понашања уговорника – у енглеском праву посебним видом накнаде штете чији би циљ било одузимање користи стечене „изазваним/провоцираним” раскидом, а у француском праву, такође,

---

<sup>418</sup> Овде упућујемо на одредбе члана 1164 Пројекта француског Министарства правде, којима се то питање веома детаљно и прецизно регулише. Сматрамо да би тим одредбама требало наћи место у сваком закону или законнику којим се уређују облигациони односи.



накнадом штете која би имала и казнени<sup>419</sup> карактер. Тим питањем ћемо се детаљно бавити у трећем делу рада, будући да ћемо неосноване раскиде квалификовати као повреду уговора и то, некада, као повреду чији је циљ давање другој страни разлога за раскид да би се изашло из неповољног уговорног односа.

#### 4.5 Реститутивне мере у српском и упоредном праву

Питање последица одговорности за реституцију тиче се обавезе на реституцију, а самим тим и питања шта и колико може тражити ималац права на реституцију од обавезаног. Које су то реститутивне мере? Посматраћемо српско, немачко, француско и англосаксонско право.

##### 4.5.1 Српско право

Члан 132 300 и члан 144 Преднацрта Грађанског законика<sup>420</sup> регулишу дејства раскида уговора. Став 1 оба члана односи се на дејство раскида *pro futuro*. Међутим из става 2 оба члана, који предвиђају дејство раскида *ex tunc*, очигледно је да српско право полази од ретроактивног дејства раскида као правила, јер ретроактивност обухвата дејства предвиђена и ставом 1 и ставом 2 – укидање уговора и као основа задржавања и као основа обавезивања. У ставу 2 садржана је истовремено и последица ретроактивног дејства раскида, то је обострано право реституције. Настанак права реституције у конкретном случају зависиће од тога да ли су уговорне обавезе извршене у периоду времена пре раскида уговора. Уколико није, и не поставља се питање ретроактивности, а самим тим ни реституције, већ раскид има дејство само за убудуће, у смислу што се обе стране ослобађају обавеза које имају извор у уговору. Ст. 4 и 5 употпуњују

---

<sup>419</sup> О тзв. „Казненој накнади штете“ вид.: Д. Николић, *Казнена накнада штете*, Recueil des travaux, број 1–2, Нови Сад 2003, стр. 143–153.

<sup>420</sup> Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, књига II, Облигациони односи, Београд 2009, <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, у даљем тексту: Преднацрт.

став 1, те тако заједно чине садржину појма реституције. Наиме, уколико би се извршио повраћај само примљеног по основу уговора, били бисмо и даље у стању правнонеоснованог обогаћења. Отуда се морају вратити и све користи остварене од онога што се мора вратити или надокнадити. Аналогно томе, код новчаних облигација, сума новца која је добијена, сада се враћа у износу увећаном обрачунатом законском каматом.<sup>421</sup>

У српском праву, дакле, натурална реституција је правило. Од тога се полази и у члану 132 ЗОО, којим се прописује да свака страна враћа управо оно што је примила. Уколико би било немогуће вратити добијену ствар, не би била могућа натурална реституција, већ једино новчана. Новчана реституција била би основни модел и у случајевима облигација чињења или нечињења у корист другог уговорника. Уместо повраћаја ствари, реституцију би чинио повраћај новчане вредности добијене ствари (у првом случају) односно новчане вредности остварених користи (у другом случају).<sup>422</sup>

#### 4.5.2 Немачко право

Члан 346 Немачког грађанског законика обавезује на реституцију обе уговорне стране, као последицу престанка постојања уговора раскидом. Циљ детаљног регулисања те обавезе јесте у спречавању могућности да било који уговорник изађе из уговора неосновано обогаћен. Члан има три става. Први садржи обавезу на повраћај примљених ствари и накнада. Уколико је натурална реституција немогућа, примењује се став 2 истог члана. Обавеза из става 2 неће настати у случајевима предвиђеним ставом 3.<sup>423</sup> Став 3

---

<sup>421</sup> Једина разлика између члана 132 ЗОО и члана 144 Преднацрта јесте у томе што је термин затезна камата, замењен термином законска камата. Вероватно се хтело нагласити да некада и уговорена камата може бити „затезна“, у смислу што након доспелости наставља да тече само једна – или законска или уговорена камата, те уколико је уговорена већа од законске, тећи ће само она после доспелости. Други опет сматрају да су термини „законска камата“ и „затезна камата“ синоними и да је свако разликовање тих термина непотребно.

<sup>422</sup> О моделима реституције у српском праву видети: С. Перовић, *Облигационо право*, *op. cit.*, стр. 517; Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 396; Б. Визнер, *op. cit.*, стр. 526; Љ. Милошевић, *op. cit.*, стр. 151; Ж. Ђорђевић, В. Станковић, *op. cit.*, стр. 259.

<sup>423</sup> Члан 346 Немачког грађанског законика; коментар члана вид. код: В. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnstone, *op. cit.*, стр. 433.

представља одступања од става 2, а став 2 се примењује у случају да није могуће применити став 1. Тако да сви ставови имају различита поља примене.

Став 1 је најопштији, јер прописује обавезу натуралне реституције кад год је то могуће, са циљем успостављања стања најприближнијег оном које је претходило закључењу уговора. Реституција је тим ставом предвиђена као последица раскида, било да он свој основ има у споразуму, било у закону.

У случају немогућности натуралне реституције примењује се став 2 који прописује обавезу новчане реституције. Сваки уговорник је, у случају немогућности примене претходног става, обавезан да исплати новчану вредност примљених престација.<sup>424</sup> У којим ситуацијама Законик дозвољава новчану реституцију?

Ставом 2 тачком 1 прописана је обавеза новчане реституције у случају када је натурална немогућа, с обзиром на природу онога што је добијено уговором. На пример, од тренутка закључења уговора до тренутка његовог раскида купац је имао прилику да употребљава купљену ствар, а продавац суму новца добијену на име цене. Повраћај у пређашње стање не остварује се само обавезивањем купца на повраћај ствари, а продавца на суму новца. То је прва обавеза уговорника коју им намеће став 1, јер је ту натурална реституција могућа. Међутим, друга обавеза, која спада у ширем смислу у јединствену обавезу реституције, јесте обавеза на повраћај користи остварених извршеним престацијама друге стране (у нашем примеру то би била новчана вредност користи остварене коришћењем купљене ствари и новца добијеног њеном продајом – камата).<sup>425</sup>

Ставом 2 тачком 3 регулише се ситуација немогућности повраћаја ствари из разлога што је потрошена, отуђена, оптерећена, обрађена, редизајнирана. Примарна обавеза на повраћај примљене ствари претвара се у обавезу на повраћај њене вредности.

---

<sup>424</sup> B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 433.

<sup>425</sup> *Ibid.*

Тачка 3 става 2 обавезује на повраћај вредности ствари изражене у новцу, у случају да је стање ствари погоршано или да је ствар уништена. Не узима се у обзир смањење вредности, то јест погоршање стања ствари изазвано наменском употребом.

Ставом 3 прописани су изузеци од натуралне реституције.

Тачком 1 става 3 предвиђено је да се неће дуговати накнада за вредност примљене престације у случају да се недостатак, на којем се заснива право на раскид, постојао у тренутку предаје.

Тачком 2 прописана је ситуација у којој би поверилац био одговоран за оштећење ствари или би до оштећења дошло и да је ствар остала у његовој државини.

Уговорник неће бити обавезан на накнаду за оштећење или уништење уколико је према ствари поступао са пажњом коју поклања својим стварима.<sup>426</sup>

Очигледно је да Немачки грађански законик у великој мери штити страну која раскида уговор. Логика је несумњиво следећа: нико не раскида уговор зато што то жели, нити право на раскид настаје нашом вољом, већ супротно. Право на раскид рађа се повредом уговора коју је скривила друга страна (овде би требало приметити да, за разлику од нашег права (мада је и то по некима спорно), француско и немачко право не сматрају кривицу општим условом раскида уговора, односно извршење не мора бити скривљено, иако то најчешће јесте.

Ризик од случајне пропасти ствари је на страни која је крива за раскид. Па и даље, страна која раскида уговор неће бити дужна да накнади ни вредност ствари за чије је уништење сама крива, уколико јер реч о нехату који је ближи „неспретности”, то јест ако се према ствари се понашала као што се понаша према својим стварима.<sup>427</sup>

---

<sup>426</sup> Члан 346 став 3 тачка 3 Немачког грађанског законика.

<sup>427</sup> *Ibid.*, стр. 433.

Одступа се дакле од начела да ризик од случајне пропасти ствари пада на власника. У немачком праву, ризик пада на страну која је проузроковала раскид.

#### 4.5.3 Француско право

Француско право полази од ретроактивности као дејства раскида уговора. Основна последица раскида уговора је „успостављање стања као да уговора није ни било”.<sup>428</sup> То се постиже, пре свега, реституцијом. Могућност раскида уговора, пре свега споразумног, предвиђена је чланом 1134<sup>429</sup> француског *Code Civil*-а,<sup>430</sup> док се чланом 1184 регулише право на једнострану раскид двостранообавезног уговора због неизвршења. Ипак, тај члан, по мишљењу већине француских правних писаца, има у виду тренутне уговоре, будући да је по њиховом мишљењу ретроактивност, која је предвиђена тим чланом, могућа једино у случају тренутних уговора. Француски судови прихватају да понекад усвајање поверљивог захтева за раскидом уговора може деловати само *pro futuro*, у смислу што би обе стране могле задржати користи остварене престацијама друге стране, иако би биле ослобођене својих обавеза за убудуће.<sup>431</sup> Питање је једино колико је широко<sup>432</sup> то одступање од ретроактивности, а додали бисмо колико је и оправдано.

Наиме, чл. 1183 и 1184 налазе се у одељку који носи назив – „Раскидни услов” (фр. *condition résolutoire*). Након дефиниције раскидног услова дате у члану 1183, наводи се, у члану 1184, да сваки двостранообавезни уговор нужно садржи раскидни услов који се састоји у неизвршењу обавезе једне од

---

<sup>428</sup> В. Starck, *op. cit.*, стр. 645.

<sup>429</sup> У вези са чланом 1134 вид.: R. Tendler, *Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles 2000, стр. 801.

<sup>430</sup> P. A. Foriers, *Exposé introductif: Acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions*, P. A. Foriers, I. Durand и други, *La volonté unilatéral dans le contrat*, Bruxelles 2008, стр. 9.

<sup>431</sup> S. Whittaker, *La résolution suite a une inexécution contractuelle et ses conséquences: retour sur le droit français a la lumière de l'avant-projet de réforme, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010, стр. 219.

<sup>432</sup> *Ibid.*

страна. Његовим испуњењем настаје право избора за другу страну: или да захтева извршење од дужника или да се обрати суду и захтева раскид уговора. Ретроактивност, коју смо навели као основно дејство раскида у француском праву, произлази из схватања неизвршења као раскидног услова. Наступањем неизвршења испуњен је раскидни услов, а то испуњење делује тако што се поништавају сва произведена дејства и узима као да уговор није ни постојао. О недостацима и недоследностима теорије раскидног услова већ смо писали. Поновићемо само да би доследна примена ове теорије довела у питање сам институт раскида, у смислу што би искључила могућност одржавања уговора на снази и поред постојања раскидног разлога, док би на плану реализације довела у питање могућност раскида и изјавом воље и судском одлуком, јер нас та теорија води аутоматским раскидима. Такође, схватање ове теорије укинуло би могућност неретроактивног дејста раскида, што такође сматрамо њеним недостатком.

На овом месту нас пре свега интересује како француско право види реституцију као средство за успостављање предуговорног стања.

У погледу регулисања реституције постоје разлике између *Code Civil*-а и пројеката који су рађени последњих година у Француској у оквиру реформе облигационог права. За разлику од тзв. *Avant-projet Catala* (у даљем тексту: Пројекат) који читав одељак посвећује реституцији као последици престанка постојања уговора, не можемо рећи да је то случај и *Code civil*-а. Предност Пројекта није само у томе што регулише детаљно питање реституције, већ што издваја реституцију као средство ретроактивног дејства поништаја и раскида уговора од осталих области права и изван и унутар облигационог права у којима се опет поставља питање реституције. *Code Civil*, с друге стране, само у појединим одредбама (на пример, када регулише реституцију, прекомерно оштећење...) помиње реституцију, али не садржи никакве опште одредбе.

На одредбама поменутог Пројекта нећемо се дужо задржавати, будући да је то само један од пројеката који су настајали у Француској последњих година. Такође, није сигурно ни да ће његове одредбе постати део *Code Civil*-а.

Међутим, поједине чланове Пројекта веома је корисно поменути, са циљем да се разјасне одређена питања реституције која су значајна и за наше право. Скренули бисмо пажњу на два, по нама, посебно битна питања у вези са реститутивним захтевом. Прво се тиче тренутка настанка права на реституцију, из чега произлази и питање одлучивања о реститутивном захтеву, а друго обима реституције.

Прво, Пројектом је предвиђено да право на реституцију настаје по самом праву.<sup>433</sup> Реституција је једна од последица раскида уговора и настаје аутоматски чином раскида. Не постоји потреба за раздвајањем захтева за раскидом и захтева за реституцијом.<sup>434</sup> Отуда се даје могућност суду да размотри питање реституције и без посебне иницијативе странака, јер се питање реституције сматра делом захтева за раскидом уговора, будући да је једна од његових последица.<sup>435</sup>

Друго значајно питање јесте постављање потпуне натуралне реституције као основног правила, уз остављање могућности за мешовитом реституцијом у одређеним ситуацијама (о томе ћемо детаљније говорити у посебном одељку посвећеном питању потпуне и делимичне реституције).<sup>436</sup>

Члан 1163 Пројекта, са својих шест ставова, посвећен је само начинима остваривања реституције.

За разлику од решења реформисаног немачког права, *Code civil* у члану 1647 прописује да је ризик случајне пропасти ствари на купцу, као власнику ствари. Исто правило је задржано и у Пројекту. Осим тога, страна која има обавезу реституције ствари одговорна је и за евентуално погоршање стања и смањење вредности ствари, али у случају повећања вредности ствари – право

---

<sup>433</sup> Члан 1162 *Avant-projet Catala*.

<sup>434</sup> Yves-Marie Serinet, *op. cit.*, стр. 546.

<sup>435</sup> *Ibid.*

<sup>436</sup> Чланом 1162 Пројекта прописана је потпуна реципрочна реституција као правило; према члану 1163–3, у случају немогућности повраћаја целе ствари у стању у којем је добијено постоји могућности новчане реституције у износу пуне вредности ствари или делимичне натуралне реституције уз додатак новчане до првобитне вредности ствари.

на накнаду у висини увећане вредности.<sup>437</sup> Када год је могуће, захтеваће се натурална реституција, у супротном ће се утврђивати вредност примљених престација, те дуговати, односно остваривати право на новчани еквивалент.

Страна која врши повраћај примљеног новца вратиће онај број новчаних јединица који је и примила, уз обавезу плаћања камате<sup>438</sup>, као што ће свака страна имати право да наплати вредност свих посредних и непосредних користи које је друга страна остварила њеним престацијама

#### 4.5.4 Англосаксонско право

Англосаксонском праву можда и није место у одељку о последицама ретроактивног дејства раскида, а посебно не у делу о реституцији и реститутивним мерама. Међутим, и поред правила о неретроактивности, англосаксонско право спада у системе „ограничене ретроактивности”. Отуда ћемо и о англосаксонском систему расправљати на овом месту.

За разлику од српског, немачког и француског права, у *common law* систему раскид уговора нема ретроактивно дејство већ *pro futuro*.<sup>439</sup> Међутим, не може се рећи да тај систем уопште не познаје ретроактивност као дејство раскида. Ретроактивност ипак постоји у нешто измењенијем виду, те се може говорити о ограниченом дејству ретроактивности<sup>440</sup>.

Раскидом уговора уговорници су ослобођени извршења свих обавеза које нису доспеле у тренутку раскида, док су и даље дужници неизвршених обавеза које су доспеле у тренутку раскида; за обавезе извршене пре раскида, по правилу, не постоји обавеза реституције.<sup>441</sup> Неизвршавање недоспелих и непостојање обавезе на реституцију примљених престација представља дефиницију дејства раскида *pro futuro*. С друге стране, обавеза на извршење

---

<sup>437</sup> Чл. 1164–5 и 1164–6 Пројекта.

<sup>438</sup> Чл. 1163–2, 1164–1 и 1163–1 Пројекта.

<sup>439</sup> Н. Beale, *Chitty on Contracts*, Vol. I, General Principles, London 2012, стр. 1729.

<sup>440</sup> G. Н. Treitel, *The Law of Contract*, London 2007, стр. 863.

<sup>441</sup> *Ibid.*, стр. 864.



престација доспелих у тренутку раскида тражи додатно објашњење. Неспорно је да би та обавеза била поништена ретроактивношћу. Међутим, раскид *pro futuro* оставља у животу сва дејства произведена уговором. И даље, дејство *ex nunc* се једино може објаснити идејом да уговор, иако обеснажен, ипак наставља да постоји као доказ некада постојећег облигационог односа и као чињеница која омогућава да извршене престације, као и оне неизвршене а доспеле „надживе раскид”. Не можемо рећи да би то објашњење могло послужити и у енглеском праву јер оно не разликује ситуације које доводе и које не доводе до престанка постојања уговора као правне чињенице.

Постоје и изузеци од овог правила англосаксонског права јер се другачије и не би говорило о ограниченом виду ретроактивности, већ би она била потпуно искључена. Ретроактивност није неопходна енглеском праву јер оно не познаје моменат укидања уговора као правне чињенице, што је идејна основа тог дејства раскида. Ограничени вид тог дејства настаје, међутим, из потреба правичности, а развија га судска пракса.

То ограничење није специфичност англосаксонског система, већ нешто што представља примену начела слободе уговарања. Уговорници се, наиме, могу договорити да и након раскида уговора опстану недоспеле обавезе, а да се у раскиду „изгубе” доспеле а неизвршене обавезе.

Друго ограничење ретроактивности јесте у могућности примене појединих одредаба уговора и након његовог раскида, али то, такође, није тако велико ограничење јер је реч о клаузулама уговора које се не односе на уговорене престације<sup>442</sup> (на пример, избор меродавног права, арбитражна клаузула).

Наводи се и обавеза на накнаду штете учињене пре раскида уговора. О обавези на накнаду проузроковане штете не може се, међутим, говорити у оквиру дејства раскида. Обавеза на накнаду штете не настаје као последица

---

<sup>442</sup> J. Cartwright, *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyers*, North America, 2007, стр. 259.

раскида уговора, већ као последица неизвршења или неуредног извршења уговорених престација. Отуда је она, уз право на раскид уговора, само једна од последица повреде уговора, то јест правних средстава која настају из повреде. Обавеза на накнаду штете може настати не само на страни уговорника који је проузроковао раскид, већ се може десити и да је и раскидалац уговора дужник накнаде другој страни. Раскидалац уговора може бити поверилац накнаде штете проузроковане не оном повредом која је изазвала раскид (што је неспорно), већ неким другим неизвршењем које је независно од узрока раскида.<sup>443</sup>

Аутори *common law* уџбеника не користе поделу на тренутне и трајне уговоре као критеријум за одређивање дејства раскида уговора, за разлику од става у *civil law* литератури.

На крају једно питање ипак остаје отворено: да ли англосаксонски систем, имајући у виду такво схватање ретроактивности, ипак захтева примену права реституције као последице раскида уговора услед повреде коју је учинио један уговорник? Наиме, и поред одређене дозе задирања у прошлост уговора, у период од закључења до раскида, настаје ли некада потреба за ретроактивношћу у правом смислу те речи, то јест за повраћајем примљеног по основу уговора, како *in natura*, тако и за новчаном реституцијом у случају да је натурална немогућа?

Постоји, наиме, право на повраћај суме новца исплаћене другој страни у ситуацији када та друга страна није извршила ништа од уговором датих обећања.<sup>444</sup>

Управо смо цитирали водеће ауторе англосаксонског права. Водеће у смислу што се њихова излагања правних института, и поред специфичности и шароликости тог система, приближавају текстовима европскоконтиненталних правника. Наиме, у њима постоји одређена систематичност излагања и полази се од одређених општих правила.

---

<sup>443</sup> О овоме вид. код: G. H. Treitel, *The Law of Contract*, *op. cit.*, стр. 863; J. Cartwright, *op. cit.*, стр. 259.

<sup>444</sup> Вид.: H. Beale, *Chitty on Contracts*, 2012, *op. cit.*, стр. 1732.

Стварност англосаксонског права, када је у питању реституција као последица раскида уговора, нажалост је другачија. Када читамо америчке правнике, чини нам се да не само да реституција као последица раскида постоји, него да постоји и читава мрежа правила која су успостављена ради повратка у предуговорно стање. Можда је то једна од области права где ће нам се америчко грађанско право учинити корисним. Насупрот томе, чини нам се да се схватање да *common law* систем не прихвата ретроактивност као дејство раскида заснива пре свега на енглеском праву, које има развијено право реституције, али не у оном смислу у којем га имају европскоконтентални правници. Реститутивни захтеви постоје и у енглеском праву у случају повреде уговорних обавеза, али далеко од тога да те захтеве можемо сврстати у последице раскида. Отуда се тиме нећемо бавити.

Поједини писци о реституцији (у америчком праву) пишу на начин близак схватању европскоконтенталних правника. У повреди уговора која је таквог значаја да оправдава раскид, они виде извор „радикалног избора” за невину страну – да ли ће остати у уговорном односу инсистирајући на извршењу уговора или ће своја права остварити у квазиуговорном односу, заснованом на правнонеоснованом обогаћењу, путем реституције.<sup>445</sup>

#### 4.6 Делимична/потпуна реституција као последица делимичне/потпуне ретроактивности

Отворили смо могућност ретроактивног дејства у случају раскида трајног уговора и сада би требало одговорити и на друго постављено питање. Наиме, да ли ретроактивност увек делује све до тренутка закључења уговора или некада она може бити „делимична”, што значи да неће покривати целокупан период од тренутка закључења до тренутка раскида уговора, већ период од неког тренутка након закључења уговора, па све до

---

<sup>445</sup> L. D. Smith, *Restitution*, Great Britain, 2000, стр. 294.

његовог раскида? Који би то био тренутак након закључења уговора, од којег би евентуално могло отпочети ретроактивно дејство раскида?

Уколико је у одређеном временском периоду након закључења уговора о закупу уговор уредно извршаван од оба уговорника, може се поставити питање због чега би дејства раскида погодила и тај период у којем су оба уговорника извршавала своје обавезе. Могло би се и у том случају говорити о дејству раскида *ex tunc*, али би њиме био обухваћен период од тренутка када је бар један уговорник престао са уредним извршавањем своје обавезе/обавеза, па све до тренутка престанка уговора раскидом. Други сценарио би био да и у овом случају дође до потпуног повраћаја у пређашње стање, односно све до тренутка настанка самог уговора, те да се утврде све користи које су уговором стекли сви уговорници, односно да се у складу са тим утврде износи накнаде које сваки уговорник потражује од свог саговорника, наравно само онда и у оној мери када није могућ повраћај *in natura*.

Да ли би требало применити потпуну или делимичну ретроактивност у конкретном случају, могло би да зависи и од тога да ли је конкретан уговор једнострано или двострано трајан? Односно да ли је трајност у извршењу обавеза само на страни једног (као код уговора о доживотном издржавању) или оба (као код уговора о закупу) уговорника?<sup>446</sup> Оба случаја ћемо посматрати у три претпостављене ситуације.

У првом случају, када је обавеза једног уговорника трајног, а другог тренутног карактера, посматраћемо одвојено три могућа сценарија. Први је када ни један ни други уговорник нису отпочели са извршавањем своје (трајне) обавезе, односно нису извршили своју (тренутну) обавезу. Тада се и не поставља питање ретроактивног дејства, јер су уговорници и даље у стању које се не разликује од предуговорног, те и нема основа за било какву реституцију.

---

<sup>446</sup> Д. Хибер, *О појму отказа уговора са трајним извршењем*, *op. cit.*, стр. 52.

Друга ситуација би настала када би само један уговорник извршио односно отпочео са извршавањем уговорне обавезе. Тада би, чини се, најлогичније било да раскид дејствује ретроактивно, и то поништивши сва дејства која је уговор произвео; уговорник који је отпочео са извршавањем или је извршио обавезу стекао би право на повраћај датог *in natura* односно на новчани еквивалент учињене користи другом уговорнику.

Трећа ситуација би настала када би након закључења уговора оба уговорника предузела неке радње са циљем извршења уговора, односно када би један извршио своју обавезу тренутног карактера, а други отпочео са извршавањем своје обавезе трајног карактера. Тада би се могло поставити питање примене тзв. делимичне реституције у смислу утврђивања стечених користи за оба уговорника. Уколико би то било у интересу уговорника, не би се морала поништавати сва дејства настала закљученим уговором.

Када су обавезе оба уговорника трајног карактера, сматрамо да би тек имала основа примена делимичне ретроактивности. Како се извршење обавезе оба уговорника простире у времену, у ситуацији када су обе стране након закључења уговора отпочеле са извршењем, у случају раскида, могла би остати на снази дејства која је уговор произвео од тренутка закључења до тренутка када је бар један уговорник престао уредно да извршава своју обавезу (обавезе). Последње свакако само у случају да за то постоји основ у судској одлуци (у систему судског раскида) или споразуму странака.

Друга ситуација би била када је један почео да извршава обавезе, а други није. Овде се чини да је једино логична потпуна примена ретроактивности.

Трећа ситуација у којој ниједан уговорник није отпочео са извршавањем обавеза, најједноставнија је, јер се питање реституције, односно ретроактивности, као што смо већ раније истакли, и не поставља.

Термин делимична реституција, иако није уобичајен, није ни непознат, посебно у појединим судским одлукама, када је очигледно да је потпуна ретроактивност једноставно непотребна.<sup>447</sup>

Чини се ипак да би сам појам делимичне реституције, као и евентуална примена тог института, односно ретроактивности која не би погађала читав период од закључења до престанка уговора раскидом, била сувише нестабилна категорија. Она би евентуално могла настати као израз сагласности воља уговорних страна.

Наиме, код споразумног раскида странке саме својим сагласним вољама раскидају уговор, а истим споразумом оне могу одредити и дејство које ће раскид произвести.

С друге стране, код једностраног раскида, којим се и бавимо, раскид је противан вољи другог уговорника. Међутим, уколико један уговорник нађе основ у закону, те изађе из уговорног односа изјавом своје воље, други уговорник то може да оспорава тако што ће започети парнични поступак, али може и да прихвати такву судбину уговорног односа, видевши да је раскид основан, те да преговара о његовом дејству, односно последицама које ће наступити, а које зависе пре свега од поменутог дејства. Тада би се уговорници могли споразумети о тзв. делимичној ретроактивности.

У систему судског раскида, у којем суд не само да утврђује основаност раскида, већ га и изриче, те утврђује правне последице раскида, могуће би било да у конкретном случају, ако увиди да је то у најбољем интересу оба уговорника, утврди одређени вид делимичне ретроактивности. Логика би била у следећем: зашто би се поништавала сва дејства која је уговор произвео, односно због чега би се брисао и онај период у којем су оба уговорника извршавала своје обавезе?

То свакако не би требало прихватити као правило, већ евентуално као дејство раскида засновано на судској одлуци односно споразуму странака.

---

<sup>447</sup> M. Fabre-Magnan, *La rupture du contrat: une occasion manqué de réforme, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010, стр. 194.

Правило би остало и даље исто, а то је да раскид дејствује ретроактивно, и то како код тренутних, што се сматра неспорним, тако и код трајних уговора, у нешто свакако другачијем облику, због саме природе и специфичности тих уговора.

На основу досадашњих излагања закључујемо да би се ретроактивност могла квалификовати као основно дејство раскида, а можда и једино оправдано. Некада ће бити ипак нелогично, а можда и непотребно применити потпуну ретроактивност, те настојати брисати све трагове које је уговор произвео, посебно у ситуацији када су уговор у једном периоду времена извршавале обе уговорне стране, те су на тај начин били остваривани обострани интереси. Да ли би чак и тада било обавезно поништити и тај период, у погледу дејстава, па обавезати уговорнике на поврећај свега примљеног, односно, вредности свега примљеног, чак и у том периоду времена?<sup>448</sup> Сматрамо да не.

Ситуација немогућности извршења натуралне реституције у потпуности, већ само делимично, када би настала тзв. мешовита реституција, односно натурална уз додатак вредности неизвршене натуралне реституције у новчаном еквиваленту,<sup>449</sup> имала би са претходним питањем само једну заједничку црту. Наиме, то би била делимична новчана и делимична натурална реституција, али би оне представљале само начин на који би се остваривала потпуна ретроактивност.

---

<sup>448</sup> Видети случај: Cass civ (1) 16 December 1986, Bull civ I no 301, RTD civ 1987, 750: „...S paid K the amount of money necessary for the acquisition of a vehicle, provided that K would give S transport, but where, by mutual agreement, they decided to break off this arrangement; the Cour de cassation confirmed a judgment of the Cour d'appel in which K was ordered to make partial restitution of the money which she received, which could be interpreted as a partial retroactive termination of the contract”. Muriel Fabre-Magnan, *Termination of Contract: A Missed Opportunity for Reform, Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription* („the Avant-projet Catala”), Oxford and Portland 2009, стр. 170–171.

<sup>449</sup> Члан 1163–3 Пројекта француског Министарства правде.

## **5. Престанак уговор као основа обавезивања – последице које се тичу будућности**

Раскид уговора увек делује за убудуће, било да има ретроактивно, било *pro futuro* дејство. Како више не постоји уговор као основ преузетих обавеза, то су уговорници његовим раскидом ослобођени свих обавеза које нису доспеле до тренутка престанка постојања уговора. Због тога, ретроактивно дејство раскида обухвата и дејство *pro futuro*, тако да све последице дејства раскида за убудуће спадају у круг последица ретроактивног раскида.

## **III ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ДЕЈСТВА РАСКИДА *PRO FUTURO***

### **1. Појам дејства раскида за убудуће**

О дејству раскида *pro futuro* нема потребе посебно говорити. Рекли смо да је подела на ретроактивно и дејство раскида за убудуће више теоријског значаја. Чак се и тада може довести у питање. Наиме, када би она била тако строга, то би значило да се последице ретроактивног дејства простиру само на прошлост, а да уговор наставља да постоји као основ обавезивања у будућности. Управо супротно, ретроактивно дејство раскида поништавањем уговора као основа задржавања, поништава га и као основ даљег обавезивања. Отуда се последице ретроактивности протежу и на будућност.

С друге стране, уколико би раскид деловао само за убудуће, поставило би се и тада питање доспелих а неизвршених обавеза. Јер, уколико се раскид и тада не би бар у одређеној мери тицао прошлости, поверилац би имао право да захтева извршење доспелих обавеза. То се коси са схватањем да раскидом уговор престаје да постоји као правна чињеница све од тренутка



настанка, али и само дејство раскида за убудуће заснива се на тој нелогичности.

## 2. Питање доспелих а неизвршених обавеза у тренутку раскида

Ретроактивношћу престаје и право повериоца да захтева извршење доспелих а неизвршених обавеза, јер то право више нема свој основ и узима се као да уговор никада није ни настао. Како свака обавеза у двостранообавезном уговору има своју каузу у извршењу обавезе друге стране, то свакој обавези повериоца одговара одређена обавеза дужника.

Као што начело еквиваленције<sup>450</sup> узајамних престаџа постоји за време трајања уговора, оно мора бити примењено и након његовог престанка, али сада у једном квазиуговорном односу насталом, пре свега, на основама института правнонеоснованог обогаћења.

Од неизвршених обавеза, опет је потребно увидети које су доспеле а неизвршене, а које нису још ни доспеле у тренутку раскида. Дужник недоспеле а неизвршене обавезе не дугује је од тренутка раскида, јер у тренутку раскида није био обавезан да је испуни, а тренутак доспећа неће ни наступити, јер уговор у том тренутку неће више постојати.

С друге стране, питање је како бисмо проблем доспеле а неизвршене обавезе могли решавати, имајући у виду да је у тренутку пре раскида дужник био у обавези да доспелу обавезу испуни, али да се након раскида више не може захтевати њено испуњење јер не постоји правни основ за то. Такође, не би се смела заборавити ни чињеница да се управо због доспелих а неизвршених обавеза уговори и раскидају.

Када се о тим обавезама не би уопште расправљало, дужник такве обавезе био би фаворизован, па и неосновано обогаћен у односу на

---

<sup>450</sup> Кроз начело еквиваленције, код двостранообавезних уговора, испољава се и начело правичности. Наиме, сматрамо неправичним везивање стране верне уговору уговором у коме је нарушена еквиваленција вредности узајамних давања неиспуњењем друге стране. Више о томе вид. код: Ј. Перовић, *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе, op. cit.*, стр. 134.

уговорника који је своје доспеле обавезе испунио. Може се поставити питање да ли би, на пример, уговорник који је у року извршио новчану обавезу, био на неки начин правнонеосновано осиромашен, из разлога што је, с друге стране, други уговорник, такође дужник доспеле новчане обавезе (из сада већ раскинутог уговора), пропустио да изврши ту обавезу.

Питање доспелих неизвршених обавеза не може се расправљати ни на плану реституције, ни на плану последица доцње, а у оба случаја из истог разлога – до извршења није дошло. Међутим, у накнади штете због неиспуњења дужник би можда могао пронаћи заштиту својих интереса.

#### **IV ОДРЕДБЕ КОЈЕ „ПРЕЖИВЉАВАЈУ” РАСКИД УГОВОРА<sup>451</sup> (са посебним освртом на члан 124 Закона о облигационим обавезама)**

Раскид уговора доводи до престанка његовог постојања. Ретроактивно дејство раскида таквог је интензитета и значаја да поништава сва дејства која је уговор икада произвео. Дејство раскида само за убудуће такође није занемарљиво јер уговорнике ослобађа извршења преосталих уговорних обавеза. Како и ретроактивно дејство раскида ослобађа уговорнике свих даљих извршења, закључујемо да без обзира на дејство раскида у конкретном случају, раскинути уговор не представља више извор обавеза за

---

<sup>451</sup> Вид. „The Survival of Some Contract Terms after resolution”. S. Whittaker, *„Termination” for Contractual Non-performance and its Consequences French Law Reviewed in the Light of the Avant-projet de reforme, Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription („the Avant-projet Catala”)*, edited by J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oxford and Portland 2009, стр. 198–200. Аутор сматра да се то што су поједине одредбе „преживеле” може оправдати таквом намером самих уговорника.

своје уговорнике. Његов престанак, без обзира на дејство раскида, значио би стављање ван снаге свих уговорних одредаба.

Намећу нам се два питања. Прво, значи ли престанак уговора раскидом истовремено и немогућност настанка било које обавезе за уговорнике, а у вези са (сада раскинутим) уговором? Друго, да ли раскид обеснажује баш све уговорне одредбе или постоји могућност да одређене одредбе ипак „преживе” раскид?

Поћи ћемо од првог питања, које нам се чини лакшим, ако ништа друго због тога што делимичан одговор налазимо у самом члану 124 ЗОО. Наиме, право на раскид настаје као последица повреде уговора. Престанак постојања уговора резултат је остваривања права на раскид. Међутим, то не значи да не могу настати и друге последице учињене повреде, и то на истим основама на којима настаје и поменуто право на раскид. На то нам указује и законодавац чланом 124 ЗОО, којим прописује да поверилац „у сваком случају има право на накнаду штете”. Нажалост, управо ова констатација законодавца, коју би требало схватити у смислу да из неизвршења уговора, осим права на раскид уговора, настаје и право на накнаду штете, предмет је погрешног тумачења. Неретко се констатује да је управо накнада штете последица раскида,<sup>452</sup> што се никако не може прихватити јер би то значило да се накнадом штете санкционише остваривање права. Због тога се може закључити да обавеза на накнаду штете, те уговорна одговорност дужника постоји и након престанка постојања уговора јер услов за примену института накнаде штете лежи у повреди конкретног уговора, те је за његову примену потпуно ирелевантно да ли уговор и даље постоји. Раскид уговора, понављамо, само је остваривање права насталог на истим основама као и право на накнаду штете, то јест на основама учињене повреде.

---

<sup>452</sup> Вид. нпр. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 7677/ 2011 (2) од 1. марта 2012. године, Paragraf Lex. У њеном образложењу се наводи да „...у поступку за накнаду штете проузроковане раскидом уговора (?) тужилац мора доказати...”

Посветимо се сада питању могућности опстанка појединих уговорних одредаба након престанка уговора раскидом. Разликујемо, међутим, више врсте уговорних одредаба.<sup>453</sup>

1. Прве су оне које своју сврху остварују тек у случају раскида. Њиховом применом и долази до раскида – раскидна клаузула. Тачније, оне и не настављају да постоје након раскида, већ самим наступањем раскида и оне „сагоревају”.<sup>454</sup> Раскидна клаузула представља основ раскида уговора, чијом применом он престаје да постоји. Раскидни разлози предвиђени су самом клаузулом, али она може да се примени тек њиховим стварним наступањем.

2. Друге одредбе су, пак, оне које се примењују у случају повреде уговора,<sup>455</sup> док сам раскид (као само једна од последица повреде уговора) не утиче на њихов опстанак, већ га оне „преживљавају”. У питању је само истовремено наступање више последица неизвршења/повреде уговора. Једна последица би била остваривање права на раскид, а друга, евентуално, примена клаузуле којом је предвиђена употреба неког од могућих средстава која би имала улогу било у гаранцији испуњења, било у учвршћивању уговора<sup>456</sup>. У великом броју ситуација, оне би своју сврху могле остварити, то јест само би се и могле применити у случају неиспуњења уговора; сама чињеница да би тада поверилац остварио и право на раскид била би потпуно ирелевантна. У том случају бисмо применили исту логику као приликом расправљања о првом питању. Разлика је, међутим, очигледна: право на накнаду штете свој извор има у закону, док би право на позивање на евентуалне гаранције испуњења (средства за обезбеђење испуњења уговора

---

<sup>453</sup> Ми ћемо, ипак, на овом месту, упростити поделу, те говорити само о три врсте уговорних клаузула, које сматрамо значајним због специфичних разлога свог настанка.

Уопште о клаузулама уговора које се примењују у случају неизвршења вид.: Wery P., Dubuisson B., *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brisel 2001.

<sup>454</sup> Термин који у свом уџбенику *Облигационо право* користи проф. Антић, описујућући тренутак остваривања каузе.

<sup>455</sup> Више о „*Les sanctions conventionnelles – le droit commun des conventions relatives a l'inexécution du contrat*” вид. код: P. Delebecque, F. J. Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Sous – section 2, Paris 2010.

<sup>456</sup> О разлици између банкарске гаранције и уговорне казне вид.: Б. Павићевић, *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Београд 1999, стр. 76–77 и 109.

– банкарска гаранција) или средства за учвршћење уговора<sup>457</sup> – уговорна казна<sup>458</sup>, потицало из једностраног правног посла (на пример, банкарска гаранција) или споразума странака (на пример, уговорна казна)<sup>459</sup>.

Могло би се закључити да сам уговор ствара један нови правни однос између својих уговорника, који постоји независно од њега самог, и то након његовог престанка.<sup>460</sup>

3. Занимљиво је и питање постојања трећих врста клаузула за које се може рећи да превазилазе „препреку” звану раскид уговора, оне чак регулишу питање које може настати баш у вези са раскидом уговора, а наиме: ко је надлежан да одлучује у случају спора о основаности раскида? У том случају се може рећи да је арбитражна клаузула<sup>461</sup> као одредба уговора на снази све до коначног окончања спора поводом конкретног питања пред надлежном арбитражом. У случају да се спор води поводом основаности раскидне изјаве, а накнадно се одлуком утврди да је изјава била основана, те

---

<sup>457</sup> О банкарској гаранцији као средству за обезбеђење испуњења уговора и уговорној казни као средству за учвршћење уговора вид.: *Ibid.*

<sup>458</sup> Уколико би раскидом уговора „нестајале”, „биле поништене” и све одредбе раскинут уговора, то би значило да се уговорна казна због неиспуњења не би могла наплатити, јер је уговор раскинут. Поставља се онда питање која је сврха уговарања уговорне казне због неиспуњења ако не само неиспуњење које је таквог значаја да представља раскидни разлог. За разлику од тога, сврха уговарања уговорне казне због задоцњења је у притиску на дужника да своје обавезе извршава на време, док се питање раскида не поставља јер чак ни задоцнело испуњење које је примљено од повериоца не може представљати раскидни разлог. О сврси уговорне казне због неиспуњења, у том смислу, заузима став и арбитражно веће, у образложењу пресуде од 1. априла 2013. године, у спору пред *Ad hoc* арбитражом.

<sup>459</sup> О уговорној казни, могућности обавезивања на плаћање уговорне казне због задоцњења у одсуству захтева за испуњење (као и одређивање „мере закашњења” као неопходног елемента за одређивање висине уговорне казне, с обзиром на изостанак испуњења), те могућности обавезивања на њену исплату за будуће задоцњење вид.: Д. Хибер, *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, *op. cit.*, стр. 341–356.

<sup>460</sup> Whittaker, „*Termination*“ for Contractual Non-performance and its Consequences, *op. cit.*, стр. 200.

<sup>461</sup> „...Уговор о арбитражи одређује правну судбину и других аката и фаза кроз које арбитражни поступак пролази. И сама арбитражна одлука у уској је вези са арбитражним уговором будући да се њена ваљаност цени у првом реду са становишта постојања и пуноважности уговора о арбитражи.” Ј. Перовић, *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 2002, стр. 42. Очигледно је, дакле, да сама клаузула постоји све време трајања арбитражног поступка, што ће значити да је (у случају да се спор води поводом основаности раскидне изјаве, а одлуком буде утврђено да је она била основана) арбитражна клаузула опстала и након што је уговор раскидом престао да постоји.

уговор раскинут још тренутком пријема изјаве о раскиду, то би значило да је арбитражна клаузула наставила да постоји и након раскида уговора.

У супротном, то би значило и да спор поводом последица, као и утврђивања ништавости једног уговора не би могао бити решен пред арбитражом, применом арбитражне клаузуле, јер би и она сама, као читав уговор, била погођена санкцијом ништавости. Одговор је у доктрини аутономије арбитражног споразума, те самосталној судбини ове клаузуле, која је независна од судбине самог уговора.<sup>462</sup>

4. Уговор може садржати и такве одредбе којима се намећу обавезе уговорницима, и то управо након његовог раскида. Оне „преживљавају” раскид уговора, па према томе, не нестају престанком његовог постојања.<sup>463</sup> Реч је о одређеној врсти ограничавајућих клаузула, на пример, и након раскида уговора један од уговорника не може одређено време у одређеном подручју обављати одређену врсту посла, управо из разлога „сарадње” са другим уговорником у току трајања уговорног односа.<sup>464</sup>

---

<sup>462</sup> Више о томе вид.: Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража о АДР*, Београд 2009, стр. 70.

<sup>463</sup> E. Peel, *op. cit.*, стр. 860.

<sup>464</sup> Вид. нпр. случај Kall – Kwick Printing (UK) Ltd v Rush (1996) FSR 114. <https://www.courtsni.gov.uk/en>. „...The plaintiff sought to rely on a restraint of trade provision which prevented the defendant from competing for two years within a 10 mile radius of the site of franchise premises”...

## **ДРУГА ГЛАВА**

### **ПРАВО ПОВЕРИОЦА ДА ЗАХТЕВА ИЗВРШЕЊЕ**

#### **I ЗАХТЕВ ЗА ИЗВРШЕЊЕ КАО НАЧИН ОЧУВАЊА УГОВОРНОГ ОДНОСА**

Право да од дужника захтева извршење обећане престације само је једно од правних средства која су на располагању дужнику. Друга могућност је одлука повериоца да раскидом оконча уговорни однос. Ова два правна средства се међусобно искључују. Наравно, поверилац може најпре да захтева извршење, па да се након тога ипак, у случају неуспеха, одлучи за раскид. С друге стране, једном раскинути уговор не може више „оживети” једностраном вољом повериоца, већ само сагласношћу обе уговорне стране, а то би већ представљало нови уговор. Право на накнаду штете јесте правно средство које је повериоцу увек на располагању, без обзира на то да ли се одлучи за раскид или очување уговора. Настанак тог права потпуно је

независтан од осталих правних средстава која настају као последица повреде уговора.

Захтев повериоца за извршењем дугованих престација има супротан циљ у односу на раскид уговора. Захтевањем извршења поверилац се настоји ставити у онај положај (финансијски пре свега) који су уговорници и имали у виду закључујући уговор.<sup>465</sup> Насупрот томе, раскидом настаје право обе стране на реституцију, чији је циљ поништавање свих ефеката произведених уговором и повраћај уговорника у положај у којем су се налазили пре закључења уговора.

Да ли поверилац може, у случају дужникове повреде уговора, одмах раскинути уговор или прво мора захтевати испуњење судским путем, па тек у случају неуспеха раскинути? Мислимо да у овом случају градацијски постављених права повериоца и не би било речи о избору. Избор повериоца значи управо могућност да се одлучи да у уговору остане или да одустане од њега. У супротном се не би радило о опцији, већ о додатном услову за настанак права на раскид. Такође, повреда уговора постоји када дужник о року не испуни своју обавезу и то је раскидни разлог. Нема логике захтевати од повериоца да прво дужника покуша судским путем да натера на испуњење. С друге стране, постоје правила попут остављања дужнику накнадног рока, обавезе повериоца да наведе разлог за раскид итд. Та и слична правила, зависно од конкретног правног система, имају циљ да дужнику пруже неопходну заштиту од евентуалних злоупотреба повериоца, али и да дају још једну „шансу“ дужнику који има намеру да изврши дуговане престације. Такође, евентуално другачије решење давало би несавесном дужнику простор да избегава извршење обавеза. Такође, дужник би тако добијао на времену, у смислу избегавања извршења обавеза, свестан тога да поверилац не може одмах раскинути уговор, већ тек након што дужник не би ни по одлуци суда приступио извршењу.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> G. H. Treitel, *Remedies for breach of contract*, *op. cit.*, стр. 43.

<sup>466</sup> Упор. са ситуацијом права на раскид услед материјалних недостатака где поверилац мора прво захтевати отклањање недостатка (што спада у извршење уговора), посебно из разлога



Ово правно средство почива на начелу обавезности извршења уговора који за странке представља закон. Ако дужник не испуни уговорну обавезу, тиме је начело *pacta sunt servanda* угрожено, али не и повређено. Обећања дата уласком у уговорни однос могу бити испуњена и након повреде уговора. Усвајањем повериоцевог захтева, суд може дужника обавезати на чињење или уздржавање од чињења, зависно од природе дуговане обавезе.<sup>467</sup>

Извршење на које је дужник обавезан судском одлуком приближава се добровољном извршењу јер у оба случаја престацију извршава дужник.<sup>468</sup> Разлика је само у степену принуде јер ће дужник који првобитно не изврши своју обавезу добровољно бити на то обавезан одлуком суда.<sup>469</sup>

## II ПРАВО ПОВЕРИОЦА НА ИЗВРШЕЊЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

### 1. Немачко право

Обавезивање дужника на извршење обећане престације судском одлуком у немачком праву је правило.<sup>470</sup> У случају неизвршења, тужба за извршење се јавља као прво и основно правно средство у рукама повериоца, које се може искористити све док је извршење престације могуће, како у

---

што предаја ствари с материјалним недостатком представља неуредно извршење уговорне обавезе, те разлог за раскид уговора због неизвршења. Вид.: Васиљевић М., *Трговинско право*, Београд 2011, стр. 102.

<sup>467</sup> У упоредном праву постоје следећи термини: *specific performance* – наредба суда којом налаже дужнику да изврши чинидбу онако како је уговорено; *mandatory injunction* – наредба суда да дужник отклони повреду своје негативне обавезе и *prohibitory injunction* – наредба дужнику да се уздржи од радње којом повређује своју уговорну обавезу.

<sup>468</sup> L. Miller, *L'execution forcée en nature des obligations contractuelles: observations de droit compare sur la notion d'execution*, *Regards comparatistes sur l'avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010, стр. 175.

<sup>469</sup> *Ibid.*

<sup>470</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 51.

фактичком, тако и у моралном смислу.<sup>471</sup> Немачко право није наклоњено досуђивању накнаде штете уместо извршења обавезе<sup>472</sup> већ, напротив, полази од тога да дужник повериоцу мора испунити тачно оно на шта се уговором и обавезао.<sup>473</sup>

Чланом 275 Немачког грађанског законика прописане су ситуације у којима дужник може одбити да изврши обећану престацију. Став 1 се односи на ситуацију када је извршење немогуће,<sup>474</sup> како за повериоца, тако и за свако друго лице. За разлику од става 1, у којем се указује на фактичку немогућност извршења, у ст. 2 и 3 описују се ситуације у којима је дужник такође ослобођен извршења, иако је оно фактички могуће, али у литератури се оне сматрају моралном немогућношћу извршења. Морална немогућност не представља немогућност у правом смислу те речи, већ ситуацију када не би било разумно очекивати од дужника да изврши конкретну обавезу.<sup>475</sup> То се посебно односи на став 3 којим се регулише ситуација када је дугована престација такве природе да је може испунити једино поверилац. Ставом 2, пак, дужник се ослобађа обавезе извршења у случају када је напор који он мора уложити да би испунио обавезу у несразмери са интересом повериоца за њеним извршењем.

## 2. Француско право

Француско право тежи стабилности уговорних односа у далеко већој мери него енглеско право, у којем се накнада штете јавља као основно

---

<sup>471</sup> A. Heldrich, G. M. Rehm, *Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code, Comparative Remedies for Breach of Contract*, edited by N. Cohen, E. McKendrick, Oxford and Portland 2005, стр. 139.

<sup>472</sup> Више о поређењу немачког и англосаксонског права вид.: Schwenzler I., *The Law of Contracts, Introduction to German Law*, edited by Ebke W., Finkin M., Boston 1996, стр. 183.

<sup>473</sup> B. S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 399.

<sup>474</sup> О фактичкој, субјективној, моралној и економској немогућности извршења у немачком праву вид.: R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005, стр. 43–49.

<sup>475</sup> B. S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 418.

правно средство у рукама повериоца чији дужник није испунио своју обавезу. И један и други правни систем заснивају своју праксу на одређеним идејама.

Енглеско право полази од тога да је често илузорно присиљавати дужника који је учинио повреду уговора да своје обавезе ипак изврши, када он то већ није учинио. Француско право<sup>476</sup>, пак, полази од тога да уколико се не би инсистирало на обавезивању дужника на извршавање својих уговором преузетих обавеза, био би доведен у питање и сам појам уговора; свако би одустајао од уговора уз плаћање накнаде штете. Уговорници би тада остајали у уговору само док им то одговара, а напуштали би уговорни однос чим би увидели да им се исплати да надокнаде другој страни штету, па да на име тога буду ослобођени уговорних обавеза.

Повериочево право да захтева извршење свој основ налази у члану 1184 ставу 2 француског *Code Civil*-а<sup>477</sup>, који прописује да поверилац може, у случају повреде уговора, захтевати извршење престације од дужника, уколико је то могуће, или раскинути уговор.<sup>478</sup>

У члану 1142 *Code Civil*-а на први поглед се доводи у питање схватање накнаде штете у француском праву, као и у члану 1182. Наиме, тај члан предвиђа да у случају неизвршења обавезе чињења или нечињења настаје обавеза дужника на накнаду штете. То би значило да се накнада штете не сматра само једном од последица неизвршења уговорне обавезе већ, напротив, начином извршења уговорне обавезе путем новчаног еквивалента. Обавезивање дужника да повериоцу надокнади штету насталу услед неизвршења дуговане престације, без права повериоца да захтева извршење, било би могуће само у случају да више није могуће извршити је. На сличан начин се у пракси и тумачи овај члан. Наиме, француска судска пракса члан

---

<sup>476</sup> Више о томе вид.: Laithier Y. M., *The Enforcement of Contractual Obligations: A French Perspective, Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription* ("Avant-projet Catala"), Oxford and Portland, Oregon 2009, стр. 123-140.

<sup>477</sup> О члану 1184 вид.: *Reflexions sur la Resolution judiciaire des Contrats pour inexécution*, Paris 1945, стр. 18.

1142 тумачи у смислу немогућности суда да обавезе дужника на извршење, у случају када обавезе имају лични карактер.<sup>479</sup> И поред тога, аутори пројеката који су настајали у Француској последњих година настојали су да прецизирају тај члан наводећи изузетке од могућности обавезивања дужника на извршење обавезе од стране суда:

1. прво, у случају немогућности извршења престације (у српском праву строго је одвојено поље немогућности извршења и института раскида због неизвршења, док у француском, као и у немачком праву, постоји могућност раскида и услед немогућности извршења престације од стране дужника);

2. друго, у случају када дужникова обавеза има лични карактер.<sup>480</sup>

Тим покушајима реформе у Француској требало је нагласити да се о накнади штете може расправљати једино на плану уговорне одговорности, те да право повериоца да захтева накнаду штете није замена његовом праву да захтева извршење. Та два права постоје независно једно од другог. Накнада штете остаје као једино правно средство у рукама повериоца само онда када је немогуће обавезати дужника на извршење. Те ситуације су, као што смо већ нагласили, само изузеци од основног правила да се уговорне обавезе морају извршавати, ако не добровољно, онда по налогу суда, а коначно у судском извршном поступку.

Када су, с друге стране, у питању обавезе нечињења које је дужник прекршио радњом чињења, суд би налагао дужнику отклањање последица повреде уговора, односно уздржавање од радњи којима вређа своје уговорне обавезе, а што је правило у случају неизвршења негативних облигација.

*Rowan*, међутим, отвара једно ново питање. Да ли је оправдано да судови, као што је то случај у Француској, скоро увек усвајају захтеве за

---

<sup>479</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 40.

<sup>480</sup> Вид.: Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (15 Jun 2007), [http://www.Courdecassation.fr/br\\_institution\\_br\\_br\\_1/autres\\_publications\\_discours\\_2039/discours\\_2202/group\\_travail\\_10699.html](http://www.Courdecassation.fr/br_institution_br_br_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/group_travail_10699.html), (47); Ministère de la Justice, Projet de réforme du droit des contrats, July 2008, [http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet\\_droit\\_des\\_contrats\\_blog8\\_2\\_.pdf](http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf).

извршењем, као и уздржавањем од одређених радњи, те обавезују дужника на извршење обавезе односно уздржавање од њиховог кршења?<sup>481</sup> Он сматра да би требало утврдити колико извршење „кошта” дужника, а колико је „корисно” за повериоца, те уколико би трошкови дужника превазишли корист коју остварује поверилац Rowan сматра да би суд требало да одбије повериочев захтев. Његово мишљење није усамљено. Постоје тенденције да се ограничи избор повериоца, као и да се суду дају шира овлашћења приликом одлучивања о повериочевом захтеву за извршење.<sup>482</sup> Критеријуми које би требало имати у виду су лоша намера у којој поверилац поступа, која представља и злоупотребу права, и утицај осуде дужника на извршење које би га економски уништило.<sup>483</sup>

До сада смо говорили о ситуацијама које Французи називају *execution en nature*, и то директно извршење<sup>484</sup> (како га у литератури називају); на основу судске одлуке, дужник извршава дуговане престације. За разлику од тога, можемо говорити о радњама које на рачун дужника предузима поверилац на основу одлуке суда (индиректно *exécution en nature*)<sup>485</sup>, које су регулисане чл. 1143 и 1144 *Code civil*-а. Наиме, чланом 1143 прописано је да поверилац може, на рачун дужника, предузети радње којима отклања последице настале дужниковом повредом уговора, док се чланом 1144 повериоцу даје могућност да сам, опет на рачун дужника, извршу дуговану престацију. Као и члан 1142, тако и ова два управо цитирана члана припадају одељку којим се уређују обавезе чињења и нечињења.

Француски правници сматрају, дакле, да је обавезивање дужника на извршење једина адекватна и логична последица повреде уговора. У супротном, уколико би се (што је пракса енглеских судова), уместо извршења, дужник обавезивао на накнаду штете, то би значило да се

---

<sup>481</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 46.

<sup>482</sup> L. Miller, *op. cit.*, стр. 146.

<sup>483</sup> *Ibid.*

<sup>484</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 57.

<sup>485</sup> *Ibid.*, стр. 57.

дужнику даје право да својевољно мења садржину уговора, те коначно, да сваку уговорну обавезу претвара у алтернативну.<sup>486</sup> Међутим, као што смо и раније поменули, постоје опречна схватања како у теорији, тако и у пракси. *Cour de cassation* некада стаје на становиште да је на судовима да одлуче мора ли дужник у конкретном случају бити обавезан на поштовање уговорних одредби или не.<sup>487</sup> И на овом примеру видимо да су разлике између европскоконтиненталног и англосаксонског права много веће у теорији, док у пракси оне видно бледе.

### 3. Англосаксонско право

За разлику од француских судова који најчешће усвајају повериочеве захтеве за извршење обавезе коју дужник није испунио, пракса енглеских судова иде у потпуно другачијем смеру<sup>488</sup> (када је реч о извршењу неновчаних обавеза). Њихова логика је следећа: ако дужник није добровољно испунио своју обавезу, зашто би је испунио на основу судске одлуке? Стога је, када су у питању неновчане обавезе, очигледна невољност судова да обавезују дужнике на извршење, чак и када је оно још увек могуће.<sup>489</sup>

То не значи да судови потпуно произвољно одбијају захтеве поверилаца за обавезивањем дужника на извршење (енг. *specific performance*).<sup>490</sup> Одређена правила свакако да постоје.<sup>491</sup> У неким случајевима, судови никада неће обавезати дужника на извршење:

1. уколико је у конкретном случају досуђивање накнаде штете адекватна последица;

---

<sup>486</sup> Y. M. Laithier, *Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 109.

<sup>487</sup> *Ibid.*, стр. 111.

<sup>488</sup> Вид.: Mahoney P. G., *Contract Remedies and Options Pricing*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 24, бр. 1, The University of Chicago Press, 1995, 139-163; Bishop W., *The choice of Remedy for Breach of Contract*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, бр. 2, The University of Chicago Press, стр. 299-320.

<sup>489</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 25.

<sup>490</sup> Вид.: Mather H., *Contract Law and Morality*, London 1999, стр. 115.

<sup>491</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 66.

2. ако је дугована престација везана за личност дужника;
3. уколико испуњење захтева стални надзор суда;
4. у случају добротних уговора;
5. у случају да је повериочева обавеза таква да ни он не би могао бити осуђен на извршење.<sup>492</sup>

С друге стране, када је у питању негативна обавеза, поверилац има две могућности. Прва је да се обрати суду са захтевом да обавезе дужника да отклони последице повреде своје обавезе учињене у прошлости – *mandatory injunction*, а друга да га обавезе да се убудуће уздржи од радњи којима повређује своју уговорну обавезу нечињења – *prohibitory injunction*. За разлику од обавезивања дужника на извршење позитивне обавезе, дискреција суда је далеко ужа у осуди дужника на уздржавање од радњи којима се вређају негативне обавезе.<sup>493</sup> И ту, међутим, постоје одређени критеријуми којима је суд ограничен у одлучивању (адекватност накнаде штете као санкције, озбиљност повреде обавезе...)<sup>494</sup>

### **III ПРАВО НА ИЗВРШЕЊЕ КАО ПРАВИЛО ИЛИ ИЗУЗЕТАК (упоредноправна анализа)**

Постоје велике разлике између француског и немачког система, с једне стране, и англосаксонског система, с друге стране. Наиме, у прва два система, обавезивање дужника на извршење дуговане престације сматра се правилом, уз одређене изузетке, док се у англосаксонском праву та врста санкције за

---

<sup>492</sup> J. Cartwright, *op. cit.*, стр. 252; Н. Јовановић, *op. cit.*, стр. 95; Вид.: G. Jones, W. Goodhart, *Specific Performance*, London 1996.

<sup>493</sup> S. Rowen, *op. cit.*, стр. 30.

<sup>494</sup> *Ibid.*

дужниково неиспуњење сматра изузетним правним средством. Разлике почивају на различитом схватању идеје о обавезивању дужника који је већ повредио своју уговорну обавезу, а о чему смо писали. Француско право посебно тежи очувању уговорног односа, те полази од тога да би допуштање дужнику да избегне извршење своје обавезе било у супротности са основним постулатима уговорног права. Англосаксонски систем опет полази од тога да је илузорно и беспотребно обавезивати дужника који већ није испунио своју обавезу. Основно правно средство које то право даје повериоцу јесте право на накнаду штете.

Оба становишта имају и предности и мане. Чињеница је да не постоји искључивост ни у једном правном систему, тако да су у пракси разлике далеко мање него што се то на први поглед може закључити. И француски судови у пракси одступају од начела да се уговори увек морају извршавати. Све ближе су становишту да је на суду да процени околности конкретног случаја и да одлучи о евентуалном обавезивању дужника не само на основу критеријума могућности извршења, већ и целисходности такве одлуке. Енглески судови, опет, полазе од одређених правила, те у оквиру њих одлучују о обавезивању дужника на извршење, тако да је смањена могућност произвољности у одлучивању.

Исход залагања судова у правцу обавезивања дужника да изврши своју уговорну обавезу у крајњем, то јест у извршном поступку увек зависи од солвентности дужника.

С друге стране, давање предности накнади штете у односу на извршење престације отвара простор за изигравање уговорних обавеза и давање несавесној страни могућности да се увек када је обавеза на накнаду штете за њу повољнија од обавезе извршења определи за неизвршење.

Неопходно је повући границу између та два правна средства, што изгледа да енглеско право не чини, или бар не јасно. Право на накнаду штете није замена за обавезу извршења. Поверилац има право избора између раскида уговора и останка у уговору. У оба случаја има право и на накнаду



штете, уколико су испуњени услови за то. Судови не могу без оправданог разлога одбити повериочев захтев за извршење и досудити му уместо тога накнаду штете. Накнада штете је посебна и само једна од последица неизвршења, а не замена за другу последицу повреде уговора. Отуда је потпуно нелогично говорити о адекватности накнаде штете у конкретном случају те о досуђивању те мере уместо обавезивања дужника на извршење, као што је случај у енглеском праву. Тиме дајемо сваком уговорнику могућност да не испуни обећање<sup>495</sup> дато уговором већ да уместо тога само исплати одштету другој страни. Квалификација накнаде штете као само једне од последица неизвршења уговора, а не начина извршења уговорне обавезе путем новчаног еквивалента, усвојена је и у једном од пројеката рађених у оквиру реформе француског права (*Avant-projet Catala*). Тај пројекат, дакле, недвосмислено раскида са схватањем накнаде штете као алтернативним видом извршења обећане престације. Свако од тих правних средстава има своју функцију, што је још један од разлога због којег једно не може бити замена за друго. Такође, могућност употребе тих правних средстава поверилац стиче у различитим тренуцима. Наиме, право на извршење је основно право повериоца и он га стиче тренутком закључења уговора; основна функција му је заштита интереса повериоца и очување уговорног односа.<sup>496</sup> Право на накнаду штете је секундарно право које настаје тек када дужник учини повреду уговора, а циљ овог института је надокнада тако настале штете.<sup>497</sup>

Када се, пак, говори о досуђивању накнаде штете уместо извршења обавезе, има се у виду накнада штете услед неиспуњења обавезе. Тада, поверилац више не може да захтева и извршење јер би у том случају био правнонеосновано обogaћен. Дужник може да буде обавезан на накнаду штете настале неиспуњењем у случају раскида уговора због неиспуњења, као

---

<sup>495</sup> О последицама неиспуњења обећања у англосаксонском праву вид.: A. Farnsworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, Columbia Law Review, Vol. 100, бр. 7, Columbia Law Review Association, 1970, стр. 1145-1216.

<sup>496</sup> L. Miller, *op. cit.*, стр. 154.

<sup>497</sup> *Ibid.*

и у случају немогућности испуњења. Уз дужничково извршење, с друге стране, истовремено може бити досуђена само накнада штете настала задоцњењем у извршењу.

Отворили смо питање истовременог постојања различитих правних последица неиспуњења обавезе. Уколико се поверилац определи за раскид због неиспуњења, у том случају нема више право да захтева извршење, али и даље има право да захтева накнаду штету услед неизвршења. Ако се, пак, одлучи да захтева извршење, уговор је и даље на снази, те уз добијену престацију поверилац може да захтева и накнаду штете настале задоцњењем у испуњењу.

Поверилац ће некада захтевати само накнаду штете због неиспуњења, не желећи да губи време и новац на вођење судског поступка ради извршења дужничкове обавезе.<sup>498</sup> У другим, пак, случајевима, (оскудице робе, изненадних економских промена...) биће му веома битно да од дужника добије дуговану престацију, а не накнаду штете уместо ње.<sup>499</sup> Постоји још један разлог због којег ће се поверилац пре определити за извршење него за накнаду штете – институт накнаде штете има своју посебну регулативу, у погледу услова неопходних да би право на штету могло настати и бити остварено.<sup>500</sup>

Уколико је, пак, извршење престације постало немогуће из неког разлога (за који је дужник одговоран), тада је неспорно да се поверилац може задовољити само накнадом штете, и то оне настале неиспуњењем уговорне обавезе. Случај немогућности испуњења наше право, за разлику од других правних система, сматра посебним начином престанка обавезе, те га издваја из поља примене института раскида уговора.

Судови би требало да обавезују дужнике на извршење уговорних обавеза јер би се у супротном довела у питање суштина уговора. То је једини

---

<sup>498</sup> K. Zweigert, H. Kotz, *op. cit.*, стр. 173.

<sup>499</sup> B. S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 399.

<sup>500</sup> *Ibid.*

начин заштите уговорних престација. Захтеве би требало одбијати само онда када је извршење немогуће, било због тога што дужник фактички више не може да изврши конкретну престацију, било због тзв. моралне немогућности.

Чак и у случају усвајања повериоачевог захтева, не значи да ће дужник поступити по судској одлуци. Тада ће поверилац покушати своја права остварити, то јест пресуду извршити у судском извршном поступку. Међутим, тада може наићи на проблем, чије решење није ни у домену судске моћи, а то је инсолвентност дужника, те немогућност принудног извршења. У случају дужникове инсолвентности доведена је у питање и могућност остваривања права на накнаду штете настале неиспуњењем, а то потраживање се у крајњем такође остварује принудним путем. Чини се да ће повериоцу као једино правно средство често остати могућност реализације уговорених средстава обезбеђења извршења уговорне обавезе (на пример, банкарска гаранција). У питању су одредбе уговора о којима смо писали у одељку о одредбама које „преживљавају” раскид.

# ТРЕЋА ГЛАВА

## ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ

### I УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ

#### 1. Појам уговорне одговорности

Обавеза на накнаду штете проузроковане повредом уговора обухваћена је појмом уговорне одговорности.<sup>501</sup> Тиме уговорна одговорност<sup>502</sup> заузима место једне од последица неизвршења, односно неуредног извршења уговорне обавезе. Једно од правних средстава које поверилац стиче наступањем конкретне повреде јесте позивање дужника на уговорну одговорност. Због тога сматрамо да је погрешно квалификовање

---

<sup>501</sup> Н., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, стр. 388; И. Јанковец, *Уговорна одговорност, op. cit.*, стр. 9.

<sup>502</sup> О уговорној одговорности у европском, упоредном и домаћем праву вид.: Ј. Салма, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, Нови Сад 2011, стр. 69–107.

накнаде штете као последице раскида уговора.<sup>503</sup> Наиме, и право на раскид уговора и право на накнаду штете јесу последице повреде уговора.

Поједини аутори, опет, под појмом уговорне одговорности подразумевају и обавезу да се накнади проузрокована штета другој страни и обавезу плаћања уговорне казне.<sup>504</sup>

Ипак, под појмом уговорне одговорности требало би подразумевати „елегантнији израз за одговорност за штету изазвану повредом било које већ засноване обавезе”.<sup>505</sup> Имајући у виду предмет рада, посветићемо пажњу само повреди оних обавеза које свој основ имају у уговору.<sup>506</sup>

Основно питање је коју штету дужник мора накнадити. Тачније, шта у појму уговорне одговорности представља штетњу радњу?

Уговорна одговорност представља штету насталу повредом уговора. Под повредом уговора подразумевају се следеће ситуације:

1. задоцњење у извршењу уговорне обавезе:

а) одговара дужник који о доспелости није испунио своју обавезу;

б) одговара и дужник којем је поверилац дао накнадни примерени рок за испуњење;

2. манљиво извршење уговорне обавезе;

3. неизвршење уговорне обавезе:

а) дужник одговара за штету насталу неиспуњењем уговорне обавезе у ситуацији када је извршење могуће;

б) дужник одговара за неиспуњење настало услед немогућности испуњења за које је он одговоран;

---

<sup>503</sup> ICC Case No. 13798/AVN од 27. априла 2006. године.

<sup>504</sup> И. Јанковец, *Имовинска одговорност и њен досег*, Београд 1979, стр. 14.

<sup>505</sup> М. Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, стр. 54.

<sup>506</sup> О појму уговорне одговорности вид. и код: С. Перовић, *Накнада штете у светлу уговорне и деликтне одговорности*, Правни живот, бр. 4-5, Београд 1968, стр. 4.

в) дужник одговара за неиспуњење и када немогућност испуњења није скривио, али је она наступила после његовог доласка у доцњу.

Међутим, најчешће се говори о штети насталој услед задоцњења или неиспуњења уговора, што сматрамо адекватним терминима јер обухватају све видове повреде уговора. При томе, под неиспуњењем подразумевамо и потпуно и манљиво неиспуњење.

Навели смо ситуације које чине појам повреде уговора. Обавеза дужника на накнаду штете која је настала као последица њиховог наступања представља уговорну одговорност. Да ли се одговара за штету насталу било којом повредом уговора или само оном која чини раскидни разлог? Сматрамо да би одговор требало тражити у полазној хипотези о праву на раскид и праву на накнаду штете као посебним и одвојеним правним средствима у рукама повериоца, за чије остваривање се захтева наступање посебних и различитих услова. Стога, уговорна одговорност постоји и онда када нема услова неопходних за наступање и остваривање права на раскид. Ако би се израз повреда уговора употребљавао само као синоним за раскидни разлог, онда би овде било речи о повреди уговора у ширем смислу.

Имајући у виду предмет овога рада, термин уговорна одговорност користићемо у ужем смислу, односно само у ситуацијама када обавеза на накнаду штете настаје повредом уговора. То напомињемо због тога што се под уговорном одговорношћу, иначе, не подразумева само обавеза накнаде штете настале (потпуним или делимичним) неиспуњењем обавезе из уговора већ и из било ког облигационог односа између повериоца и дужника.

Да ли престанком постојања уговора обавеза на накнаду штете настале повредом истог представља и даље вид уговорне одговорности, будући да уговор више не постоји? Одговор ћемо наћи у појму уговорне одговорности у ужем смислу, а наиме, битно је да је дошло до неиспуњења обавезе која свој извор има у уговору, те тиме проузроковања штете за повериоца. Престанак постојања уговора не оспорава чињеницу да је конкретна обавеза свој извор имала у уговору.

И на крају, накнада штете може бити утврђена као једина последица повреде уговора – тада се она изриче као замена за неизвршење уговорне обавезе. Насупрот томе, накнада штете може постојати и уз неку друго правно средство које је на располагању повериоцу – раскид уговора или захтев за извршењем.<sup>507</sup> Ако би, након подношења захтева за извршење, дужник одговорио извршењем, поверилац би евентуално могао захтевати накнаду штете због манљивог извршења или због задоцњења у извршењу.<sup>508</sup>

## **2. Услови неопходни за настанак уговорне одговорности дужника/права на накнаду штете повериоца**

Да би настала уговорна одговорност дужника, морају бити испуњени одређени услови. Мора постојати:

1. уговорна обавеза која није испуњена или није уредно испуњена. Неиспуњење или неуредно/рђаво испуњење представља „уговорну противправну радњу”<sup>509</sup>;

2. штета настала као последица повреде уговора коју је претрпела уговору верна страна – последица штетне радње;

3. узрочна веза између повреде уговора и штете која је наступила.<sup>510</sup>

Поставља се питање постојање којих околности, неопходних за наступање уговорне одговорности, се претпоставља, а постојање којих се доказује, као и на коме је терет доказивања.

---

<sup>507</sup> G. Bermann, E. Picard, *Introduction to French Law*, Kluwer law international, 2008, стр. 235.

<sup>508</sup> Вид.: В. Горенц, *op. cit.*, стр. 167. Аутор наглашава да повериоцу који се одлучи на захтев за испуњењем уговора припада накнада због задоцњења у испуњењу, а одлучи ли се, пак, на раскид уговора, припада му накнада штете због неиспуњења обавезе. Могуће је, такође, и одустати од уговора без остваривања права на накнаду штете. Додали бисмо да је могуће и захтевати извршење или пак раскинути уговор, а не остварити стечено право на накнаду штете.

<sup>509</sup> И. Јанковец, *Имовинска одговорност и њен досег*, *op. cit.*, стр. 14.

<sup>510</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, стр. 639.

Први услов јесте повреда уговора. Ако је уговор повређен потпуним неиспуњењем уговорне обавезе, на повериоцу је да докаже само да је дужник у односу према њему имао одређену обавезу.<sup>511</sup> Како се не може доказивати нешто што не постоји, не може постојати ни обавеза повериоца да доказује да дужник није испунио своју обавезу, већ ће бити довољна само повериочева изјава да обавеза није испуњена.<sup>512</sup> С друге стране, на дужнику је терет доказивања да је своју обавезу испунио.<sup>513</sup> Ако се, пак, повреда уговора састоји у задоцнелом или неуредном испуњењу, логично је да ће терет доказивања бити на повериоцу јер је то у његовом интересу.

Други услов је наступање штете као последице повреде уговора, а трећи – узрочна веза између прва два услова. Постојање штете, њену врсту и висину, као и узрочну везу мора доказати поверилац.<sup>514</sup>

## **II ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗАВИСНО ОД КОНКРЕТНЕ ПОВРЕДЕ УГОВОРА**

### **1. Уводне напомене**

Однос накнаде штете са осталим последицама повреде уговора зависи пре свега од тога о којем виду накнаде штете је реч. Наиме, накнада штете се може дуговати због задоцњења у извршењу или због неиспуњења. У ширем смислу, неиспуњење обухвата и задоцњење и манљиво неизвршење и потпуно одсуство било каквих аката усмерених на извршење уговорних обавеза. Међутим, у литератури се обично издваја задоцњење у извршењу као посебан вид неиспуњења. Сви остали видови неиспуњења, како потпуно

---

<sup>511</sup> И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, *op. cit.*, стр. 25.

<sup>512</sup> *Ibid.*, стр. 26.

<sup>513</sup> *Ibid.*

<sup>514</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 911.



неиспуњење, тако и манљиво испуњење, били би обухваћени појмом неиспуњења. С друге стране, када је реч о накнади штете због неиспуњења<sup>515</sup>, требало би разликовати накнаду штете због потпуног неиспуњења и накнаду штете због манљивог испуњења.

Дефинисањем појма доцње у извршењу уговорне обавезе и њеним издвајањем из појма повреде уговора, то јест неиспуњења схваћеног у ширем смислу, бавили смо се у првом делу рада. Тада смо закључили да одговорност због доцње у испуњењу наступа онда када је, након извесног периода доцњења у извршењу, извршење на крају ипак уследило. С друге стране, када након доцње није уследило испуњење, било услед тога што је наступила немогућност у извршењу обавезе, било из разлога што је уговор престао да постоји, на пример раскидом, или због тога што је поверилац одбио пријем задоцнелог испуњења (јер за истим више није имао интерес), у питању је коначно неиспуњење као вид повреде уговора.

Начини одмеравања накнаде штете у случају раскида уговора разликују се зависно од тога о којој повреди уговора је реч, то јест која радња која представља повреду уговора је проузроковала штету. Прво, а истовремено и кључно питање је да ли је уговор и даље на снази или је поверилац због прекршене уговорне дисциплине изгубио интересовање за постојећи уговорни однос, те га је изјавом воље раскинуо.

У случају да је уговор раскинут, може се поставити питање да ли је за одабир начина одмеравања штете значајно да ли је раскид имао ретроактивно или само дејство за убудуће (кажемо намерно „само” за убудуће јер и ретроактивни раскид дејствује и на будућност). Ретроактивност има циљ да поништи сва произведена дејства која је уговор произвео од тренутка закључења. С друге стране, дејство *pro futuro* не

---

<sup>515</sup> Вид.: С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 249. Аутор наводи да се не би смело заборавити да накнада штете због неизвршења није „испуњење уговора у другој форми”. Прво, из разлога што се „накнада штете јавља као последица неизвршења уговора”, а друго што „странке закључују уговоре да би их извршавале, а не да би стекле право на накнаду штете услед њиховог неизвршења”.

осујећује права остваривана уговором у периоду од закључења до прекида уговорног односа.

## 2. Накнада штете због задоцњења

### 2.1 О појму штете настале услед задоцњења у испуњењу

Правни писци се слажу да се под накнадом штете због задоцњења подразумева штета коју поверилац трпи због дужниковог кашњења у извршењу. Ту штету чине изгубљена добит, односно трошкови настали као резултат кашњења у испуњењу и смањење вредности саме престације у току периода доцње.<sup>516</sup> То су дакле губици настали за повериоца у периоду док испуњење није коначно наступило.<sup>517</sup>

Да би се могао утврдити укупан износ штете коју је поверилац претрпео, неопходно је да је до испуњења дошло.<sup>518</sup> Стога, не само да накнада штете због задоцњења не искључује испуњење, већ она мора ићи уз

---

<sup>516</sup> R. Zimmerman, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Roma 2002, стр. 25.

<sup>517</sup> D. Coester-Waltjen, *The New Approach to Breach of Contract in German Law, Comparative Remedies for Breach of Contract*, edited by N. Cohen, E. Mckendrick, Oxford and Portland 2005, стр. 15.

<sup>518</sup> У спору пред *Ad hoc* арбитражом (пресуђено 1. априла 2013. године) тужилац је тражио плаћање уговорне казне због протеклог задоцњења, али за будуће задоцњење, које ће тек наступити. Пред арбитражом се тада отворило питање да ли је правно основан захтев којим се потражује плаћање уговорне казне за будуће задоцњење. Аналогно томе, интересује нас да ли је могуће захтевати накнаду штете због будућег задоцњења? Арбитражно веће је заузело став да је дужников захтев за плаћањем уговорне казне (исто би било и у случају накнаде штете) за будуће задоцњење, све до тренутка коначног испуњења, правно неосновано. Коментар одлуке вид. код: Д. Хибер, *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, зборник радова „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ”, *op. cit.*, стр. 341–356.

испуњење.<sup>519</sup> За штету због задоцњења са испуњењем обавезе одговара и дужник коме је поверилац дао примерени накнадни рок за испуњење.<sup>520</sup>

У супротном, уколико наступи коначно неиспуњење, дугује се накнада штете због неиспуњења. Само је питање да ли ће се штета дуговати у виду накнаде штете уместо испуњења (позитивни уговорни интерес) или као накнада узалудно учињених трошкова због веровања да ће уговор бити закључен и пуноважан (негативни уговорни интерес).

Ако се, пак, пође од схватања да се штета одмерава у виду негативног уговорног интереса само уколико уговор није ни закључен или је непуноважно закључен, онда штета због задоцњења никако не може бити одмерена у смислу негативног уговорног интереса, јер уз њу иде и извршење, а право да захтева извршење поверилац има само на основу пуноважно закљученог уговора. Наравно, могуће је извршити престацију иако уговор није пуноважан, али смо онда на терену правнонеоснованог обогаћења, те обавезе повраћаја примљеног без основа, а право на накнаду штете остваривало би се по основу „веровања у ваљаност уговора”, а не због задоцњења.

Када је у питању накнада штете због задоцњења, чини се да нема потребе говорити о позитивном односно негативном уговорном интересу. Након што уследи испуњење, утврдиће се која је штета настала због закаснелог испуњења, а све то под претпоставком да је претходно утврђено да је иста и настала. То је губитак у повериочевој имовини настао услед тога што дужник своју престацију није испунио у року. У том смислу, будући да накнадом штете повериоца стављамо у онај положај у којем би био да је

---

<sup>519</sup> У спору пред Ad hoc арбитражом (пресуђено 1. априла 2013. године) тужилац је захтевао уговорну казну због неиспуњења, а не и само испуњење. У конкретном случају, „затраживши плаћање уговорне казне због задоцњења, пре тражења испуњења, поверилац је (вољно) створио услов да њена висина од одредиве постане одређена, одредивши тренутком захтева, односно, пресуђења меру закашњења која се може узети у обзир.” Вид. коментар одлуке код.: Д., *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, *op. cit.*, стр. 341–356.

<sup>520</sup> Из образложења Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 796/98 од 3. марта 1998. године, Propis Soft.

обавеза испуњена на време, тај начин одмеравања штете подсећа на примену правила о тзв. позитивном уговорном интересу.

Коначно, нагласићемо поново наше схватање појма штете настале услед задоцњења у испуњењу, али овог пута цитирањем коментатора Немачког грађанског законика: „...штета настала услед задоцњења у извршењу јесте штета која је претрпљена упркос томе што је до извршења коначно дошло”.<sup>521</sup>

### 3.2 Накнада штете због задоцњења/накнада штете због неиспуњења

Накнада штете због задоцњења један је од видова накнаде штете који се надокнађује онда када уговор није раскинут, без обзира на постојећу повреду.<sup>522</sup> Само задоцњење представља повреду уговору, али у ситуацији када поверилац и даље има интереса да прими закаснело испуњење, а уговор одржи на снази.

Супротно, када би поверилац одбио да прими закаснело испуњење, а из разлога непостојања интереса за истим, то би било коначно неиспуњење као повреда уговора (у којем случају би уговор најчешће био раскинут, али могуће је и да би поверилац у тој ситуацији захтевао само накнаду штете због неиспуњења, остављајући уговор на снази).

Бавећи се појмом раскидног разлога у смислу 300, још у првом делу рада закључили смо да се под раскидним разлогом подразумева само коначно неиспуњење уговора. Ипак, неретко се одредбе 300 тумаче тако што се под појмом раскидног разлога подразумевају и неиспуњење и задоцњење. Међутим, о задоцњењу као раскидном разлогу може се евентуално говорити уколико подразумевамо да се раскид догодио због задоцњења у испуњењу, које је, у једном тренутку, „прерасло у коначно неиспуњење”. Отуда је најбитније када се говори о задоцњењу, разликовати ситуацију када је поверилац примио задоцнело испуњење (када разлога за раскид нема) од

<sup>521</sup> N. Foster, S. Sule, *German Legal system and laws*, New York 2010, стр. 462.

<sup>522</sup> И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, *op. cit.*, стр. 217.

ситуације када је поверилац одбио задоцнело испуњење (које је тиме претворено у коначно неиспуњење које јесте раскидни разлог). Подразумева се да се са ситуацијом одбијања задоцнелог испуњења изједначававају ситуације у којима дужник није понудио испуњење, чак ни са закашњењем. Иако ће у ситуацијама коначног неиспуњења поверилац најчешће раскинути уговор, ипак, он то не мора да учини да би остварио право на накнаду штете због неиспуњења.

Доцња постоји и док тече накнадни примерени рок, а може се рећи да је његовим истеком (односно пријемом раскидне изјаве од стране дужника, по истеку накнадног рока) наступило коначно неиспуњење. Тада је, међутим, поново у питању коначно неиспуњење као тежи вид повреде уговора од доцње, те дужник одговара за штету проузроковану не задоцњењем, већ коначним неиспуњењем. Међутим, поверилац не мора раскинути уговор чак ни уколико дужник не испуни своју обавезу ни истеком накнадног рока. И даље, поверилац и након истека накнадног рока може примити испуњење од дужника. Тада би се поново радило о задоцњењу као повреди уговора, те би дужник одговарао за накнаду штете насталу задоцњењем. Поверилац, будући да је испуњење примио, не би више могао раскинути уговор јер је пријемом испуњења престао да постоји раскидни разлог.

Дакле, закључили смо да поверилац може захтевати само накнаду штете због неиспуњења, остављајући уговор на снази, упркос томе што је дужник понудио испуњење. Разлог је једноставан – поверилац нема више интереса да прими понуђено испуњење конкретне обавезе. Поставља се питање због чега онда није раскинуо уговор? Зашто је довео дужника у позицију да „нуди“ испуњење које ће бити одбијено? Да ли му је тиме учинио неке трошкове које би дужник имао право да надокнади накнадом штете? Могуће је да је повериоцу у интересу очување уговора да би дужник испунио неке друге обавезе из уговора, јер уговор је најчешће извор више обавеза. Уговор, дакле, остаје на снази иако је поверилац одбио задоцнело испуњење. Тиме је доцња претворена у тежи облик повреде уговора – коначно

неиспуњење, које ће бити санкционисано накнадом штете због неиспуњења (а не задоцњења!).

#### 4. Накнада штете због неиспуњења

Накнада штете због неиспуњења се досуђује у случају:

1. немогућности испуњења за коју је одговоран дужник и
2. да је испуњење, иако могуће, изостало вољом дужника, било у потпуности, било делимично.

Ова штета се може надокнадити у виду позитивног уговорног интереса – тзв. накнада штете уместо испуњења. Уколико једна страна у двостранообавезном уговору не испуни своју обавезу, друга страна има право да захтева накнаду штете због испуњења, али под претпоставком да су испуњени сви услови за уговорну одговорност дужника. Како је један од услова одговорност дужника за повреду уговора којом је штета и проузрокована, то значи да поверилац стиче право на накнаду штете у случају када је извршење било могуће, а дужник је ипак прекршио уговорну дисциплину и у случају да је наступила немогућност испуњења за коју је дужник одговоран. Накнада штете може бити праћена раскидом уговора, уколико конкретна повреда представља раскидни разлог и под условом, наравно, да поверилац жели да прекине постојећи уговорни однос. С друге стране, накнада штете може бити захтевана и у случају када уговор остаје на снази, било због тога што поверилац не жели раскид, било из разлога што повреда не представља ваљани разлог за раскид.

##### 4.1 Накнада штете због неиспуњења у случају раскида уговора

*Markesinis* полази од тога да раскидом уговора поверилац бива ослобођен извршења своје „контрапрестације” или, у случају да ју је извршио,

стиче право да тражи повраћај датог (из разлога што наступа обавеза реституције као последица раскида уговора).<sup>523</sup>

Самим тим, поверилац не би могао захтевати пуну новчану вредност дужникове престације на име накнаде штете, у ситуацији када ни он дужнику није дао противпрестацију. *Markesinis* сматра да би се висина накнаде штете састојала у евентуалној разлици у вредности престација, те би постојала уколико је, рачунато у новцу, поверилац уговорио за себе престацију веће вредности од оне коју је уговором обећао дужнику да ће извршити.

#### 4.2 Могућност накнаде штете због неиспуњења у случају када је уговор и даље на снази

Већа је вероватноћа да ће поверилац, у случају да дужник не испуни своју обавезу, остати у уговору уколико је његова обавеза неновчана, из разлога што ће често желети „да је се отараси”.<sup>524</sup> Тада, у ситуацији када је поверилац испунио своју обавезу, има право захтевати од дужника, на име накнаде штете, пуну новчану вредност дужникове неизвршене престације.

Дакле, штета настала услед неиспуњења може се одмеравати само у смислу позитивног уговорног интереса, због тога што он подразумева постојање пуноважно закљученог уговора. Да би се могло одговарати због неиспуњења, неопходно је да постоји пуноважни уговор као основ дуговања и извор обавезе на конкретно испуњење. У супротном, у случају незакључења или закључења непуноважног уговора, не постоји повреда уговора у смислу неиспуњења или неуредног испуњења. Стога се и не може одговарати за неиспуњење. Циљ је у том случају или предуговорна одговорност (због прекида преговора) или, у случају рушљивости, одговорност за накнаду штете, и то оног уговорника на чијој је страни разлог рушљивости. У случају ништавости дужник накнаде штете био би онај уговорник који је за разлог ништавости знао.

---

<sup>523</sup> B. S. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 455.

<sup>524</sup> *Ibid.*

Оправдање постојања могућности да се потражује накнада штете због неиспуњења а да се истовремено уговор одржи на снази налазимо у чињеници да је уговор, најчешће, извор више права и обавеза. Отуда може постојати интерес повериоца да ипак остане у уговору, ради испуњења неких других дужникових обавеза, које су му у интересу. Постоји, међутим, став појединих аутора, који се може бранити са доста аргумената, да би у том случају ипак морало доћи до делимичног раскида уговора.<sup>525</sup>

### III НАЧИНИ ОДМЕРАВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ

#### 1. Позитивни и негативни уговорни интерес

Циљ накнаде уговорне/предуговорне штете јесте обештећење повериоца. Да би се остварио тај циљ, а будући да је штета настала из повреде уговора/неуспелих преговора/ступања у непуноважни уговорни однос, неопходно је повериоца довести у онај положај у којем би се налазио да до наведених уговорних ситуација није дошло.<sup>526</sup>

Ако пођемо од претпоставке да се описане ситуације нису ни догодиле, могућа су два сценарија. Један нас води у прошлост, други у будућност. Према првом, није ни дошло до започињања преговора, односно закључења непуноважног уговора, јер то је тренутак који је постојао пре настанка штете. У другом случају, посматрали бисмо један тренутак који је требало да наступи у будућности, али није, због дужниковог понашања које се састојало у повреди – неиспуњењу или неуредном испуњењу уговорне обавезе. Управо описани могући начини одмеравања накнаде штете у теорији су познати као негативни и позитивни уговорни интерес.

---

<sup>525</sup> О делимичном раскиду уговора вид.: В. Водинелић, *Делимични раскид уговора због делимичног неиспуњења облигације*, *op. cit.*, стр. 24–27.

<sup>526</sup> И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, *op. cit.*, стр. 221.



Неспорно је да се о повреди уговора у смислу неизвршења или бар непотпуног/делимичног извршења може говорити само ако постоји пуноважно закључен уговор, односно ако је штета одмерена у смислу позитивног уговорног интереса.

Позитивни уговорни интерес је губитак настао услед неиспуњења или рђавог испуњења уговорне обавезе.<sup>527</sup> Штета се огледа у разлици између имовинског стања у којем би се поверилац налазио да је дужник испунио своју обавезу и оног у којем се налази услед тога што дужник то није учинио.<sup>528</sup> Да би се могло говорити о позитивном уговорном интересу, уговор мора бити закључен и бити пуноважан.<sup>529</sup>

Како је претпоставка за примену позитивног уговорног интереса да уговор постоји и да је пуноважан, то се ова правила не могу применити у случају да уговор није ни закључен или да је закључен али да није пуноважан (било из разлога апсолутне, било релативне ништавости). У том случају примениће се правила негативног уговорног интереса. Дакле, поверилац може претрпети штету због тога што уговор није закључен. Она би се састојала у разлици између имовинског стања у којем би се поверилац налазио да није отпочињао и водио преговоре „који су завршени фијаском” и стања у којем се налази у тренутку прекида преговора.<sup>530</sup> С друге стране, уколико је уговор закључен али није пуноважан, штета се састоји у разлици између имовног стања повериоца које је постојало пре закључења уговора и тренутка када је поништен рушљиви уговор, односно тренутка када је утврђено да је закључени уговор ништав.

Негативни уговорни интерес назива се у литератури (посебно страном) и алтернативним принципом<sup>531</sup> у односу на позитивни, те се под тим видом

---

<sup>527</sup> Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 203; Treitel, Remedies for Breach of Contract, *op. cit.*, стр. 82.

<sup>528</sup> М. Орлић, *Негативни уговорни интерес*, Правни живот, бр. 9–10, Београд 1992, стр. 1195.

<sup>529</sup> *Ibid.*

<sup>530</sup> *Ibid.*

<sup>531</sup> Вид.: D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, стр. 148. Наводи ситуације у којима би било погодно одмеравати штету у смислу негативног уговорног интереса. По овим ауторима овој логици

штете подразумевају трошкови и други губици настали због ослањања на уговором добијена обећања.<sup>532</sup> Иста логика може се приметити и у Немачком грађанском закону, који негативни уговорни интерес сматра алтернативом позитивног (члан 284). У нашој литератури није прихваћен такав став, односно постоји јасно разграничење између ситуација у којима се штета одмерава у смислу позитивног, односно негативног уговорног интереса.

За разлику од позитивног уговорног интереса, који представља надокнаду штете због неиспуњења, то јест накнаду штете уместо испуњења, те довођење повериоца у финансијски положај у којем би био да је уговор уредно извршен, негативни уговорни интерес не односи се на накнаду штете уместо испуњења.<sup>533</sup> Разлог је у томе што се на тај начин надокнађују трошкови закључења и очекивања испуњења уговора, који би свакако настали чак и да је уговор уредно извршен.<sup>534</sup>

Сматрамо да би, ипак, кључна разлика између позитивног и негативног уговорног интереса била у томе што штета коју поверилац трпи због „ослањања на уговор” и „веровања у њега” не настаје због тога што је дужник учинио повреду уговора (као што је то случај код позитивног уговорног интереса), већ због уласка у непуноважни уговор.<sup>535</sup>

Поједини страни аутори, поред позитивног (енг. *expectation interest*) и негативног (енг. *reliance interest*) уговорног интереса, говоре о још једној врсти интереса који је неопходно заштитити институтом накнаде штете<sup>536</sup>. То је тзв. *restitution interest*. Међутим, реституција је само последица раскида

---

би требало прибећи онда када поверилац из дужникове престације ионако не би остварио профит, јер иста нема комерцијалну вредност.

О „damage to economic interests“ вид.: J. Cooke, D. Oughton, *The Common Law of Obligations*, London 2000, стр. 182.

<sup>532</sup> Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 83.

<sup>533</sup> D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, стр. 148.

<sup>534</sup> *Ibid.*

<sup>535</sup> R. J. Friel, *op. cit.*, стр. 599.

<sup>536</sup> *Ibid.*, стр. 83.

уговора, тако да је не би требало посматрати у оквиру накнаде штете. Неспорно је да се и њоме штите одређени интереси уговорника, али само они повређени раскидом уговора, те нестанком основа на којем су се одређена давања заснивала. То не значи да заштита тзв. реститутивних интереса нема додирних тачака са институтом накнаде штете. Дакле, сасвим је друго питање да ли се реституција може комбиновати са појединим видовима накнаде штете и којим. Ограничење које увек мора постојати јесте забрана неоснованог обогаћења било којег уговорника.

Позитивни уговорни интерес увек „гледа” у будућност. Како је циљ ставити уговорника у положај у којем би се налазио да је уговор извршен, то значи да се штета овде одмерава с обзиром на неки тренутак који би евентуално настао, али тек у будућности.

С друге стране, негативни уговорни и реститутивни интереси имају једну заједничку црту. Они посматрају један тренутак у прошлости, а то је тренутак закључења уговора. Реституција подразумева повраћај свега примљеног те поништај свих дејстава уговора од тренутка његовог настанка, док негативни уговорни интерес обухвата све трошкове око закључења уговора или вођења преговора, трошкове евентуалног испуњења или пријема испуњења, као и штету насталу као последица „пропуштених прилика” услед ослањања на конкретан уговор.<sup>537</sup> Оба интереса штите се на исти начин – „поништавањем” уговора и брисањем свих његових трагова. Основна идеја у оба случаја је „као да уговора никада није ни било”. И поред тога, реституција остаје последица раскида као једне правне последице повреде уговора, а негативан уговорни интерес као један од начина одмеравања накнаде штете.

Реституција је последица раскида уговора, а раскинути се могу само пуноважно закључени уговори. Насупрот томе, одмеравању штете у смислу негативног уговорног интереса има места управо онда када или нема уговора или је он непуноважан. Значи ли то да се реституција и негативни уговорни интерес међусобно искључују? Наравно да не. У случају да је до

---

<sup>537</sup> Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 203.

одређених престација дошло на основу уговора који је накнадно поништен услед рушљивости или чија је ништавост накнадно утврђена, настаће поново обавеза реституције свега примљеног, а услед непостојања пуноважног основа.

У том смислу и члан 124 ЗОО (слично решење може се наћи и у неким другим грађанским законцима, као што је, на пример, француски *Code Civil*), уз право на раскид (а тиме и реституцију као последицу раскида), дозвољава и могућност подношења захтева за накнаду штете која је проузрокована повредом уговора. Повреду уговора, опет, можемо довести у везу само са позитивним уговорним интересом због тога што у случају штете која се одмерава у виду негативног уговорног интереса уговора или нема (јер није ни настао, па самим тим није могло доћи до његове повреде) или је настао, али није пуноважан (у којем случају опет не можемо говорити о повреди/неизвршењу уговора, јер не постоји обавеза на извршење ако је основ непуноважан).

У српској правној теорији неспорно је да се позитивни уговорни интерес штити у случају када уговор постоји и када је пуноважан, али је дошло до његовог неизвршења или бар неуредног извршења. У супротном, уколико уговор није настао или јесте, али непуноважно, штета се досуђује у виду негативног уговорног интереса. Међутим, насупротив томе, у упоредном праву постоје и одступања од тог правила, које се у нашем праву сматрало неприкосновеним. Нису, дакле, у упоредном праву непознати случајеви заштите негативног уговорног интереса у случају када се штета надокнађује као „замена” за неизвршену уговорну обавезу, то јест када је у питању накнада штете уместо неиспуњења.

Сматрамо такође да је за повериоца „лакше” доказати постојање претрпљене штете и њену висину у случају надокнаде негативног уговорног интереса, јер је лакше утврдити износ „узалудних” трошкова закључења уговора, него износ финансијске користи коју би поверилац имао у случају да

је уговор уредно извршен.<sup>538</sup> Такође, некада се може десити и да је дужникова престација таквог карактера да њеним испуњењем поверилац не би ни остварио било какву корист.

Дакле, ако се поверилац у случају повреде уговора (са значајем раскидног разлога) одлучи на раскид, на располагању му је још једно правно средство. Наиме, у случају да је услед дужникове повреде уговора повериоцу причињена и штета, она ће се одмеравати у смислу позитивног уговорног интереса. Основни циљ који се тим средствима (раскидом и накнадом штете) жели постићи јесте превазилажење ситуације која је настала повредом уговора. То се постиже било довођењем повериоца у онај економски положај у којем би се налазио да је друга страна своју обавезу уредно извршила, било повраћајем у онај положај у којем се налазио пре уговарања.

Уколико се реституцијом настојимо вратити у предуговорно стање, а одмеравањем штете у виду позитивног уговорног интереса се, пак, везујемо за тренутак у будућности (који би наступио да је дужник уредно испунио све своје обавезе), не остварујемо ли међусобно супротстављене циљеве? Наиме, истовремено тежимо „враћању” повериоца у предуговорно стање реституцијом, а накнадом штете, опет, довођењу повериоца у онај положај у којем би био да је дужник извршио своје обавезе. Да ли накнада штете, у смислу позитивног уговорног интереса, уз ретроактивно дејство раскида, омогућава повериоцу да буде правнонеосновано обогаћен? Такав став би могло да оправда то што све правне последице, то јест сва правна средства у рукама повериоца ипак настају из истог чињеничног стања. С друге стране, постојање пуноважног уговора јесте услов за одмеравање штете у смислу позитивног уговорног интереса, али у питању је ипак уговор који је раскинут. У случају позитивног уговорног интереса пошло би се од тога да повериоца треба ставити у положај који би настао тренутком испуњења. Међутим, основ за то не постоји.

---

<sup>538</sup> R. J. Friel, *op. cit.*, стр. 599.

Опет, уколико би се штета надокнађивала у смислу узалудног веровања у пуноважност, проблем би био у томе што уговор није имао „проблем” са пуноважношћу, већ је престао да постоји раскидом. А неспорно је да се могу раскинути само пуноважно закључени уговори.

Да ли би било могуће дати повериоцу право избора? Евентуални избор био би заснован на томе шта му је лакше доказати. Увек је лакше доказати износ узалудних трошкова, него финансијски положај у случају евентуалног испуњења. Посебно што се некада дужникова престација и не може изразити у смислу новчане користи за повериоца.

У тражењу одговора на постављена питања ипак би требало поћи од тога да циљеви који се остварују јесу различити, али су различита и правна средства којима се они остварују. Наиме, реституција настаје као последица раскида, али и правнонеоснованог обогаћења произашлог из раскида уговора. С друге стране, обавезивање на накнаду штете јесте санкционисање дужниковог понашања, те критеријум за одмеравање њене висине мора бити у ономе што је поверилац оправдано очекивао из уговора, али није добио јер је то осујетио управо дужник учињеном повредом уговора.

Накнада штете и раскид уговора су потпуно одвојене последице које имају једну додирну тачку, а то је да настају из истог извора – дужниковог понашања, то јест повреде уговора коју је учинио дужник. Отуда, не само да различити услови морају бити испуњени за примену једног односно другог института, већ је допуштено и постојање различитих циљева који се њима постижу.

Циљеви који се настоје остварити морају условљавати, али и ограничавати употребу појединих правних средстава у рукама повериоца, а у смислу спречавања прибегавања оним правним средствима и у оној мери која би имала за циљ пре свега санкционисање дужника, на штету заштите повериочевих интереса (што би, ипак, морао бити примарни циљ утврђивања појединих правних последица).<sup>539</sup>

---

<sup>539</sup> А. Т. von Mehren, J. R. Gordley, *The Civil Law System, America*, 1977, стр. 1122.

## 2. Однос позитивне/негативне штете и позитивног/негативног уговорног интереса

Под обичном штетом се подразумева умањење имовине повериоца које је проузроковано повредом уговора, док се измакла корист односи на добитак који је поверилац могао остварити да је уговор био уредно испуњен.<sup>540</sup> У литератури се обична штета (лат. *damnum emergens*) назива и позитивном штетом (енг. *positive damage*), док се за измаклу корист (лат. *lucrum cessans*) у литератури користи и израз негативна штета (енг. *negative damage*).<sup>541</sup>

Позитивну и негативну штету не би требало мешати са позитивним и негативним уговорним интересом. Могуће је само расправљати на тему да ли се у случају надокнаде позитивног односно негативног уговорног интереса досуђује обична штета или (и) изгубљена корист.

То питање је најкомпликованије у случају раскида уговора јер се тада може расправљати и о томе да ли се у случају раскида дугује позитивни или негативни уговорни интерес (у претходном поглављу закључили смо да је у питању ипак позитивни уговорни интерес упркос чињеници да раскидом уговор престаје да постоји), а онда даље, да ли се надокнађује само обична штета или и изгубљена добит.

Чини се да у литератури нема јасног одговара на то питање. Тачније, решења до којих се долази су међусобно супротстављена. Према мишљењу једних аутора, негативна штета (изгубљена добит) увек је елемент позитивног интереса, иако може да буде и елемент негативног интереса.<sup>542</sup> Други опет сматрају да је изгубљена добит увек елемент позитивног

---

<sup>540</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 265–266.

<sup>541</sup> В. Nicholas, *op. cit.*, стр. 226.

<sup>542</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.*, стр. 84.

интереса<sup>543</sup>, док обична штета може бити штета која се надокнађује или у виду позитивног или у виду негативног уговорног интереса.<sup>544</sup>

Правни писци често теже одређеним поделама, правилима, систематизацијама, па смо сведоци најразличитијих, често опречних ставова. Мишљења смо да такве „поделе” и „уопштавања” нису неопходни. Наиме, сваки случај је особен и некада га је тешко и посматрати у оквиру неке теоријске поделе. Отуда је најсигурније да суд у сваком конкретном случају, након што утврди чињенично стање, установи да ли је штета претрпљена, који видови штете постоје, да ли стварна штета или измакла добит или можда оба вида и, наравно, да ли ћемо штету одмеравати с обзиром на положај у којем се поверилац налазио пре закључења уговора (пре отпочињања преговора) или онај положај у којем би се налазио да је уговор уредно извршен.

Ипак, да се не би чинило да избегавамо одговор на постављено питање, изнећемо наше становиште. Сматрамо да и у случају негативног и у случају позитивног уговорног интереса може бити надокнађена и стварна штета и измакла добит. Подразумева се да се у сваком конкретном случају штета може одмерити или у виду позитивног или у виду негативног уговорног интереса, односно, захтеви се не могу кумулирати. Такво становиште ћемо оправдати примерима из упоредноправне литературе.

Видели смо да оба наведена становишта полазе од тога да је изгубљена добит елемент позитивног уговорног интереса. Разлика је само у томе што по једнима она увек мора бити елемент позитивног, а по другима може ипак бити и елемент негативног уговорног интереса. Наиме, изгубљена добит је увек нешто што се очекивало, али што није наступило, а осујећено је повредом уговора. Дакле, тај очекивани добитак поверилац би остварио само у случају да је дужник испунио уговорну обавезу. Стављање дужника у економски положај у којем би био да је уговор извршен јесте позитивни

---

<sup>543</sup> R. J. Friel, *op. cit.*, стр. 599.

<sup>544</sup> B. Nicholas, *op. cit.*, стр. 226.



уговорни интерес. Отуда поједини теоретичари везују изгубљену добит и могућност њеног досуђивања само за позитивни уговорни интерес. *Treitel* наводи пример који показује да изгубљена добит може, међутим, бити и елемент негативног уговорног интереса. У случају да купац откаже уговор о закупу, а штету одмеравамо у смислу негативног уговорног интереса, изгубљена добит би била евентуална добит коју би закуподавац остварио да није закључио уговор са закупцем, већ са другим лицем (под претпоставком да купац не откаже тај други уговор).<sup>545</sup> Ми бисмо ипак поставили питање да ли се у случају раскида пуноважног уговора може говорити о негативном уговорном интересу?

Када је у питању стварна штета, штета која је заиста настала у виду смањења имовине повериоца услед дужниковог неиспуњења, чини се неспорним да она може бити и елемент позитивног и елемент негативног уговорног интереса. Постоји један пример који се помиње у великом броју француских, као и оним енглеским уџбеницима<sup>546</sup> који се баве француским уговорним правом. Реч је, наиме, о певачу који је, не појавивши се на заказаном концерту, повредио закључени уговор. Организатор је претрпео стварну штету у виду трошкова организовања концерта. Овде је дакле стварна штета елемент негативног уговорног интереса, јер надокнада узалудних трошкова враћа уговорника у положај пре закључења уговора, што је идеја негативног уговорног интереса. Сматрамо ипак да непојављивање на концерту упркос одредбама уговора јесте повреда уговора, а да повређен може бити само пуноважно закључени уговор, те да се у овом случају морало радити о позитивном уговорном интересу.

Случај<sup>547</sup> у којем упркос закључењу уговора о продаји одређене ствари, продавац не испоручи робу, а купац исту ствар буде приморан да купи по вишој цени, претрпевши притом штету у висини разлике уговорене цене и цене по којој је ствар набављена, наводи се у литератури као пример

---

<sup>545</sup> G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract, op. cit.*, стр. 84.

<sup>546</sup> Вид.: V. Nicholas, *op. cit.*, стр. 227.

<sup>547</sup> Вид.: *Ibid.*, стр. 226.

позитивног уговорног интереса. Та разлика у ценама представља износ стварне штете то јест штете коју је поверилац заиста претрпео.

Како је у конкретном случају очигледно, с обзиром на начин одмеравања штете, да је у питању позитивни уговорни интерес, показали смо да стварна штета и изгубљена добит могу бити елементи и позитивног и негативног уговорног интереса.

## **IV ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ**

### **1. Реформисано немачко право**

„Основни” члан којим се у Немачком грађанском законнику уређује накнада штете јесте члан 280, којим се прописује обавеза дужника да накнади штету повериоцу коју му је проузроковао повредом уговора,<sup>548</sup> и то само у случају да постоји одговорност дужника за насталу повреду. Истим чланом су прописана и три вида накнаде штете. Први је накнада штете коју поверилац може претрпети услед задоцњења у испуњењу своје обавезе, а други вид је накнада штете уместо испуњења обавезе. У немачком праву постоји и трећи вид накнаде штете који настаје као последица повреде уговора, али који погађа права и интересе повериоца који су изван уговора.

Чланом 281 Немачког грађанског законика прописује се под којим условом поверилац може поднети захтев за накнаду штете због неиспуњења. Тај члан се односи на ситуације када је извршење могуће, али дужник своју обавезу није извршио уопште или бар не онако како је то предвиђено уговором. Наиме, поверилац захтев за накнаду штете може поднети тек онда када дужник ни у једном накнадном датом разумном року не испуни своју

---

<sup>548</sup> М. F. Ranieri, *op. cit.*, стр. 950.

обавезу онако како то садржина уговора захтева. Дакле, немачко право захтева од повериоца да пружи још једну шансу дужнику да изврши своју обавезу, пре него што га позове на одговорност захтевом за накнаду штете због неиспуњења. Члан 281 се односи на ситуације када је извршење могуће, а дужник не жели да изврши своју обавезу. Постоје и изузеци, ситуације када би било излишно остављати рок за извршење (било зато што је очигледно да дужник то не намерава да учини, било због тога што ће штета у сваком случају наступити). Оног тренутка када поверилац поднесе захтев за накнаду штете због неиспуњења, губи право да захтева извршење уговорне обавезе од дужника.<sup>549</sup> Штета која се надокнађује на тај начин јесте штета настала услед коначног неиспуњења обавезе, а које је наступило подношењем захтева повериоца за накнаду штете уместо испуњења.<sup>550</sup> Тај члан се не примењује у случају када постоји немогућност испуњења, јер у том случају нема сврхе остављати рок за испуњење.<sup>551</sup>

Члан 281 се односи на ситуације када дужник није извршио своју обавезу, иако је то било могуће, а члан 283 на ситуације када је неизвршење било немогуће, али је за немогућност одговоран дужник. Оба члана полазе од тзв. позитивног уговорног интереса, то јест довођења повериоца у онај положај у којем би се налазио да је дужник уредно извршио уговорну обавезу. Отуда се тај вид накнаде штете због неиспуњења назива у теорији накнада штете уместо испуњења, јер она у ствари замењује уговорну обавезу, те на тај начин, у оној мери у којој се то новцем може учинити, надомешћује неиспуњење. То је и даље штета која настаје због неиспуњења, али с обзиром на начин на који се одмерава и циљ који се њеном надокнадом жели постићи она је у ствари штета уместо испуњења.

Насупрот томе, законодавац се у члану 284 опредељује за негативни уговорни интерес као начин одмеравања накнаде штете, то јест довођење

---

<sup>549</sup> Члан 281 став 4 Немачког грађанског законика.

<sup>550</sup> S. V. Markesinis, H. Unberath, A. Johnstone, *op. cit.*, стр. 453.

<sup>551</sup> Члан 283 Немачког грађанског законика.

повериоца у онај имовински положај у којем се налазио пре него што је уговор закључен.

У Немачком грађанском законнику доцња дужника и одговорност дужника због задоцњења регулисани су чл. 280 став 2 и 286. За разлику од српског права које прихвата појам доцње у објективном смислу, која наступа неиспуњењем обавезе у року предвиђеном за испуњење<sup>552</sup>, немачко право за наступање доцње захтева два услова непозната српском праву. Осим схватања доцње у субјективном смислу, немачко право за њено наступање захтева од повериоца да упути опомену дужнику.<sup>553</sup> Постоје, ипак, ситуације у којима ни немачко право не захтева опомињање дужника као услов за наступање доцње.<sup>554</sup>

С друге стране, у српском праву опомена није услов за наступање доцње. Међутим, и у српском праву у случају да рок за испуњење није одређен, поверилац мора дати дужнику „опомену“.<sup>555</sup> Али то није више опомена као услов за наступање доцње, већ опомена као знак да је обавеза доспела и да ју је дужник дужан испунити.

И у немачком праву, у члану 271 Немачког грађанског законика, у случају да није предвиђен рок извршења, поверилац извршење може одмах захтевати. У том случају опомена, и у немачком и у српском праву, има пре свега значај позива на извршење. „Опоменом“ се, дакле, дужнику мора ставити до знања да се од њега очекује извршење.<sup>556</sup> Тек у другом плану, а у случају да дужник „не реагује“ на опомену, опомена има значај услова наступања доцње, а самим тим и њених последица.

Ипак, опасно би било да се не уочи кључна разлика између улоге коју опомена има у нашем и немачком праву. У немачком праву она се даје

---

<sup>552</sup> Члан 324 став 1 300.

<sup>553</sup> Члан 287 Немачког грађанског законика.

<sup>554</sup> Више о овоме вид.: N. Foster, S. Sule, *op. cit.*, стр. 466–468.

<sup>555</sup> Члан 324 став 2 300.

<sup>556</sup> Rowan, *op. cit.*, стр. 132.

дужнику након доспелости, као услов за наступање доцње.<sup>557</sup> У српском праву, пак, њен циљ је да позове дужника на извршење (као један од услова који представља почетак процедуре раскида уговора).

Довољан број чланова којима је регулисан институт накнаде штете даје јасну слику и о односу појединих видова накнаде штете. Наиме, да би се захтевала накнада штете због задоцњења, неопходно је наступање доцње, што је опет условљено давањем опомене дужнику. Да би поверилац захтевао накнаду штете због неиспуњења, коначно неиспуњење мора наступити, а то се постиже неиспуњењем обавезе ни у додатном року датом дужнику.<sup>558</sup> У нашем праву додатни примерени рок мора бити дат дужнику само у случају да поверилац жели да раскине уговор, док се тај рок не захтева када је у питању подношење захтева за накнадом штете због неиспуњења. Отуда настаје питање – како ћемо знати када поверилац може, у случају доцње дужника, захтевати накнаду штете због неиспуњења, односно када поверилац може констатовати да је наступило коначно неиспуњење. Једна могућност је, као у немачком праву, давањем додатног рока за извршење (као у случају раскида уговора), а друга је у процени тренутка у коме поверилац више нема интереса за пријем задоцнеле престације. Други поменути случај свакако је несигурнији и могао би бити разлог спорења између повериоца и дужника.

Због тога би, када је у питању наше право, за тренутак наступања коначног неиспуњења (те могућност остваривања права на накнаду штете због неиспуњења) требало узети тренутак одбијања пријема задоцнелог испуњења (јер за истим поверилац више нема интереса) или тренутак протека накнадног рока (у којем поново није дошло до извршења), и то без обзира на то да ли је поверилац раскинуо уговор или не.

---

<sup>557</sup> Да би се се сматрало да је доцња наступила, неопходно је да је обавеза доспела а није извршена, као и да је дужник примио опомену од повериоца. Вид.: R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, *op.cit.*, стр. 56.

<sup>558</sup> N. Foster, S. Sule, *op. cit.*, стр. 467.

Чини се да немачко право штити дужника<sup>559</sup> више него српско. Прво, доцња наступа тек давањем опомене, а коначно неиспуњење тек неуспешним протеком додатног разумног рока. Добра страна таквог решења јесте јасно разграничење та два вида захтева за накнадом, односно прецизирање временског тренутка од којег се може захтевати накнада штете због неиспуњења. У случају немогућности испуњења, то је неспорно, али у случају да је испуњење могуће, то може представљати проблем.

## 2. Француско одштетно право

Француски *Code Civil* је далеко сиромашнији у броју одредаба посвећених регулисању уговорне одговорности, гледано у односу на немачко право. У члану 1147 Француског грађанског законика<sup>560</sup> разликују се два вида повреде уговора: кашњење у извршењу и неизвршење.

Француско право познаје два вида накнаде штете, а као последицу два вида повреде уговора које *Code Civil* разликује. Логика је у следећем: обавеза дужника није само да изврши обавезу, већ и да то учини у предвиђеном року.<sup>561</sup> Први је *les dommages – interest compensatoires*, која се досуђује у случају да је штета проузрокована неизвршењем, било потпуним, било делимичним. Други вид накнаде штете, *les dommages – interest moratoires* има циљ да санкционише дужничково кашњење у извршењу.<sup>562</sup>

Да би се остварило право на накнаду штете, чланом 1146, који је, рекло би се, заједнички за оба вида накнаде штете, повериоцу се као услов намеће обавеза да обавести дужника о обавези извршења (осим у изузетним ситуацијама). Постоје ипак и другачија мишљења. Наиме, у случају *les dommages – interest compensatoires*, сматра се да је тај вид опомене дужнику

---

<sup>559</sup> R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations, op. cit.*, стр. 53.

<sup>560</sup> За француско право вид. и: Јовичић К., *Уговорна одговорност код уговора о продаји робе у француском праву*, Увод у право Француске, Београд 2013, стр. 257-272.

<sup>561</sup> G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 287.

<sup>562</sup> P. Canin, *op. cit.*, стр. 79.

користан за доказивање неизвршења уговора, али да то свакако није услов за досуђивање накнаде штете, јер право на накнаду настаје по самом праву чињеницом проузроковања штете неизвршењем; с друге стране, опомена је неопходна када је питању *les dommages – interest moratoires*, јер истеком рока не наступа по сили права одговорност дужника за кашњење, већ је неопходно да поверилац претходно опомене дужника.<sup>563</sup>

## **V ОДНОС ПОЈЕДИНИХ ВИДОВА НАКНАДЕ ШТЕТЕ СА ДРУГИМ ПОСЛЕДИЦАМА ПОВРЕДЕ УГОВОРА**

Већ смо писали о томе да свако правно средство има своју функцију. Такође, могућност да та правна средства употреби поверилац стиче у различитим тренуцима.

Наиме, право на извршење је основно право повериоца и он га стиче тренутком закључења уговора; основна функција му је заштита интереса повериоца и очување уговорног односа.<sup>564</sup> Стога, ово право повериоца постоји само док постоји и уговор као извор обавезе чије извршење поверилац захтева. Раскидом престаје да постоји како уговор, тако и право повериоца да од дужника захтева извршење.

Постоји међутим ситуација када поверилац не може више да захтева извршење, иако је уговор и даље на снази. То се дешава онда када је поднет захтев за накнаду штете због неиспуњења. Притом, овде не мислимо на ситуацију када је испуњење немогуће, а за шта је одговоран дужник, јер се у тој ситуацији подразумева да је право да се захтева извршење престало услед немогућности извршења. Мислимо, наиме, на случај када је извршење могуће, али је изостало вољом дужника. Питање је само како утврдити да је

---

<sup>563</sup> B. Fages, *op. cit.*, стр. 293.

<sup>564</sup> L. Miller, *op. cit.* 154.

наступило коначно неиспуњење, те да се може захтевати накнада штете уместо испуњења, упркос томе што је уговор и даље на снази. Немачки грађански законик то регулише тако што дужнику даје накнадни рок за извршење чије се безуспешно окончање узима као тренутак наступања коначног неиспуњења. Веома слично, можда чак и исто решење, има наш 300 (али не у одељку о накнади штете, већ у оквиру одредаба којим регулише раскид уговора), када регулише настанак и остваривање права на раскид (протеком накнадног рока датог дужнику, који овај поново није искористио, поверилац може раскинути уговор, односно захтевати право на накнаду штете због неиспуњења). Из тога произлази да тренутком испуњења и последњег услова за раскид уговора, то јест протеком накнадног рока у којем поново није дошло до испуњења, поверилац може раскинути уговор. Како раскидом уговор престаје да постоји, неспорно је да поверилац има право и на накнаду штете насталу коначним неиспуњењем. Међутим, коначно неиспуњење не наступа само у случају раскида уговора. Наиме, поверилац може оставити уговор на снази, а поново остварити право на накнаду штете због неиспуњења, из разлога што је коначно неиспуњење уследило још тренутком безуспешног протеча накнадног рока, када је поверилац стекао право на раскид (без обзира што исто није искористио). Уколико, пак, уследи испуњење након протеча накнадног рока, у ситуацији када поверилац уговор није раскинуо, већ је задоцнело испуњење ипак примио, коначно неиспуњење не постоји, већ само могућност остваривања права на накнаду штете због задоцњења.

Право на накнаду штете представља секундарно право које настаје тек када дужник учини повреду уговора. Стога, прво мора настати право на извршење, на основама чије повреде ће тек настати право на накнаду штете.<sup>565</sup>

---

<sup>565</sup> N. Foster, S. Sule, *op. cit.*, стр. 454.



Прихватањем обавезе, свака уговорна страна има циљ да други испуни оно на шта се обавезао, „а не да други то не учини па да одговара за штету која одатле потекне”.<sup>566</sup>

Уз дужниково извршење, с друге стране, истовремено може бити досуђена само накнада штете настала задоцњењем у извршењу. Уколико се поверилац определи да захтева извршење, уговор је и даље на снази, те уз добијену престацију поверилац може захтевати и накнаду штете насталу задоцњењем у испуњењу.

Обрнуто, ако наступи извршење, не може се захтевати ни накнада штете због неиспуњења ни раскид. Евентуално, уколико је испуњење манљиво или је толико задоцнело да више не задовољава интересе повериоца, може се захтевати накнада штете због неиспуњења, али уз обавезу повраћаја свега примљеног.

Поверилац ће некада захтевати само накнаду штете због неиспуњења, не желећи да губи време и новац на вођење судског поступка за извршење дужникове обавезе.<sup>567</sup> У другим, пак, случајевима, (оскудице робе, изненадних економских промена...) биће му веома битно да од дужника добије дуговану престацију, а не накнаду штете место ње.<sup>568</sup> Постоји још један разлог због којег ће се поверилац пре определити за извршење, него за накнаду штете – институт накнаде штете има посебну регулативу, а у погледу испуњености услова да би право на штету настало и могло бити остварено.<sup>569</sup>

Могуће су дакле следеће комбинације:<sup>570</sup>

1. право на извршење уз захтев за накнадом штете због задоцњења;
2. раскид уговора уз захтев за накнадом штете због неиспуњења;

---

<sup>566</sup> М. Караникић Мирић, *op. cit.*, стр. 51.

<sup>567</sup> К. Zweigert, Н. Kotz, *op. cit.*, стр. 173.

<sup>568</sup> В. S. Markesinis, Н. Unberath, А. Johnston, *op. cit.*, стр. 399.

<sup>569</sup> *Ibid.*

<sup>570</sup> Вид. о овоме и код: Б. Визнер, *op. cit.*, стр. 515.

3. раскид уговора без захтева за накнадом штете;
4. право на извршење без остваривања права на накнаду штете (због задоцњења);
5. захтев за накнаду штете због неиспуњења без раскида уговора.

## **VI АНАЛИЗА АДЕКВАТНОСТИ КОРИШЋЕНЕ ТЕРМИНОЛОГИЈЕ У ОБЛАСТИ НАКНАДЕ ШТЕТЕ И закључна разматрања у вези са досадашњим излагањима**

У области накнаде штете настале повредом уговора велики проблем задаје и терминологија која се користи. Наиме, некада се само поједностављено говори о накнади штете због неиспуњења и накнади штете због задоцњења. Појам накнаде штете због задоцњења је неспоран. У питању је штета коју поверилац трпи због дужниковог неблагоприятног испуњења уговорне обавезе. Тај вид накнаде штете дозвољен је уз извршење, односно захтев за тим видом накнаде и захтев за извршење обавезе не искључују један други. Напротив, да би се утврдио обим настале штете услед задоцњења, неопходно је да дође до коначног испуњења то јест морамо знати колико се доцнило.

Доцња сама по себи може довести до тога да испуњење више и није у интересу повериоца, те да овај исто одбије а остане у уговору или га пак раскине. Међутим, и у случају одбијања пријема неблагоприятног испуњења, дуговаће се штета због неиспуњења.

У упоредном праву присутан је термин накнада штете уместо испуњења. У суштини у питању је синоним за накнаду штете због неиспуњења. Међутим, ипак би требало приметити следеће: израз „накнада штете уместо испуњења” употребљава се у смислу позитивног уговорног

интереса, онда када се накнадом штете поверилац настоји довести у финансијски положај у којем би био да је уговор извршен. Отуда израз штета уместо испуњења, јер штета као да „мења” испуњење. С друге стране, тај термин, схваћен на управо описан начин, не би се могао користити у ситуацији када се штета одмерава у смислу негативног уговорног интереса. Логично, тада и није циљ ставити повериоца у положај у којем би био да је до испуњена дошло. Даље, ако прихватимо појмове позитивног и негативног интереса прихваћене у српској литератури, онда је јасно да се у случају негативног уговорног интереса не надокнађује штета уместо испуњења, нити је пак штета настала због неиспуњења, већ због незакључења, то јест непуноважности закључења. Стога, штета се и не трпи због неиспуњења, јер на исто поверилац и нема право јер за то не постоји основ – пуноважно закључени уговор.

Отуда би требало разликовати позитивни уговорни интерес то јест штету уместо испуњења, штету због задоцњења и штету која се одмерава у виду негативног уговорног интереса.

Када је у питању штета због неиспуњења, требало би разликовати две ситуације: прву, у којој је дошло до потпуног неиспуњења, и другу, када је испуњење непотпуно, манљиво или делимично. У случају делимичног испуњења поверилац би имао право избора: или да захтева потпуну накнаду штете уместо испуњења уз обавезу на повраћај свега примљеног или да задржи примљено уз право на накнаду штете која би представљала разлику у вредности уговорене и примљене (делимичне или манљиве) дужникове престације.<sup>571</sup> Одбијање пријема дужникове престације било би оправдано само онда када би дужниково извршење било таквог карактера (манљиво или непотпуно) да не би могло задовољити интересе повериоца.

---

<sup>571</sup> D. Coester-Waltjen, *op. cit.*, стр. 146.

Накнада штете настале повредом уговора досуђује се увек у новцу. У супротном, режим принудног извршења и уопште права повериоца да захтева извршење били би само „дуплирани” институтом накнаде штете.<sup>572</sup>

Штету због неиспуњења требало би одмеравати у виду позитивног уговорног интереса, јер тада постоји пуноважни уговор као извор дужникове обавезе и права повериоца на испуњење. У случају доцње, утврђује се обим штете која је настала због закаснелог испуњења. И тај вид штете захтевао би одмеравање у смислу позитивног уговорног интереса.

Негативни уговорни интерес служи за одмеравање накнаде штете у случају предуговорне одговорност, као и штете која је настала због веровања у пуноважност закљученог уговора. Ту се одговара из разлога несавесности (уговорник је знао за разлог који доводи до ништавости уговора) или је разлог рушљивости био на његовој страни (страна која је у заблуди дугује накнаду штете другој страни; страна која је преварила другу дугује јој накнаду тако претрпљене штете). Ту се и не може говорити о повреди уговора у смислу неиспуњења.

## **VII ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ОБАВЕЗЕ НА НАКНАДУ ШТЕТЕ са посебним освртом на српско право**

### **1. Одвојена поља примене института немогућности испуњења и раскида уговора због неиспуњења**

Овим питањем улазимо и у поље примене института немогућности испуњења. Проблем немогућности испуњења има велики значај с обзиром на јасну границу која у српском праву постоји између примене института

---

<sup>572</sup> S. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 442.

раскида, с једне стране, и неиспуњења, с друге стране. То, ипак, не би требало буквално схватити. Неспорно је да се не може раскинути уговор због неиспуњења обавезе чије је испуњење немогуће, из простог разлога што је она престала да постоји тренутком наступања немогућности. Међутим, уговор је најчешће извор више обавеза. Могуће је да услед немогућности испуњења конкретне обавезе она престане да постоји, али да у истом уговорном односу дужник скриви неизвршење друге обавезе. У случају да се неиспуњење последње обавезе може квалификовати као повреда уговора таквог значаја да представља раскидни разлог, уговор би могао бити раскинут. Дакле, раскид уговора и институт немогућности испуњења имају одвојена поља примене, али само када је реч о истој обавези, а не истом уговору као извору различитих обавеза.

Управо изнет став опстаје и када су у питању двостранообавезни уговори, то јест уговори који стварају обавезе за обе уговорне стране. Свака обавеза једног уговорника има основ у извршењу обавезе другог уговорника. Отуда се може говорити о одређеном виду међузависности између обавеза уговорних страна у синалагматичним уговорима. У том смислу формулисани су и чл. 137 и 138 ЗОУ.<sup>573</sup> Наиме, немогућношћу за коју не одговара ниједна страна, не престаје да постоји само конкретна обавеза чије је испуњење постало немогуће, већ и обавеза друге стране, јер јој је нестао основ.<sup>574</sup> То не угрожава право повериоца да исти уговор раскине у случају да дужник не испуни или неуредно испуни неку другу обавезу из истог уговора, уколико су испуњени сви остали услови неопходни за раскид. Стога сматрамо, за разлику од појединих правних писаца, да примена члана 137 не мора нужно довести до гашења уговорног односа. О томе би се евентуално могло говорити уколико претпоставимо да је уговор произвео само по једну обавезу за обе стране, те да применом цитираног члана обе престају да постоје.

---

<sup>573</sup> О коментарима чл. 137 и 138 вид.: Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 409–410; С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 439–442 ; Б. Визнер, *op. cit.*, стр. 545–548.

<sup>574</sup> Вид. коментар члана 137, Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 409.

Примећујемо да су одредбе српског ЗОО о обавези дужника да надокнади штету услед повреде уговорне дисциплине „разбацане”. Наиме, неиспуњењем или неуредним испуњењем обавезе, дужник проузрокује штету повериоцу. Чланом 263<sup>575</sup>, који је иначе повод честих теоријских расправа које се састоје у његовим различитим тумачењима, регулише се ослобођење од обавезе накнаде штете проузроковане повериоцу дужниковом повредом уговора. Међутим, ради лакшег тумачења, неопходно је овај члан анализирати у вези са чланом 354<sup>576</sup> који регулише случај престанка обавезе услед немогућности испуњења. Члан 354 би, пак, требало посматрати као део целине коју, осим поменутог, чине још и чл. 137 и 138 ЗОО, којима се такође уређује питање немогућности неиспуњења. Свим поменутиим члановима који се баве питањем немогућности испуњења требало би супротставити члан 124, у којем се прописује могућност једностраног раскида уговора у случају када дужник своју обавезу није извршио или ју је неуредно извршио, иако је то било могуће. Дакле, у последњем случају неиспуњење би увек било „вољно”. Ту управо видимо оправдање за став да разлог за раскид увек мора бити скривљена повреда уговора. Јер, уколико је извршење могуће, а уговорник је предузео све што је било неопходно да до извршења дође, у складу са одређеним стандардима понашања, није ни могуће замислити да до испуњења не дође нескривљено. Супротно, уколико је извршење могуће, до неиспуњења ће доћи само уколико нису предузете све неопходне мере у складу са одређеним правилима понашања у уговорним односима, то јест кривицом дужника.

---

<sup>575</sup> О коментарима члана 263 вид.: Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 913–921; С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 760–762.

<sup>576</sup> О коментарима члана 354 вид.: Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 1109–1110; С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 895–896.

## **2. Немогућност испуњења у смислу члана 354 Закона о облигационим односима (у вези са чл. 137 и 138 Закона о облигационим односима)**

На први поглед може се учинити да члан 354 300 непотребно садржи услов „услед околности за које дужник не одговара”. Наиме, ако је испуњење немогуће, обавеза ће свакако престати да постоји. Потпуно је ирелевантно да ли је за немогућност која је наступила одговоран дужник. Питање дужникове одговорности поставља се у случају да поверилац затражи накнаду штете настале неиспуњењем обавезе. Тада ће се тек поставити питање да ли је дужник одговоран за насталу немогућност, па самим тим и за неиспуњење, у ком случају ће бити дужник накнаде штете или ће, пак, доказати постојање околности садржаних у члану 263, чиме би био ослобођен обавезе накнаде штете јер је до неиспуњења дошло услед немогућности за коју он није одговоран. Сматрамо да поједини аутори с правом указују на потребу разграничења ослобођења од обавезе испуњења, с једне стране, и ослобођења од одговорности за неиспуњење те обавезе, то јест повреду уговора, с друге стране (јер из неиспуњења може настати обавеза на накнаду штете чак и онда када не постоји више обавеза да се конкретна престација испуни).<sup>577</sup> Најједноставније, престанак обавезе на извршење дуговане престације не значи нужно и непостојање обавезе дужника да повериоцу накнади штету која је настала услед неиспуњења те обавезе. Може се учинити „чудном” могућност одговорности за накнаду штете настале неизвршењем обавезе, коју је немогуће извршити. Не би се, међутим, смело заборавити да је та ситуација проузрокована дужниковим понашањем: наиме, за немогућност извршења одговоран је дужник.

Међутим, законодавац је имао у виду нешто друго. Под престанком обавезе он подразумева не само престанак постојања уговорне обавезе услед немогућности, већ и непостојање обавезе на накнаду штете услед повреде уговора. Ипак сматрамо да је крајње непрецизно на овом месту

---

<sup>577</sup> S. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *op. cit.*, стр. 388.

употребљавати термин „престанак”<sup>578</sup>, а имати у виду и обавезу на накнаду штете, будући да она није ни настала. Како није ни настала, не може се говорити ни о њеном престанку. С друге стране, обавезу на накнаду штете не видимо ни као обавезу у коју се уговорна обавеза „претворила”, већ само као санкцију за неизвршење уговорене обавезе, која ће настати за дужника само уколико су испуњени одређени услови. Јер, како се може нешто што је престало да постоји претворити у било шта.

Због тога и не видимо разлог да се о те две врсте обавеза расправља заједно. Тим пре што уговорна обавеза свој извор има у уговору, а обавеза накнаде штете у повреди уговорне обавезе.

### **3. Околности које искључују уговорну одговорност у смислу члана 263 Закона о облигационим односима/основ уговорне одговорности**

Члан 263 је у тесној вези са чл. 354, 137 и 138 300, којима се регулише питање немогућности испуњења. Тачније, члан 354 се и примењује у случају да су испуњени услови из члана 263, то јест уколико је дужник успео да докаже да постоје околности предвиђене тим чланом, које би га ослободиле уговорне одговорности. Као што смо већ истакли, чланом 354 регулише се ситуација када је обавеза настала уговором престала услед немогућности испуњења, а обавеза на накнаду штете није ни настала, јер дужник није био одговоран за насталу немогућност, иако законодавац за обе обавезе користи израз „престанак”.

Управо из тих разлога, због везе члана 263 са члановима који регулишу питање немогућности извршења, а пре свега због тога што и сам

---

<sup>578</sup> Супротно, вид. Одлуку Врховног суда Србије, Рев. 102/94 од 20. априла 1994. године, Paragraf Lex. „Како је до немогућности испуњења обавезе дошло кривицом самог дужника, његова обавеза се не гаси, већ се кроз немогућност испуњења претвара у обавезу накнаде потпуне штете...” Не можемо се сложити са цитираним делом наведене пресуде зато што наступањем немогућности испуњења уговорна обавеза увек престаје да постоји, без обзира на то из којег разлога је наступила немогућност. Обавеза накнаде штете која настаје услед дужникове одговорности за насталу немогућност, друго је питање...



члан 263 у основи полази од немогућности и на њу се и односи,<sup>579</sup> поменути члан 300 и нема додирних тачака са институтом раскида уговора. Не може се раскинути уговор због неиспуњења обавезе чије је испуњење немогуће, већ само уколико је испуњење било могуће, али није испуњено дужниковом кривицом. У том случају, дужник не би одговарао за накнаду штете само онда када не би били испуњени услови за настанак уговорне одговорности.

И поред тога, сматрамо да је зарад бољег разумевања и анализе института раскида уговора неопходно размотрити оне граничне институте који ограничавају поље примене раскида уговора због неизвршења.

Други разлог су решења која се могу наћи у упоредном праву, а која дозвољавају раскид уговора и када испуњење није могуће (на пример, француско право). Иако се рад бави пре свега проблемима који настају у српској судској и арбитражној пракси, сматрамо да је упоредноправна анализа појединих питања у вези са институтом раскида уговора неопходна.

Наиме, чланом 263 прописано је да се „дужник ослобађа одговорности и за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу...”. Сама формулација „није могао да испуни” указује на немогућност за конкретног дужника, то јест да „он”, није могао да испуни обавезу, а не да се обавеза није могла испунити. На то указују и коментатори тог члана.<sup>580</sup> Сматрамо да је питање сувише осетљиво да се смела поткрасти „грешка”. Такође, формулација „није могао” је сасвим јасна. Отуда, сматрамо да је и воља законодавца била да пропише субјективну немогућност. Да ли је то било најадекватније решење, друго је питање. Поједини коментатори тог члана указују на неопходност примене овог члана само у случају објективне немогућности, наглашавајући да би за случајеве субјективне немогућности испуњења требало да важи одредба члана 124 300.<sup>581</sup>

---

<sup>579</sup> И. Јанковец, *Кривица као претпоставка уговорне одговорности*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, Београд 1996, *op. cit.*, стр. 300.

<sup>580</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 915.

<sup>581</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 590.

У даљем тексту члана поново наилазимо на сличну субјективност.<sup>582</sup> Законодавац у описивању ослобађајућих околности прописује да су, између осталог, то околности које дужник „није могао спречити, отклонити или избећи”. Дакле, не стоји да су то околности које се нису могле спречити, избећи или отклонити, већ да то није могао учинити „он”, то јест дужник. Сада је већ неспорно да су редактори тог члана имали у виду конкретног дужника у конкретној спорној ситуацији, његово понашање и могућности у погледу испуњења уговором преузете обавезе.

Међутим, неспорно је да је реч о околностима „које су спречиле дужника да испуни своју уговорну обавезу, тј. околностима које дужник није изазвао својим понашањем, него су наступиле мимо његове воље и мимо његовог деловања... његово непоступање по обавези из уговора није последица његовог вољног нечињења...”.<sup>583</sup> У том смислу посматрано, ослобађајуће околности ипак имају објективни карактер, иако у конкретном случају спречавају („неизбежне” су и „неотклоњиве”) тачно одређеног уговорника да изврши своје уговорне обавезе.

Члан 263 предмет је различитих тумачења. Формулисан је на тај начин да не постоји могућност једноставног одговора на питање када се то дужник ослобођа обавезе на накнаду штете. Нетачно је да он одговара по принципу субјективне одговорности, али не би се смело са сигурношћу рећи ни да је у питању објективна одговорност. Одговор је „негде на средини”.

Да бисмо разумели сам текст поменутог члана, неопходно је поћи од намере законодавца, те циља који је желео да постигне таквим текстом. Наиме, и сам институт раскида уговора због неизвршења само је једно од правних средстава у рукама уговорника којима се постојање уговора доводи у питање. Данас се и не доводи у питање могућност уговорника да у неком тренутку одустане од уговора. Када су за то испуњени услови, такав одустанак се заснива на субјективном праву уговорника, које је гарантовано

---

<sup>582</sup> *Ibid.*, стр. 916.

<sup>583</sup> Вид. Пресуду Врховног Касационог суда Рев. 173/11 од 9. фебруара 2012. године; преузето са сајта Врховног касационог суда: [www.vk.sud.rs](http://www.vk.sud.rs).

опет објективним правом, а сам раскид би представљао остварење тог права. Чак и када не би постојало право повериоца да раскине уговор, он би то могао учинити својевољно, неосновано, дајући тиме другој страни у руке право на раскид. Очигледно је да применом различитих института уговорног права слаби обавезност уговора. Изгледа нам логично да се на тим основама формирају и правила о одговорности дужника за кршење уговорне дисциплине. Како се одустало од апсолутне обавезности уговора, тако се, чини се, удаљавамо и од идеје да би дужник увек требало да одговара за повреду уговора. На тој основи настају и околности које имају карактер ослобађајућих.

Међутим, упркос удаљавању од идеје о апсолутној обавезности уговора, а самим тим и неприхватања става да би дужник увек требало да одговара за штету насталу повредом, постоји оправдање за строжи режим уговорне<sup>584</sup> од вануговорне одговорности дужника. Оно лежи у чињеници да ризик да из повреде уговора настане штета за другу уговорну страну преузимају сами уговорници својом вољом, чином закључења уговора.<sup>585</sup>

Немогућност мора наступити због околности које су настале после закључења уговора, чиме законодавац наговештава да немогућност мора бити накнадна, што је неспорно, јер би у случају претходне немогућности уговор био апсолутно ништав. Даље, то морају да буду околности које дужник „није могао спречити, отклонити или избећи”.<sup>586</sup> Сматрамо да би реч „или” могла изазвати забуну, у смислу што би се могло закључити да се дужник ослобађа одговорности или кад околност није могао спречити, или кад је није могао отклонити, или избећи.<sup>587</sup> Суштина је да се он ослобађа

---

<sup>584</sup> Строжи у смислу што у случају штете настале повредом уговора дужник не може бити ослобођен одговорности ако докаже да нема његове кривице, за разлику од вануговорне одговорности код које је управо непостојање кривице ослобађајућа околност.

<sup>585</sup> И. Јанковец, *Кривица као претпоставка уговорне одговорности*, *op. cit.*, стр. 303.

<sup>586</sup> О појму, карактеру и особинама ослобађајућих околности вид.: Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 915–917.

<sup>587</sup> Тумачење члана 263 у вези са чланом 266 ставом 1 вид. код: Цигој С., *Улога каузе у аспектима накнаде уговорне штете, Уговори у међународној продаји робе*, Београд 1987, стр. 50.

обавезе накнаде штете, тачније, ослобађа се одговорности, а обавеза на накнаду штете и не настаје само онда када он конкретне околности није могао ни спречити ни отклонити ни избећи.<sup>588</sup> Термин „спречити” тиче се самог настајања околности која доводи до немогућности испуњења, те би се тада од дужника захтевало да се ангажује да спречи њихово наступање. Ако би дате околности ипак наступиле, дужник би био у обавези да предузме одређене мере са циљем њиховог отклањања. Како су оне ипак наступиле, законодавац је вероватно имао у виду отклањање њиховог евентуалног дејства на испуњење уговора. И на крају, уколико дужник не би могао ни да спречи њихов настанак ни да „изолује уговор” од њиховог утицаја, последњи задатак који би имао био би да избегне штетно дејство тих околности уговор, а самим тим и на другу уговорну страну. Ако дужник не би био у могућности да „савлада” те околности ни на једном од три нивоа њиховог настајања односно дејства, а те околности су биле таквог карактера и интензитета да су онемогућиле дужника било да уопште изврши уговорну обавезу, било да је изврши на време, били би испуњени услови из члана 263 и тај члан би могао да се примени.

Прво питање које се поставља јесте како дефинисати ово „мешовито” решење на граници између субјективне и објективне одговорности. Док прво питање има пре свега теоријски значај, јер није толико битно да ли ћемо уговорну одговорност сматрати видом поштрене субјективне одговорности или блажом варијантом објективне одговорности, далеко је важније како у пракси решити питање ослобађајућих околности, то јест који критеријуми су на располагању судовима у квалификовању појединих околности као ослобађајућих, односно којим смерницама судови морају бити вођени у одлучивању да ли је дужник конкретну околност могао спречити, отклонити или избећи.

---

<sup>588</sup> Вид. Пресуду Врховног суда Србије Рев. 796/98 од 3. марта 1998. године, Propis Soft. У образложењу пресуде се наводи да се у конкретном случају, а у смислу члана 263 300, мора испитати постојање услова за евентуално ослобађање дужника од одговорности, тј. утицај инфлације, привредног колапса земље и поремећаја у производном процесу туженог...

Једино што нам се чини неспорним у вези са чланом 263 јесте чињеница да уколико постоји дужникова кривица за насталу немогућност извршења, нема места примени тог члана. С друге стране, непостојање дужникове кривице није довољно за ослобођење од одговорности у смислу члана 263 јер наш законодавац када жели да укаже на субјективну одговорност, употреби термин „кривица”.<sup>589</sup> С друге стране, не би се смело закључити ни да је граница одговорности виша сила, то јест да се дужник ослобађа одговорности само у случају наступања више силе. Разлог је очигледан – околности које законодавац описује у члану 263 и даје им карактер ослобађајућих не могу се подвести под појам више силе. Тачније, слабијег су карактера и интензитета од оних околности које би се подводиле под дефиницију више силе.

Појмом више силе доста су се бавили француски правни писци. У француској литератури виша сила се традиционално дефинише као догађај који мора имати три особине: да је непредвидљив, неотклоњив (неодољив, непремостив) и спољни.<sup>590</sup> Да би се боље разумео сам појам више силе<sup>591</sup> у уговорној материји, требало би поћи од заједничке намере странака, као суштинског елемента уговорног односа.<sup>592</sup> Како је виша сила препрека коју странке нису могле имати у виду, она се и тумачи у вези са садржином уговора.<sup>593</sup> Очигледно је да члан 263 не захтева непредвидљивост<sup>594</sup> као услов за ослобођење од уговорне одговорности, што нас може навести на закључак да виша сила ипак није граница одговорности, већ да је граница постављена нешто блаже.

---

<sup>589</sup> Члан 154 300.

<sup>590</sup> М. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, стр. 643.

<sup>591</sup> А. Benabent, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2005, стр. 251-260.

<sup>592</sup> М. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, стр. 643.

<sup>593</sup> *Ibid.*

<sup>594</sup> Постоје и схватања која такву дефиницију више силе сматрају застарелом, доводећи у питање значење појма непредвидљивост у данашње време, те се питају шта је то што се на данашњем степену развоја друштва не може предвидети.

Сада долазимо до најсложенијег питања у вези са овим чланом. Закључили смо да одговорност дужника може постојати и ако нема његове кривице.<sup>595</sup> С друге стране, не ослобађа само виша сила дужника од одговорности, већ је граница блаже установљена. Које су то ситуације које нису скривљене од стране дужника, а опет нису ни таквог значаја да улазе у појам више силе? Или, који услов се још захтева, поред непостојања кривице, да би се могао примени чл. 263? Све смо ближи закључку да одговор може дати само судска пракса,<sup>596</sup> а узимајући у обзир околности, то јест чињенично стање сваког конкретног случаја.

Свесни смо ипак чињенице да се приклањање неком „мешовитом” решењу у крајњем нужно своди на одговор обликован неодређеношћу, те „пребацивање” проблема на судску праксу, да управо она одреди круг околности које би се могле подвести под појам ослобађајућих.

Настојања појединих аутора у правцу прецизнијег одређивања основа уговорне одговорности своде се на тумачење члана 263 300 у смислу да „дужник одговара за неиспуњење уговорне обавезе не само ако је крив него и

---

<sup>595</sup> Вид. Пресуду Врховног суда Србије Рев. 2962/97 од 15. септембра 1997. године, Propis Soft. У образложењу се наводи да се „у случају штете проузроковане неизвршењем уговорне обавезе дужник обавезе не може ослободити одговорности доказујући да није крив, већ се може ослободити одговорности само у складу са правилом садржаним у члану 263 300. Дужник обавезе би требало да докаже да су ослобађајуће околности наступиле после закључења уговора... док се не може ослободити одговорности тврђењем да није крив”.

<sup>596</sup> У том смислу занимљива је Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2962/97 од 15. септембра 1997. године, Propis Soft: „...тужени је, као први проглашени купац на аукцији, са тужиоцем закључио уговор о купопродаји државног капитала методом јавне аукције... На позив тужиоца ни у накнадно остављеном року није уплатио прву рату купопродајне цене... Тужени није испунио обавезу уплате прве рате из разлога што је доживео претње и нападе од стране НН учиниоца које су код туженог изазвале страх за егзистенцију своје породице и себе због чега је одустао од извршења уговора... 300 не тражи да ослобађајуће околности имају карактер више силе. Околности морају бити објективне природе, а то подразумева да страх који је изазван претњом мора бити оправдан озбиљном опасношћу да је угрожен живот, тело и друго значајно добро уговорне стране или трећег лица. У конкретном случају радило се о оправданом страху који води искључењу одговорности туженог за штету...” У образложењу се даље наводи да не постоји одговорност за накнаду штете ни у смислу Закона о приватизацији, по којем се захтева да дужник буде несавестан, а што у овом предмету свакако није био случај, а наиме „...тужени се не би могао сматрати несавесним дужником, јер његово непоступање по обавези из уговора није последица његовог вољног нечињења, већ је реч о нечињењу као резултату одређеног притиска и изазивања страха код туженог”.

кад није крив, али узрок немогућности испуњења спада у његову сферу активности”.<sup>597</sup>

У недостатку прецизног одговора на питање које би се то околности, осим више силе, могле сматрати ослобађајућим, поједини аутори, чини се с правом, заузимају став о уговорној одговорности као објективној одговорности.<sup>598</sup>

---

<sup>597</sup> И. Јанковец, *Кривица као претпоставка уговорне одговорности*, *op. cit.*, стр. 302.

<sup>598</sup> Вид.: М. Караникић Мирић, *op. cit.*, стр. 62.

**ТРЕЋИ ДЕО**

**ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ**  
**ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ**  
**НЕИЗВРШЕЊА – такозвани неосновани**  
**раскиди**



# **ПРВА ГЛАВА**

## **ПОЈАМ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

### **I ПОЈАМ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА**

#### **1. Уводне напомене**

У српском праву (као и немачком, енглеском, некада чак и француском) уговор се раскида изјавом воље. Уговорник који сматра да је друга страна повредила уговор, изјавом своје воље може учинити крај (или бар покушати да учини крај) постојећем уговорном односу.

Шта значи „повреда уговора” или „неизвршење уговора” схваћено у најширем смислу, покушали смо да објаснимо у једном од претходних поглавља. И тада смо закључили, а након анализе законских текстова и стања у судској пракси, како у нашој земљи, тако и у упоредном праву, да не постоји нека јасна „формула” чија примена би нам у сваком конкретном случају дала одговор на питање има ли повреде уговора или не.

Некада нас, међутим, не занима само да ли је конкретно понашање или пак уздржавање од одређених радњи уговорника могуће квалификовати као повреду уговора, већ да ли је конкретна повреда истовремено и раскидни разлог који би другој уговорној страни дао „у руке” могућност једностраног раскида уговора. У крајњем ће најчешће суд, вођен одређеним смерницама и уз поштовање одговарајућих критеријума, утврђивати да ли конкретна ситуација представља повреду уговора која би имала значај раскидног разлога.

Суд би дакле, имао двоструку улогу. Да би дошао до одговора на питање да ли је повериочева раскидна изјава била основана или не, морао би прво одговорити на претходно питање, које би се састојало у томе да ли је дужник учинио повреду уговора која би се могла квалификовати као раскидни разлог. Међутим, да би суд уопште дошао у могућност да расправља о тим питањима, морало је прво доћи до спора. Спор би настао у вези са ваљаношћу повериочеве процене дужниковог понашања, те тачности квалификације дужниковог понашања као раскидног разлога. Стога, моћ процене обима и тежине конкретног неизвршења, у смислу испуњености услова за раскид уговора, првобитно припада повериоцу (у системима који дозвољавају једнострано раскид уговора), па тек у случају спора и суду, у накнадном контролном поступку.

Ово питање је посебно значајно због тога што свака повреда уговора, схваћена као један вид неизвршења (непоштовања) уговора, може бити извор одређених правних последица. Те последице представљају права у рукама једног уговорника, с једне стране, а санкционисање понашања другог, с друге стране.

Повреда уговора која је, пак, квалификована као раскидни разлог за непосредну последицу има настанак права уговору верног уговорника да раскине уговора, а посредне последице произлазе из раскида уговора.

На крају није на одмет поменути и да би се, пођемо ли од тога да право на раскид припада само оном уговорнику који је већ извршио<sup>599</sup> (или је бар спреман извршити)<sup>600</sup> своју обавезу, под неоснованом раскидном изјавом могле сматрати и раскидне изјаве оних поверилаца чији су дужници заиста учинили повреду уговора неизвршењем (које би се могло квалификовати као раскидни разлог), али је њихова изјава о раскиду ипак остала без дејства, јер они нису стекли право на раскид зато што своје обавезе нити су извршили, нити су на то спремни.

## **2. Однос основане и неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења**

Основана изјава воље саопштена другој уговорној страни, са циљем раскида уговора, производи дејство тренутком пријема. У питању је изјава која за основ има такву ситуацију која се може подвести под законски опис раскидног разлога, то јест услова које сам законодавац прописује као неопходне за настанак могућности за уговорну верну страну да од уговора одустане. Основана изјава воље, дакле, представља раскид уговора.

Далеко је теже одредити појам неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора. Прво, у питању је термин који се веома ретко среће у текстовима правних писаца. Друго, законодавци тај израз не употребљавају, што је и логично, будући да га је створила судска/арбитражна пракса. Треће, питање неоснованих раскида потпуно је ирелевантно за правнике чији се системи права темеље на судском систему раскида. Четврто, требало би

---

<sup>599</sup> В. Горенц, *op. cit.*, стр. 168; видети Пресуду Вишег трговинског суда, Пж 10697/05 (1) од 19. децембра 2005. године, Пословни биро, као и решење Врховног суда Србије Рев. 1/04 од 25. марта 2004. године, *Paragraf Lex*.

<sup>600</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 243.

скренути пажњу на неуједначеност термина којима се означава ситуација покушаја раскида услед наводног „кршења” уговора. Наиме, некада се за неосновани раскид користи израз неправедан/ неправичан раскид. Некада се, пак, тај исти израз може срести у литератури са потпуно другачијим значењем, када означава ситуацију основаног, али неправедног раскида. Тада се мисли да уговорникова изјава воље јесте основана јер постоји раскидни разлог на страни његовог сауговорача, али да први уговорник не раскида уговор из тог, већ неког сасвим другог разлога (нашао је, на пример, повољнију понуду за закључење уговора или су се у међувремену прилике на тржишту тако промениле да би сада могао закључити уговор под повољнијим условима него раније). У употреби је и термин мотивисани раскид, који опет сматрамо сувише широким и неодређеним јер, по нашем мишљењу, може да обухвата како основане и неосноване раскидне изјаве, тако и правичне и неправичне раскиде.

### **3. Однос правних последица основане и неосноване изјаве воље**

Појам правних последица насталих из основане изјаве воље усмерене на раскид далеко је по обиму ужи од појма правних последица насталих услед неосноване изјаве воље усмерене на раскид. Разлог је једноставан. Док основана изјава воље усмерена на раскид уговора није ништа друго до раскид уговора, неоснованом изјавом воље усмереном на раскид не остварује се дејство на које је изјава усмерена, али се чини повреда уговора.

Тим последицама, како једним, тако и другим, посветили смо други одељак овога рада. Поменути појмови имају, математички речено, пресек у једној последици – раскиду уговора, тачније последицама раскида. Тај пресек истовремено и исцрпљује појам правних последица основане изјаве воље. Због тога су правне последице раскида истовремено и посредне последице неосноване изјаве воље, а сам раскид (тачније, право на раскид) једна од непосредних последица неосноване изјаве воље усмерене на раскид. Односно, у последице неосноване изјаве воље спадају последица основане

изјаве (раскид уговора, то јест последице раскида), али и друге последице (неефикасност неосноване раскидне изјаве воље, право на извршење, накнада штете, трошкови поступка, евентуално питање затезне камате, уговорне казне, наплате банкарске гаранције...).

Требало би напоменути да иако се често говори да је последица основане изјаве воље раскид уговора, прецизније је рећи да сама основана изјава воље усмерена на раскид због неизвршења и саопштена другој страни представља раскид, те да се и последице те изјаве свODE, у ствари, на последице раскида (престанак постојања уговора, реституција...).

#### **4. Појам неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења**

На основу претходних излагања може се закључити да је однос између последица основане и последица неосноване изјаве воље неопходно посматрати истовремено са односом појмова раскидног разлога и повреде уговора. Као што смо писали у другом делу рада, те у вези са тим и излагали о појединим правним последицама – основана изјава воље усмерена на раскид јесте раскид уговора. Последице такве изјаве воље јесу последице раскида уговора. Садржина тог појма, пак, зависи од дејства раскида у конкретном случају.

С друге стране, неоснована изјава воље усмерене на раскид није раскид. То је само повериочева изјава воље која ће остати без ефекта, јер јој право неће приписати раскидно дејство. То је, симболично речено, раскид који је остао у покушају.

Занимљиво је, на овом месту, направити паралелу са непостојећим уговором који се дефинише као „нешто што не постоји”, као уговор који није ни настао него је само остао у покушају. Из тог разлога је и у његовом појму реч „уговор” потпуно сувишна, јер ако уговора нема, не може се називати

непостојећим уговором.<sup>601</sup> Слично је и са појмом тзв. неоснованих раскида. Наиме, неосновани раскид указује на ситуацију када до раскида није ни дошло, баш из разлога те неоснованости (непостојања услова за раскид). Неуспешан исход је узрокован неоснованошћу. Стога, раскид не постоји, уговор је и даље на снази, уговорници и даље имају обавезу да извршавају своје обавезе односно у могућности су да остварују своја права. Раскид је, дакле, остао у покушају. Друго, споран је и супротан израз – „основани раскид”, јер чим је дошло до раскида, то јест престанка постојања уговора, то је морало уследити „основано”. Отуда у наслову овога рада употребљавамо термине „основане изјаве воље” и „неосноване изјаве воље” усмерене на раскид уговора због неизвршења. Насупрот томе, термине „правични и неправични раскид” сматрамо адекватним, јер описују ситуације у којима до раскида и долази, док атрибути правичан и неправичан указују само на „позадину” раскида, те објашњавају чиме је он био мотивисан. Наравно, некада ћемо, али само из разлога једноставности у изражавању и неоптерећивања текста компликованијим појмовима, употребљавати и скраћени термин „неосновани раскиди” (сва неопходна објашњења дали смо у одељку „Терминологије напомене” са почетка овога рада).

Иако, такав покушај раскида, то јест изјава воље повериоца, остаје само парче папира,<sup>602</sup> описано понашање повериоца квалификује се као повреда уговора. Можемо приметити да је у питању једна веома правно интересантна ситуација – изјава воље повериоца остаје, због своје

---

<sup>601</sup> О појму непостојећег уговора видети код: Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 171; Ј. Карамарковић, Зоран Ивошевић, *Облигационо право – предавања*, Београд 2010, стр. 42; Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазих, *Увод у Грађанско право*, Ниш 2008, стр. 267; Ј. Марковић, *Грађанско право – општи део и Стварно право*, Београд 1927, стр. 212; Н. L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, стр. 280; G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, стр. 255; R. Cabrillac, *op. cit.*, стр. 82; Ј. Карамарковић, *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2002, стр. 7; М. Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993, стр. 142; О. Антић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 420; G. H. Treitel, *An Outline of the Law of Contract, op. cit.*, стр. 98; R. Stone, *Contract Law*, London 2000, стр. 208; S. Cigoj, *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana 1962, стр. 118–119; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, Contrat*, Paris 1995, стр. 356; Б. Визнер, *Грађанско право*, Београд 1962, стр. 107–109; З. Рашовић, *Грађанско право, књига 1*, Подгорица 2006, стр. 265–266; К. Доловић, *Непостојећи уговор*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, Београд 2011, стр. 263–267.

<sup>602</sup> P. Stoffel-Munck, *Le controle a posteriori de la résiliation unilatérale*, *Droit & Patrimoine*, 2004, стр. 74.

неоснованости, без дејства, уговор је и даље на снази, али она је (та изјава) ипак узрок одређених санкција које ће бити изречене у виду појединих правних последица. Јер, неоснована изјава, као што смо више пута нагласили, својеврстан је вид повреде уговора.

Дакле, долазимо до веома интересантне ситуације која за основ има чисту правну логику. У првој фази, један уговорник се позива на то да је други уговорник учинио повреду уговора, квалификујући је као раскидни разлог. Позивајући се на наводно неизвршење, сматра да је стекао право на раскид уговора, те га остварује (тачније, покушава да оствари) изјавом воље саопштене другој страни. Како неизвршење није „реално” већ „наводно”, то она страна која се на неизвршење позивала (ми је називамо поверилац) чини злоупотребу института раскида уговора, а тиме и својеврсног вида слободе коју јој је законодавац несумњиво дао прописујући да поверилац може раскинути уговор мимо суда. Та злоупотреба института раскида, то јест понашање повериоца у смислу покушаја неоснованог раскида представља повреду уговора. Отуда, када будемо говорили о последицама неосноване изјаве воље, говорићемо о последицама повреде уговора, то јест последицама неизвршења. Која ће правна последица (правне последице) наћи свој извор у неоснованој раскидној изјави воље, зависиће од више фактора.

Прво, битно је понашања самог повериоца, то јест учиниоца покушаја раскида. Наиме, питање је да ли је он био савестан или не, то јест свестан тога да нема право на раскид, па упркос томе, то покушава или пак, заиста верује да је дужничково понашање такво да представља раскидни разлог. Требало би одговорити, пре свега, на питање да ли покушај неоснованог раскида савесног повериоца може бити основ за остваривање права на накнаду штете од дужника.

Друго питање је у тесној вези са првим, а даје и одговор на прво питање. Тиче се понашања дужника. Какво је то непоштовање уговора, којег обима и значаја, навело повериоца да „помисли/закључи” да је то раскидни разлог? Како се морао понашати дужник у вези са извршењем уговора, да бисмо могли закључити не само да је повериочева изјава без основа, већ и да

је он то морао знати? Испитивањем понашања дужника добијамо, дакле, одговор на чак два питања. Прво, да ли је повериочева изјава воље била основана, и друго, ако је била неоснована, да ли дужник може остварити право на накнаду штете.

Треће значајно питање за одређивање евентуалних последица неосноване раскидне изјаве зависи и од тога јесте у којој је фази извршења својих обавеза поверилац покушао да раскине уговор. И то питање се, дакле, односи на понашање учиниоца покушаја раскида. Наиме, питање је у вези са евентуалним правом на раскид које би настало за дужника (као првобитну жртву покушаја раскида, која сада постаје ималац права на раскид), као последица повериочевог неоснованог раскида, то јест повреде уговора. Да би право на раскид настало, али сада као право у рукама дужника, неопходно је да се повериочев покушај изласка из уговора може квалификовати као раскидни разлог. Шта, на пример, у случају да (што ће ретко бити, али теоријски је свакако могуће) поверилац покуша да раскине уговор тек након што је извршио већи део својих обавеза? Тада се дужнику не би смело дозволити да раскине уговор оправдавајући то понашањем повериоца.

Четврто, последње питање, иако од великог значаја, јесте питање самог духа права и правне традиције једног правног система. Тој идеји, будући да је сматрамо веома битном за одређивање круга последица неосноване изјаве воље усмерене на раскид, посветићемо следеће поглавље – „Уговор као верност датом обећању или економски рационални договор”.

Битно је на овом месту поновити (јер смо разјашњење већ дали у „Терминолошким напоменама”) следеће: под појмом „дужник” подразумевамо уговорника који је повредио начело *pacta sunt servanda*. Када је реч о тзв. неоснованим раскидима, онда под дужником подразумевамо уговорника који је наводно повредио уговор (према мишљењу друге уговорне стране). Актера покушаја раскида, то јест уговорника који је покушао изјавом воље, која није била заснована на раскидном разлогу, да прекине уговорни однос, зовемо поверилац.



#### 4.1 Уговор као верност датом обећању или економски рационалан договор

Француски правници повреду уговора сматрају моралном грешком, за разлику од англосаксонских колега који полазе од тога да су у основи уговорних односа закони економије. Французи сматрају да неверност уговору представља грех, а „грешника” морамо вратити на „прави пут”<sup>603</sup>. С друге стране, у енглеском праву захтеви економичности засновани на суровој рационалности потискују схватање уговора као закона којем се странке морају повиновати<sup>604</sup> јер су га оне „исписале” обавезујући се једна другој.

Такве претпоставке имају за последицу различите санкције које се могу изрећи у случају повреде уговора у француском, односно у енглеском праву. О томе смо писали у делу рада који је посвећен накнади штете и праву повериоца да захтева извршење уговора. Јасно је, дакле, због чега је основно правно средство у рукама повериоца, у случају да дужник учини повреду уговора, право на извршење у француском односно обештећење у енглеском праву.

За ситуацију једностраног одустанка од уговора, који је мотивисан простом калкулацијом односа на тржишту, а не неизвршењем друге стране, англосаксонски правници ће рећи да то јесте неморално, али је економски оправдано, а поврх свега и добро смишљено.<sup>605</sup> Дакле, дошли смо до кључне ствари. Како је неосновани раскид повреда уговора коју је учинио поверилац, одабир санкција које ће бити изречене зависиће умногоме и од основних вредности на којима почива конкретан правни систем. У овом случају, мислимо пре свега на схватање уговора као договора насталог на економској рачуници, с једне стране, или као сплета обећања које су уговорници један другоме дали, ослањајући се и уздајући се у верност уговору и лојалност оног

---

<sup>603</sup> P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, стр. 75.

<sup>604</sup> „...The fundamental principle of the binding force of contracts and contractual morality...”. Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription (P. Catala), Introductory comments of J. Rochfeld, стр. 53.

<sup>605</sup> P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, 75.

другог, с друге стране. У првом случају, повреда уговора довешће најчешће до обештећења уговору верне стране, те ће на тај начин неверни уговорник откупити своју слободу. У другом случају, грешника ћемо вратити на пут испуњења, дајући повериоцу право да то захтева судским путем, јер се једино на тај начин спречава урушавање основних постулата уговорног права. У супротном, уговори би постали једна крајње нестабилна категорија, привременог карактера, која би била на снази само док се једном од уговорника не би појавила нека „боља прилика”, а повреда уговора учињена неоснованим покушајем раскида била би бег од обавезе извршавања дугованих престација. Тиме би се право приближавало економији и потпуно удаљавало од захтева које намећу морал и правда као категорије које чине основе сваког правног система.

Како временом и француско право почиње да допушта, истина и даље само у одређеним ситуацијама, једнострани раскид уговора, све више се говори о новој концепцији уговора која настаје у овом праву. Наиме, и француски правници постају свесни тога да се увођењем могућности једностранних раскида не мења само систем реализације раскида, већ настаје и „*un nouvelle conception du contrat*”.<sup>606</sup> То је само још један од примера да разлике између англосаксонског и европскоконтиненталног права постају све блаже.

Осећају за правичност наших правника блискија су схватања француских колега. Отуда би и у случају неоснованих раскидних изјава санкција морала да буде пре свега у виду обавезивања учиниоца покушаја раскида да изврши све своје уговором преузете обавезе које није извршио, покушајем одустанка од уговора и веровањем у успех истог.

#### 4.2 Неосновани раскид као једностранна изјава воље

Раскид уговора због неизвршења увек је у основи иницијатива једног уговорника. Иако једностранни одустанак омогућава окончање уговорног

---

<sup>606</sup> Више о томе вид. код: Н. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, *op. cit.*, стр. 277–278.

односа мимо суда, основ овог вида раскида ипак је у закону. Законодавац је једини који може прописати у којој је ситуацији могуће стећи ово право.

У судском систему раскида иницијатива за раскид, такође, мора потећи од једног уговорника. Воља уговорника је покретач судског поступка који се може схватити као манифестација те воље, и то, наравно, само у случају када је воља заснована на ваљаном разлогу за раскид.

## **II САВЕСНОСТ УЧИНИОЦА ПОКУШАЈА РАСКИДА**

### **1. Савесност учиниоца покушаја раскида у вези са неодређеношћу појма повреде/неизвршења/непоштовања уговора**

Неопходно је најпре објаснити шта сматрамо под појмом „савесности учиниоца покушаја раскида“. Учиниоца покушаја раскида јесте поверилац који је настојао да раскине уговор због тога што дужник, наводно, није поштовао тај уговор. Под савесношћу односно несавесношћу подразумевамо одговор на следеће питање: да ли је поверилац био свестан, односно да ли је знао или морао знати да је његова изјава воље неоснована? Да ли је збиља веровао да дужничково понашање представља разлог за раскид? Или се на наводну дужникову повреду уговора позивао само да би тиме оправдао дату изјаву о раскиду?

Основна слабост једностраних раскида уговора јесте препуштање оцене испуњености услова за раскид жртви неизвршења уговора, посебно имајући у виду да се дефинисање раскидних услова у великој мери ослања на стандарде и критеријуме који су, опет, одређени на неограничавајући начин.<sup>607</sup>

---

<sup>607</sup> A. Bres, *La résolution du contrat par dénonciation*, Montpellier 2009, стр. 490.

Одређивање појма савесности је у тесној вези са одређивањем појма неизвршења уговора. У одељку посвећеном појму неизвршења изнели смо различита схватања, као и објашњења тог појма присутна у нашем и упоредном праву. Закључак би ипак могао бити само један. Не постоји прецизан критеријум на основу којег би се могло утврдити да ли конкретно понашање дужника представља повреду и даље, да ли конкретна повреда уговора представља раскидни разлог. Може се рећи да је некада „неправедно”, посебно у ситуацијама када би се и судија „замислио” да ли конкретна повреда оправдава раскид, од једног уговорника захтевати да „са сигурношћу” процени има ли услова за раскид или не.

Неспорно је да би се о повериочевој несавесности могло говорити у случају када је очигледно да друга страна све своје обавезе уредно извршава, а поверилац се позове на наводно „кршење” уговора, правдајући тиме своју раскидну изјаву. Далеко је већи број, међутим, оних спорних ситуација, када је дужник делимично извршио своју обавезу (обавезе) или ју је, пак, једно време извршавао па онда престао. То су ситуације када основаност или неоснованост ни суд не може без тешкоћа, а често ни са сигурношћу утврдити, већ се, напротив, до одговора долази употребом одређених критеријумима (о чему смо већ писали у вези са појмом неизвршења уговора), не би требало на исти начин санкционисати сваки неосновани покушај раскида.

Сматрамо да постоји једно кључно питање у проблематици неоснованих раскида. Наиме, под неоснованим раскидом подразумевамо, најједноставније речено, један вид понашања повериоца. Оно што разматрамо јесте питање да ли такво понашање мора бити санкционисано и, ако је потребно, на који начин то учинити. До неоснованог раскида, то јест до самог чина изјаве раскидне воље на основу наводног кршења уговора свог саговорача долази након једног „мисаоног процеса” самог повериоца. Пођимо од претпоставке да је поверилац савестан и да је након разматрања дужниковог понашања закључио да је тежина дужникове повреде уговора таквог интензитета да удара у саму суштину уговора и негира сврху његовог

постојања. Тиме, поверилац оправдава стицање права на одустанак од уговора, а исто реализује изјавом воље коју саопштава дужнику, сматрајући себе, од тог тренутка, слободним у односу на уговорни однос. Колико би требало очекивати од повериоца? Да ли би било не само праведно него и реално очекивати од њега да на питање има ли услова за раскид или не одговори на исти начин на који би одговорио суд у накнадном контролном поступку? Да ли би требало санкционисати повериоца када би на то питање одговорио другачије него суд? Посебно би требало имати у виду да суд до одговора на питање има ли места раскиду или не долази након слободне оцене конкретног чињеничног стања. Смернице које судија прати, па и критеријуме које узима у помоћ јесу смернице и критеријуми које је створила та иста судска пракса. Другим речима, законодавац оставља простор за такву дискрецију у одлучивању суда, а посредно и повериоца на кога се ове одредебе закона и односе. Зато је сасвим реално очекивати да ће један судија некада сматрати да понашање одређеног дужника јесте разлог за раскид, а други судија да исто то понашање није довољан разлог за раскид. Како онда, у таквим спорним ситуацијама, очекивати од повериоца да увек тачно процени да јесте или није имао право да раскине уговор? То би значило да као критеријум исправности повериоцеве оцене поставимо, ништа мање, него оцену (и одлуку) суда у конкретном случају.

Чини се да постоји још једна чињеница која знатно отежава положај повериоца. Наиме, као што смо више пута истакли, сам појам неизвршења, а посебно озбиљног неизвршења, како најчешће дефинишемо раскидни разлог, неодређеног је садржаја. И сами стандарди и оквирни појмови који испуњавају ту садржину пате од исте неодређености.<sup>608</sup> Питање је не само колика је доза мањкавости у извршењу потребна да би се радило о разлогу за раскид, већ се ствар често компликује и захтевом да неизвршење буде озбиљно, а тај епитет ствара додатну дозу непрецизности. Сигурно је, ипак, да је реч о таквом виду мањкавости дужника који повериоца лишава онога

---

<sup>608</sup> А. Bres, *op. cit.*, стр. 490.

што је оправдано очекивао од уговора.<sup>609</sup> Очигледно је, дакле, да поверилац оцењује нешто за шта је лично заинтересован. Из тог разлога, треба очекивати да у одређеној мери буде и пристрасан када се постави питање користи које је остварио, односно користи којих је лишен неизвршењем друге стране. У томе можда можемо наћи оправдање макар једног броја неоснованих раскидних изјава то јест ситуација када ће поверилац бити посебно „осетљив”, те и посебно „строг” на дужникову мањкавост, јер она погађа искључиво његове интересе. Очигледно је, дакле, да у чињеници да поверилац постаје судија у својој ствари видимо још једну од слабости једностраног раскида уговора. Због тога би оправданост повлачења из уговора, ипак, била објективније процењивана из угла ауторитета који није део конкретног уговорног односа, јер се таквим положајем обезбеђује неопходна непристрасност.<sup>610</sup>

Отуда сматрамо да би приликом утврђивања последица неоснованих раскида требало правити разлику између ситуација када је поверилац био савестан, односно када је поступао несавесно.

Последње повезујемо са условима за настанак појединих последица неизвршења то јест повреде уговора, што неосновани раскид свакако јесте. Несумњиво је да увек постоји право да се захтева да уговорник који је покушао неосновано да прекине уговорни однос настави да извршава уговор. Актера покушаја раскида свакако би требало обавезати и на накнаду трошкова судског контролног поступка. Међутим, да ли ће друга страна стећи право на раскид и на накнаду штете, требало би условити одређеним видом одговорности учиниоца покушаја раскида. Ипак доводимо у питање да ли таква одговорност повериоца постоји и у случају његове савесности.

Када говоримо о појму савесности у грађанском праву, увек полазимо од тога да се савесност претпоставља. Пођимо ипак од првог корака који суд мора да учини када одлучује. Реч је о накнадном контролном поступку који

---

<sup>609</sup> *Ibid.*, стр. 491.

<sup>610</sup> T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris 2007, стр. 381.

се води са циљем да се испита основаност саопштене раскидне изјаве. У случају да суд утврди да на страни дужника није постојао раскидни разлог, констатује се да изјављена воља усмерена на раскид није имала никакво дејство, те да је уговор и даље на снази. Међутим, истовремено са том одлуком, суд је утврдио још нешто – иако изјављена воља није имала раскидно дејство, она ипак представља одређену повреду уговора, која је извор одређених правних последица. Поједине последице неизвршење, као што је, на пример, право да се захтева извршење неизвршених обавеза, потпуно су неспорне јер се за њихово изрицање не захтевају никакви додатни услови. Неспорно је да су, будући да је уговор и даље на снази, на снази и све обавезе које су произашле из закљученог уговора. Сада долазимо до кључног питања. Сматрамо да би за изрицање неких других последица повреде уговора као неопходан услов требало поставити питање савесности, односно несавесности повериоца који је покушао неосновано да раскине уговор. Како се савесност претпоставља, увек ће се, дакле, поћи од претпоставке да је поверилац покушао да раскине уговор, верујући у то да на страни дужника заиста постоји раскидни разлог, односно да је дужник повредио уговор на начин који оправдава раскид уговора вољом повериоца. Та претпоставка је оборива. То значи да би на дужнику, као жртви покушаја неоснованог раскида, био терет доказивања, у смислу да је поверилац знао или морао знати да раскидни разлог не постоји.

Увек је тешко доказати нечију несавесност. Наиме, реч је о томе да тврдимо да је неко нешто знао, односно, ако није знао, да је морао бити упознат са тим. То је, међутим, далеко компликованији случај. Мислимо, наравно, на деликатност самог појма раскидног разлога, као вида повреде уговора, а посебно на питање: да ли се конкретно непоштовање уговора може подвести под појам раскидног разлога у складу са важећом нормом закона, будући да право на једнострану одустанак од уговора свој основ мора имати у закону? Због тога су тешкоће обарања претпоставке савесности још веће.

У наредним поглављима, када будемо писали о свакој од последица неосноване раскидне изјаве посебно, бавићемо се питањима у којим је ситуацијама изрицање којих последица условљено обарањем претпоставке савесности и из којих разлога, као и које санкције се могу изрећи учиниоцу покушаја неоснованог раскида без обзира на његову савесност.

## **2. Поверилац ипак није судија**

У овом поглављу нећемо открити ништа ново, већ ћемо само нагласити једно од најспорнијих питања у области неоснованих раскидних изјава – проблем како један уговорник „оцењује” понашање другог. И више од тога. Наиме, поверилац оцењује дужничково понашање, а суд ваљаност повериочеве оцене дужничковог понашања.

Ипак, имајући у виду наслов овог поглавља, јасно је да желимо да скренемо пажњу на то да поменути задатак повериоца не би требало, симболично речено, ценити „престрого”. Уговорник, којег ми називамо поверилац, своје понашање заснива на тумачењу законске норме која регулише питање раскидног разлога. Како је у питању норма, која је редовно (кажемо редовно, мислећи не само на српско него и на упоредно право) прилично непотпуна и поврх свега општа, то је задатак повериоца утолико тежи. Стога, сматрамо да је приликом оцене повериоцевог понашања (које се састоји у покушају раскида на основу оцене дужничковог понашања) неопходно имати у виду ову чињеницу.

Закључак би био следећи – уколико је поверилац свесно злоупотребио институт раскида уговора, такво понашање мора бити строже санкционисано. Ако то није свесно урадио, онда би требало имати у виду став изнет у овом, као и претходном поглављу, а наиме, не би био испуњен услов за изрицање баш сваке од могућих последица повреде уговора.

Стога, приликом одлучивања, уз остале критеријуме и смернице, суд би требало да узме у обзир и ову субјективну страну повериоцевог понашања



јер ће тек на тај начин моћи ваљано да сагледа учињену повреду уговора и да изрекне адекватне санкције.

### **3. Да ли француска судска пракса додатно компликује и проширује појам неоснованог раскида?**

Француски правни систем одувек се узима као пример правног система у којем није дозвољена могућност једностраног раскида уговора због неизвршења мимо суда. Суд мора раскинути уговор, а након вођења судског поступка у којем утврђује има ли у конкретном случају раскидног разлога или нема. Зато и не чуди што је овај правни систем временом постајао све изолованији у упоредном праву.<sup>611</sup> На тај начин се спречава могућност тзв. неоснованих раскида, јер се уговорник који сматра да има право на раскид обраћа суду. Иницијатива, дакле, увек мора потећи од самог уговорника који сматра да има места раскиду због понашања његовог саговорника, али одлука о томе препушта се суду. Не постоји, дакле, ни могућност да дође до покушаја тзв. неоснованог раскида, јер уговорникова изјава воље не може, чак ни када је основана, имати раскидно дејство. Али она је увек, па и у систему судског раскида, неопходна да би сам поступак испитивања услова за евентуални престанак уговора раскидом и започео.

Међутим, очигледне су промене и у француском праву када је у питању институт једностраног раскида уговора због неизвршења.<sup>612</sup> Чини се да су и француски правници последњих година постали свесни тога да и поред неспорних предности судског система раскида, сам раскид искључиво одлуком суда постаје донекле „превазиђен”. Упркос томе, француско право и даље остаје верно судском раскиду. Компромис је остварен на тај начин што могућност једностраног раскида, за сада, добија значај само изузетка у односу на судски раскид. Француски грађански законик и даље познаје само

---

<sup>611</sup> H. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, *op. cit.*, стр. 271.

<sup>612</sup> M. Barberis, *La liberté de rompre unilatéralement le contrat*, преузето са сајта: <http://www.memoireonline.com/>.

судски раскид уговора. Међутим, судска пракса је добила значај извора права када је у питању могућност раскида уговора због неизвршења изјавом воље једног уговорника. Поједини пројекти који су настајали последњих година са идејом реформисања Француског грађанског законика такође су садржали могућност одступања од правила да се право на раскид може остварити искључиво у судском поступку.

Поћи ћемо од судске праксе. Наиме, пракса француских судова развила је временом систем вансудског раскида уговора. Та могућност је представљала озбиљно одступање од чл. 1184 *Code civil*-а. Баш из тог разлога, неопходно је било предвидети тачно у којим ситуацијама се може избећи судски поступак раскида. Прва ситуација која је оправдавала овај изузетак јесте када је раскид био хитан; друга, када је конкретан уговорни однос био заснован на поверењу, које је изгубљено, и најзад, када би поверилац, у супротном, претрпео ненадокнадиве губитке.<sup>613</sup>

Судска пракса је отишла даље у ширењу домена примене института раскида уговора изјавом воље. Након појединих одлука<sup>614</sup> највишег суда Француске, потпуно се оправдано могло поставити питање – није ли француско право коначно прихватило раскид уговора изјавом воље дајући му значај алтернативе<sup>615</sup> судском раскиду. У пресудама<sup>616</sup> се наводи да „*la gravite du comportement*” једне уговорне стране оправдава раскид уговора изјавом воље друге стране, на свој ризик.<sup>617</sup> Дакле, озбиљност у дужниковом понашању, то јест озбиљност повреде/ непоштовања/ неизвршења уговора оправдава раскид изјавом воље.

Присетимо се ипак поглавља у којем смо писали уопште о појму раскидног разлога, те схватању тог појма у француском праву. Најчешће

---

<sup>613</sup> F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2012, стр. 639.

<sup>614</sup> *Rupture unilatérale du contrat: vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine, бр. 126, 2004, стр. 55; L. Aynes, *Le droit de rompre unilatéralement*, Droit & Patrimoine, бр. 126, 2004, стр. 64–65.

<sup>615</sup> L. Aynes, *op. cit.*, стр. 64.

<sup>616</sup> Cass. 1re civ., 13 oct. 1998; Cass. 1re civ., 20 fevr. 2001; Cass. 1re civ., 28 oct. 2003.

<sup>617</sup> P. Delebecque, *Le droit de rupture unilatéral*, Droit & Patrimoine, бр. 126, 2004, стр. 56.

објашњење раскидног разлога у француској литератури управо је озбиљност неизвршења на страни дужника.

Као логичан намеће се следећи закључак: сам проблем неоснованих раскида додатно је искомпликован. Шта уколико се поверилац у конкретној ситуацији позвао на право на једнострани раскид у ситуацији која није оправдавала одступање од судског раскида? И даље, како уопште оценити када озбиљност неизвршења захтева судски, а када оправдава раскид изјавом воље. Очигледно је да, осим питања повериоачеве оцене постојања услова за раскид, којим смо се до сада бавили, француска пракса својим новинама уводи поред постојећег још један проблем: како да поверилац оцени да ли конкретна ситуација оправдава вансудски или ипак захтева раскид судском одлуком?

С друге стране, дужник је до сада, у систему вансудског раскида, могао да покрене накнадни судски поступак ради утврђивања основаности изјављене воље усмерене на раскид. Сада дужник суду, у контролном поступку, може да истакне два захтева: први, чији би циљ био одговор на питање да ли је поверилац уопште могао у конкретној ситуацији покушавати да раскине уговор мимо суда, и други, који би се односио на питање основаности раскидне изјаве. О другом захтеву би суд, логично, одлучивао само уколико би претходно, решавајући по првом захтеву, утврдио да је конкретна спорна ситуација оправдавала изузимање раскида из судске надлежности. Дакле, могућност раскида изјавом воље у конкретном случају јављала би се као претходно питање, од чијег решења би зависио не исход одлучивања о другом захтеву, већ уопште да ли ће се о другом захтеву и решавати.

На тај начин би и сам појам неоснованог раскида био проширен јер би сада подразумевао не само ситуације када је поверилац покушао неосновано да раскине уговор због „наводног” раскидног разлога на страни дужника, већ и оне када је покушао да раскине уговор изјавом воље, у ситуацијама када је раскид био у надлежности суда. Истина је да би се у последњем случају радило о недостатку формалне природе, а не о неоснованости у правом

смислу те речи, али чињеница да у оба случаја раскидна изјава остаје без дејства а уговор и даље на снази чини да разграничења тих ситуација имају само теоријски значај. Отуда наглашавамо да смо под „проширењем појма неосноване раскидне изјаве” настојали само симболично да укажемо на додатно компликовање тог већ довољно спорног питања уговорног права. Због тога би, можда, у покушају обухватања обе поменуте ситуације требало употребити израз „недозвољени раскиди”.

Спорно остаје питање да ли у случају неефикасности раскидне изјаве која је последица њених формалних недостатака, а у ситуацији када су услови за раскид били испуњени, постоји повреда уговора. Наиме, у случају неоснованих раскидних изјава повреда се састоји у чињеници да је престало извршавање обавеза и да је напуштен уговорни однос у ситуацији када за то нису били испуњени услови. У случају пак, када су услови за раскид испуњени, немамо злоупотребу института раскида, јер право на раскид постоји. Неопходно је ипак поштовати саму процедуру остваривања тог права, те отуда могућност да изјава о раскиду остане без дејства. Ту је опет могуће да након саопштавања изјаве о раскиду, која не би произвела раскидно дејство, услед формалних недостатака, поверилац ипак престане са даљим извршавањем уговора, који је и даље на снази, те тиме учини повреду уговора.

Један од најкоментарисанијих покушаја реформе Француског грађанског законика, *Avant-projet Catala*, уводи могућност раскида изјавом воље као алтернативу судском раскиду. Раскид уговора изјавом воље, у том Пројекту, не представља више изузетак од судског раскида, већ се уговорнику даје право избора да ли ће своје право на раскид остварити изјавом воље мимо суда или у судском поступку.<sup>618</sup>

Имајући у виду значај који судска пракса даје једностраном раскиду као изузетку у односу на судски, као и ширину поља његове примене, а у светлу текстова поменутих пројеката новијег датума, чини се да у

---

<sup>618</sup> Члан 1158 *Avant-projet Catala*.

француском праву једнострани раскиди постају ипак алтернатива судским.<sup>619</sup>

#### **4. Процедурални захтеви које поверилац мора да испуни да би уговор био раскинут**

Писали смо о основаности раскидне изјаве као предуслову за настанак права на раскид уговора. Међутим, да би уговор раскидом престао да постоји, неопходно је испунити још неке услове које законодавац прописује. Како се они не тичу постојања раскидних разлога, у смислу о којем смо до сада о томе писали, те „додатне“<sup>620</sup> захтеве за реализацију раскида назвали бисмо процедуралним.<sup>621</sup>

Чланом 126 ставом 2 300 прописано је да поверилац, уколико жели да раскине уговор, мора оставити дужнику примерен рок за испуњење. Чланом 130 300 предвиђено је да је поверилац који због неиспуњења дужникове обавезе раскида уговор дужан да то саопшти дужнику без одлагања.

---

<sup>619</sup> H. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, *op. cit.*, стр. 273.

<sup>620</sup> Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж. 1542/2012 од 18. априла 2012. године, Paragraflex. Из образложења пресуде произлази да је у надлежности суда у контролном поступку, а са циљем утврђивања да ли је дошло до раскида или је уговор и даље на снази, да установи да ли постоји скривљено неизвршење (као раскидни разлог), с једне стране, а затим и „испуњеност услова за раскид“, с друге стране (сматрамо да је суд под тиме мислио управо на испуњеност захтева које ми називамо процедуралним).

<sup>621</sup> Занимљива је Пресуда Врховног касационог суда од 15. септембра 2010. године, Rev. 1885/10, (преузето са сајта Врховног касационог суда: [www.vk.sud.rs](http://www.vk.sud.rs)), којом се утврђује да до раскида није дошло, а у образложењу се наводи како неоснованост раскидне изјаве, из разлога непостојања дужникове кривице, тако и недостатак процедуралних захтева, који се односи на то да поверилац није оставио накнадни рок дужнику. Наиме, Веће у образложењу пресуде разликује испуњеност услова за настанак права на раскид, с једне стране, и захтеве процедуре за реализацију самог раскида уговора, с друге стране. Без испуњености обе групе услова (захтева) не може доћи до престанка уговора раскидом. Могло би се рећи да прва група услова, то јест постојање раскидног разлога чини материјални основ за отпочињање процедуре раскида уговора због неизвршења. Под тренутком отпочињања процедуре подразумева се тренутак давања дужнику образложене опомене уз остављање накнадног примереног рока за извршење доспелих неизвршених обавеза.

Дакле, када су у питању нефиксни уговори, законодавац даје право дужнику да испуни обавезу и после истека рока, а истовремено онемогућава повериоца да раскине уговор без остављања накнадног рока.<sup>622</sup>

Неопходно је учити два временска тренутка.<sup>623</sup> Прво, тренутак давања опомене дужнику (уз остављање накнадног рока), а друго, тренутак саопштавања дужнику изјаве којом се уговор и раскида.

#### 4.1 Опомена уз остављање накнадног рока

Опомена представља још једну шансу која се даје дужнику. Дужника који у року<sup>624</sup> не испуни своју обавезу, поверилац ће опоменути, и то остављањем накнадног рока у којем може испунити дуговано. Тиме се даје и последња шанса извршењу уговора.

Обавеза остављања дужнику накнадног рока за извршење заснива се на више разлога. Прво, тиме се манифестује тежња очувања уговора,<sup>625</sup> па макар то било и само тренутно (до истека накнадног рока).<sup>626</sup> С друге стране, накнадни рок је у интересу дужника, који на тај начин добија још једну шансу да избегне раскид уговора и његове последице.<sup>627</sup> Неспорно је да дужник има

---

<sup>622</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 390.

<sup>623</sup> S. Whittaker, „Termination” for Contractual Non-performance and its Consequences: French Law Reviewed in the Light of the Avant-projet de reforme, *op. cit.*, стр. 193. Аутор пише о два процедурална захтева која постоје ради заштите дужника, садржана у члану 1158 (2) и (3) Пројекта, а предложена од D. Mazeaud-a, у одлуци Cass civ (1) 28 October 2003, RDC 2004, 273.

<sup>624</sup> Вид. пресуду Привредног суда Хрватске Пж-2757/93 од 11. јануара 1994. У пресуди се наводи да је обавезе из уговора требало извршити најкасније до 10. маја 1990. године, али како тужени исте није извршио у потпуности, тужилац га је обавестио дописима од 3, 7. и 8. маја да ће се сматрати да је уговор раскинут уколико не испуни своју обавезу у уговореном року. Првостепени суд је, погрешно, сматрао да је тим накнадним изјавама тужилац дао туженом „примерени даљњи рок” за испуњење уговора, у којем тужени обавезу није испунио, па је дошло до раскида уговора. Међутим, другостепени суд с правом наводи у својој одлуци да тужилац наведеним дописима од 3, 7. и 8. маја није могао продужавати рок који је према његовим властитим наводима био 10. маја 1990. године, односно да је тек након протекла уговореног рока тужилац могао продужити туженом рок за примерено време, уколико је настојао да раскине уговор.

<sup>625</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 92.

<sup>626</sup> Whittaker, „Termination” for Contractual Non-performance and its Consequences French Law reviewed in the Light of the Avant-projet de reforme, стр. 191.

<sup>627</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 92.

право на накнадни контролни поступак, али пре тога он је једино заштићен обавезом повериоца да му остави накнадни рок за извршење.<sup>628</sup> Дужник никако не сме бити „изненађен” раскидом, већ на намеру повериоца да уговор раскине мора бити унапред упозорен да би имао времена да изврши дуговано и отклони могућност наступања последица неиспуњења.<sup>629</sup> На крају, иако остављање накнадног рока јесте, пре свега, у интересу дужника, не би требало заборавити чињеницу да се и поверилац, закључујући уговор, нада пре свега његовом испуњењу, а не раскиду. Отуда опомена упућена дужнику, схваћена као захтев за извршење у накнадном року, као и саопштење да ће у случају неуспешног протеча рока поверилац раскинути уговор, представља и својеврстан вид притиска на дужника да уговор ипак изврши.<sup>630</sup>

Поставља се питање у којем тренутку поверилац стиче право да раскине уговор? Уколико одредбу члана 126 тумачимо у смислу да поверилац тек истеком накнадног рока изјављује да раскида уговор,<sup>631</sup> долазимо до закључка да би изјава воље о раскиду која би уследила пре истека накнадног рока<sup>632</sup> остала без правног дејства<sup>633</sup> а уговор и даље на снази. Стога, право на раскид уговора поверилац не стиче тренутком наступања доцње, већ истеком накнадног рока.<sup>634</sup>

Из садржине опомене мора бити јасно шта је то што дужник наводно мора да изврши јер, у супротном, нити би изјава о раскиду имала свој

---

<sup>628</sup> Y. M. Laithier, *Etude Comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris 2004, стр. 281.

<sup>629</sup> C. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Marseille 2006, стр. 375.

<sup>630</sup> A. Bres, *op. cit.*, стр. 493.

<sup>631</sup> А не начин да поверилац у тренутку давања опомене, те остављања накнадног рока саопштава дужнику да ће уговор бити раскинут аутоматски уколико ни у накнадном року дужник не изврши своју обавезу, и то тренутком истека накнадног рока.

<sup>632</sup> Осим уколико има места примени члана 127 ЗОО.

<sup>633</sup> C. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 382.

<sup>634</sup> M. Fabre-Magnan, *Termination of Contract: A Missed Opportunity for Reform*, *op. cit.*, 2009, стр. 173.

материјални основ, нити би била дата уз поштовање законом предвиђеног поступка.<sup>635</sup>

#### 4.2 Образложена изјава о раскиду

Да би изјава о раскиду тренутком пријема од стране дужника довела до престанка постојања уговора, она мора бити образложена. Поверилац, наиме, мора саопштити разлог због којег напушта уговорни однос, односно због којег сматра да има право да уговор раскине.

Тај услов који стављамо пред повериоца иде у прилог дужнику, због тога што потенцијално смањује број тзв. неоснованих раскида. Оправдано је веровати да ће повериоци у мањем броју случајева покушавати да раскину уговор, бар у ситуацијама када је очигледно да раскидни разлози не постоје. Стога, образложена изјава о раскиду јесте она која садржи раскидни разлог.<sup>636</sup>

За разлику од ситуације када поверилац није дужнику оставио накнадни рок, а изјавио је да раскида уговор, у којој ситуацији поверилац није још ни стекао право на раскид, случај давања раскидне изјаве без навођења раскидних разлога спадао би ипак у ситуације када право повериоца на раскид постоји, али ипак није остварено. Уговор је остао на снази не из разлога што поверилац није имао право да га раскине, већ због тога што није испунио захтеве процедуре неопходне за остваривање свог права. Неиспуњење тог процедуралног захтева осујећује раскидно дејство саопштене изјаве.

Наш законодавац не предвиђа изричито да изјава о раскиду мора садржати и раскидне разлоге, иако до таквог закључка можемо доћи

---

<sup>635</sup> Из образложења пресуде *Ad hoc* арбитраже са седиштем у Београду од 16. јанура 2014. године

<sup>636</sup> Rowan, *op. cit.*, стр. 78. За разлику од нашег и француског права, англосаксонски правници сматрају да није неопходно наводити разлог због којег се раскида уговор у тренутку давања раскидне изјаве дужнику. Битно је да касније, у евентуалном контролном поступку, буде утврђено да је право на раскид постојало, а самим тим и да је раскидна изјава била основана (заснована на раскидним разлозима).



посредно. Наиме, писали смо о опомену коју поверилац оставља дужнику, позивајући га да изврши своје доспеле обавезе, како у супротном не би дошло до раскида уговор. Накнадни рок који му оставља јесте време које тече између опомене и тренутка раскида уговора.<sup>637</sup> Опомињући дужника, поверилац даје још једну шансу извршењу уговора, а самим тим дужнику саопштава и шта то очекује од њега, односно извршење које обавезе (обавеза) захтева.

С друге стране, законодавац није одредио дужину накнадног рока, али је ипак епитетом „примерен” чини одредивом, те зависном од околности сваког конкретног случаја. Циљ накнадног рока је да омогући дужнику да „заврши оно што је започео”, а не да тек почне са извршавањем дугованог<sup>638</sup>, због чега и има карактер „допунског рока”.<sup>639</sup> Управо се због тога у одређеним ситуацијама, када дужниково понашање, као и сам обим неиспуњења у тренутку доспелости чине излишним остављање накнадног рока, уговор може раскинути и без остављања истог.<sup>640</sup> Ово је још један разлог који иде у прилог ставу да опомена мора садржати и навођење извршења које се очекује од дужника (јер од тога и зависи дужина накнадног рока који се оставља), а аналогно томе, и да изјава о раскиду садржи разлог за раскид то јест неиспуњење због којег поверилац и раскида уговор.<sup>641</sup>

---

<sup>637</sup> С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 375.

<sup>638</sup> Отуда накнадни рок има значаја пре свега код трајних уговора јер су управо ту могуће ситуације у којима је дужник и пре доспелости почео да извршава обавезе, па у том смислу и има сврхе остварити му и накнадни рок да започето доврши.

<sup>639</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 251.

<sup>640</sup> Члан 127 ЗОО.

<sup>641</sup> У том смислу арбитражно веће у пресуди од 13. марта 2013. године, у случају Т-14/11, наводи да „ни ранија обавештења о неиспуњењу обавеза, ни упозорење пред раскид, па ни сам раскид не садрже егзактно објашњење обавеза које купац није извршио... обавештења не садрже позив на извршење конкретне обавезе већ само уопштено позивање на извршење. Позивање на таква обавештења о изјави о раскиду чини да такав раскид не може бити пуноважан”.

У вези са тим, подразумева се да је за раскид уговора због повреде неке његове одредбе потребно да је тим уговором предвиђена обавеза која је наводно повређена и на коју се поверилац позива оправдавајући раскид.<sup>642</sup>

Тако је у једној пресуди из наше арбитражне праксе Веће сматрало да дата изјава не представља опомену и да се дати рок од три месеца не може сматрати накнадним роком. То је објашњено тиме што се изјавом није тражило извршење одређене и спецификоване неизвршене обавезе, док се садржински посматрано, ни рок од три месеца није могао сматрати додатним роком за испуњење постојеће, доспеле, неизвршене обавезе дужника, већ је у питању био захтев да се дужник убудуће понаша на одговарајући начин, који би затим поверилац процењивао.<sup>643</sup>

#### 4.3 Понашање дужника од тренутка пријема повериочеве опомене

На основу излагања о процедуралним захтевима које поверилац мора да испуни не би ли издејствовао раскид уговора, поставља се питање и дужниковог понашања. До ког тренутка се дужник мора успротивити раскиду? С друге стране, питање је и од којег тренутка он то може да учини, као и да ли је довољно супротставити се раскиду вансудски (у том случају би противљење раскиду могло уследити и након пријема опомене) или је неопходно учинити покретањем судског контролног поступка (до чега би могло доћи тек након пријема раскидне изјаве од повериоца)?

Питање је битно из два разлога. Прво, можемо поставити питање дужникове савесности. Дужник би постао несавестан уколико се раскиду не би успротивио у тренутку када је већ био свестан недозвољености повериочевог понашања, већ се на то позивао тек касније, сматрајући повериочево понашање основом из којег би црпео право на раскид уговора и накнаду евентуално настале штете. Међутим, управо би дужникова

---

<sup>642</sup> На тај начин је арбитражно веће у пресуди од 13. марта 2013. године, случају Т-14/11, образложило своју одлуку, након што је утврдило да повреда обавезе не постоји јер она уговором није ни била предвиђена.

<sup>643</sup> Пресуда *Ad hoc* арбитраже са седиштем у Београду од 16. јануара 2014. године.

несавесност осујетила стицање права на раскид и накнаду штете. Стога је, за утврђивање савесности дужниковог понашања, битно да утврдимо у којем тренутку је дужник био дужан да се успротиви раскиду. Да ли је то тренутак добијања опомене упућене од стране повериоца или пријем повериочеве изјаве о раскиду?

Друго, занима нас како би то требало дужник да се понаша да би се сматрало да његово понашање јесте оспоравање повериоцевог настојања да уговор раскине, а не пристанак на раскид? Супротно, када се може сматрати да је дужник пристао на раскид? Одговор би се крио у следећем: уколико се дужник не би успротивио раскиду онда када је то требало, сматрало би се да на њега пристаје, те да је дошло до споразума о раскиду. Евентуално касније противљење, као и оспоравање повериоцевог понашања не би имало значаја на раскид који је већ наступио.

Очигледно је да је одговор на оба питања (када дужник постаје несавестан, као и када се може сматрати да на раскид пристаје) у тесној вези са питањем којим смо и почели овај одељак: када дужник мора оспорити повериочеве настојање да уговор раскине? Да ли у тренутку добијања опомене или тек тренутком пријема раскидне изјаве? Од одговора на то питање зависи и од којег тренутка ћемо сматрати да је дужник несавестан, као и за који тренутак ћемо везивати оцену дужниковог понашања, а у смислу његовог евентуалног пристанка на раскид.

Могућа су два одговора на то питање. Прво, можемо поћи од тога да је дужнику већ у тренутку опомене, те остављања накнадног рока, стављено до знања да поверилац намерава да раскине уговор. Међутим, ако дужник не оспори могућност раскида тада већ тек након протеча накнадног рока исаопштавања раскидне изјаве, поставља се питање његове савесности. Оправдање може бити у чињеници да тиме што дужника опомене поверилац истовремено захтева извршење уговора, а тиме и шаље поруку да ће управо изостанак захтеваног извршења сматрати раскидним разлогом. Стога, неспорно је да је дужник још у тренутку пријема опомене био свестан онога на чему ће бити заснована повериочева раскидна изјава. Управо чињеница да

је дужник то знао (или бар морао знати) може довести у питање његову савесност. И даље, дужникова несавесност могла би осујетити могућност наступања одређених последица повериочевог недозвољеног понашања. Наиме, повериочево настојање да раскине уговор због његове наводне повреде, као што смо већ писали, јесте основ његове одговорности, односно дужник стиче (уколико су испуњени сви неопходни услови) право да захтева раскид уговора и накнаду штете. Међутим, управо дужникова несавесност може осујетити његово право на раскид уговора и накнаду штете.

Дужникова пасивност у тренутку добијања опомене могла би се сматрати и његовим пристанком на раскид. Евентуално накнадно оспоравање повериочеве раскидне изјаве остало би без значаја јер такво „предомишљање” дужника не би могло довести до „оживљавања” једном раскинутог уговора пошто такву могућност уговорно право не познаје. Дужниково накнадно понашање могло би се евентуално сматрати понудом упућеном повериоцу за закључење новог уговора.

Проблем је могуће посматрати и из сасвим другог угла, те доћи до потпуно другачијег одговора на исто питање. У тренутку давања опомене поверилац још увек нема права да уговор раскине. Самим тим, његова изјава о раскиду уследиће (по правилу) увек након протеча накнадног рока. Шта би то дужник оспоравао пре истека накнадног рока и пријема изјаве о раскиду? Изјаву о раскиду, те њену основаност свакако не, јер је у том тренутку још увек не би ни примио.

Други разлог који би ишао у прилог таквом становишту видимо можда у томе што је неправедно наметати обавезу дужнику да својим понашањем манифестује своје противљење раскиду, и то одмах у тренутку добијања опомене, посебно у светлу чињенице да упркос опомињању дужника поверилац може и одустати од раскида упркос изостајању испуњења у накнадном року. Наиме, иако је опоменуо дужника и оставио му накнадни рок, поверилац не мора истеклом накнадног рока (у случају неиспуњења) саопштити да уговор раскида. Можда поверилац и нема раскидну намеру већ

његова опомена представља притисак на дужника да изврши своје обавезе, чиме му се ставља у изглед могућност раскида уговора.

Чак и када бисмо пошли од тога да се дужникова пасивност у тренутку опомене може сматрати његовим пристанком на раскид, поставило би се питање на шта то дужник пристаје када још увек није примио раскидну изјаву. Да ли се може пристати на опомену, која представља, у суштини, давање последње шансе извршењу уговора?

Давањем опомене поверилац поступа у складу са законском одредбом, али га ни тај улазак у „процедуру раскида“ не обавезује да уговор заиста и раскине. Тада бисмо дошли у ситуацију да сматрамо дужникову пасивност пристанком на раскид који поверилац можда и не жели, већ само покушава да издејствује извршење уговора.

Такође, законодавац ни на једном месту не прописује обавезу дужника да одговори на опомену.<sup>644</sup> Да ли бисмо онда његову пасивност смели санкционисати тако што бисмо је квалификовали као његову несавесност (која би касније онемогућила дужника да оствари право на накнаду штете и раскид уговора) и још даље, као пристанак на раскид уговора? Санкционисали бисмо неиспуњење нечега, што законодавац и не прописује као дужникову обавезу.

И на крају, пођемо ли од значаја који наш законодавац даје ћутању,<sup>645</sup> нашли бисмо, чини се, још једну потврду идеје о немогућности квалификовања дужникове пасивности (пропуштања да оспори садржину повериочеве опомене) као његовог несавесног понашања и пристанка на раскид.

Уколико бисмо прихватили ово друго становиште, дужник би, ако сумња у основаност примљене раскидне изјаве, морао да је оспори тек након што му буде саопштена. Законодавац не наводи рок у којем мора бити

---

<sup>644</sup> У том случају, од дужника бисмо захтевали да оспори садржину опомене, а не саму опомену, јер је право повериоца да опомене дужника који у року није испунио своју обавезу неспорно.

<sup>645</sup> Члан 41 ЗОО.

покренут судски контролни поступак, али пођемо ли од обавезе повериоца да саопшти дужнику изјаву о раскиду „без одлагања”,<sup>646</sup> логично би било захтевати и од дужника да примљену раскидну изјаву оспори „без одлагања”. Уколико дужник то не учини, могло би се сматрати да је пропуштањем покретања контролног поступка пристао на раскид уговора, те да његово касније „предомишљање” може само имати значај нове понуде. С друге стране, неоспоревање основаности раскидне изјаве у тренутку њеног пријема („без одлагања”<sup>647</sup>), те сазнања да је она неоснована, свако касније позивање на неоснованост те изјаве чини дужника несавесним.

Очигледно је да дужниково понашање посматрамо из угла његове савесности, с једне стране, као и оцене да ли се оно може сматрати пристанком на раскид (инициран од повериоца) или не. Критеријум налазимо у тренутку у којем дужник оспорава основаност повериоцевог раскида. Утврдимо ли да је у конкретном случају дужник „закаснио” са оспоравањем раскида, можемо да закључимо да га то чини несавесним и сагласним са раскидом.

Међутим, ако утврдимо у конкретном случају да је дужник пристао на раскид, те да је дошло до споразума о раскиду, постаје потпуно ирелевантно питање дужникове савесности. Наиме, уколико је настао споразум о раскиду, повериочева неоснована раскидна изјава претворена је у понуду за раскид, а одузет јој је епитет повреде уговора. Како нема повреде уговора, не настаје право дужника нити на раскид (уговор је већ и раскинут) нити на накнаду штете. Због тога је небитно питање његове савесности јер би евентуална несавесност осујетила управо право дужника да уговор раскине, уз остваривање права на накнаду штете.

---

<sup>646</sup> Члан 130 ЗОО.

<sup>647</sup> Вид.: С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 257. У коментару члана 130 ЗОО, наглашава се да израз указује на обавезу поштовања одређеног стандарда, као и да ће се ценити према конкретним околностима и уобичајеним правилима понашања.

#### 4.4 Закључна разматрања

Чини се да је истина ипак негде на средини између та два супротстављена становишта. Сматрамо да би се о евентуалном пристанку дужника на раскид уговора могло говорити једино уколико би пропустио да након пријема неосноване раскидне изјаве „без одлагања” покрене контролни судски поступак, а никако из разлога што није оспорио садржину примљене опомене. То свакако само под претпоставком да се утврди да код дужника постоји *animus contrahendi* то јест воља да са повериоцем закључи споразум о раскиду, те да упркос повериочевој неоснованој раскидној изјави „допусти” да до раскида ипак дође, а на начин што ће дату изјаву сматрати понудом за споразумни раскид коју ће, као такву, прихватити.

Међутим, ствар је компликованија ако на страни дужника не постоји *animus contrahendi*, а он се ипак не противи повериочевој раскидној изјави. У том случају, поверилац ће, након што дужник прими раскидну изјаву, сматрати да је уговор раскинут. Повериоцем ставу у прилог ће ићи и то што дужник није оспорио примљену изјаву. Како до контролног судског поступка неће ни доћи, ни евентуална неоснованост повериочеве раскидне изјаве неће бити утврђена. И даље, неће наступити ни последице повериочевог недозвољеног понашања јер је претпоставка за то да суд утврди неоснованост дате изјаве. Тек уколико би поверилац покренуо судски поступак, али из разлога утврђивања последица дужникове наводне повреде уговора, суд би претходно морао утврдити да ли је дужник уопште учинио повреду уговора, а затим и да ли је поверилац имао право да уговор раскине, те би се на крају суд у одлуци морао изјаснити и на околност основаности раскидне изјаве. Иако би у претпостављеној ситуацији суд утврдио да је уговор и даље на снази, дужникова несавесност, чини нам се, била би неспорна. Стога дужник не би стекао право на раскид, као ни право на накнаду евентуално настале штете, позивајући се на повериочеву неосновану раскидну изјаву. Подразумева се да је дужник несавестан само онда када је знао (или могао знати) да изјава о раскиду коју је примио није заснована на ваљаним раскидним разлозима, те да се поверилац позива на

неизвршење које или не постоји, или је недовољног значаја и обима да би оправдало раскид уговора.

С друге стране, тренутком пријема опомене, дужнику је познато шта поверилац захтева, а самим тим и да ће управо на неиспуњењу захтеваног поверилац заснивати своју раскидну изјаву. Из тог разлога, могао би се извући закључак да би се у случају накнадног оспоравања повериочевог раскида од стране дужника, дужник могао сматрати несавесним још од тренутка сазнања (за раскидне разлоге), а то би у овом случају био тренутак пријема опомене.

Ретке би биле ситуације када дужник у тренутку пријема опомене не би био свестан њене неоправданости (на пример, садржина опомене је недовољно јасна), а да касније ипак схвати непостојање разлога за раскид, те покрене контролни поступак. Уколико би то ипак био случај, дужник би морао оспорити „без одлагања” изјаву о раскиду коју би му поверилац саопштио.

Оправдање за то што се дужнику намеће дужност да оспори основаност повериочеве раскидне изјаве, а пре тога и опомене<sup>648</sup> (увек када сматра да разлога за раскид нема, то јест у случају опомене да не дугује повериоцу извршење захтевано опоменом), заснива се на основним начелима облигационог права, пре свега на начелу савесности и поштења.<sup>649</sup> Понашањем у складу са начелом савесности и поштења<sup>650</sup> уговорници смањују и ризик евентуалног наступања штете која може погодити њиховог

---

<sup>648</sup> Претпоставка за оспоравање садржине опомене јесте да дужник буде опоменут на исправан начин. У том смислу, у спору пред арбитражом, у случају Т-14/11, пресуђено 13. марта 2013, тужени је истакао да „опомињање” сматра итекако значајним, имајући у виду да је „погрешним означавањем одредбе која је наводно прекршена туженом онемогућено да се изјасни о повреди, те да у додатном роки исправи евентуални пропуст”.

<sup>649</sup> Вид.: члан 1.7 Principles of International Commercial Contracts; члан 1:201 Principles of European Contract Law.

О последицама повреде уговора у европском приватном праву вид.: M. Schmidt-Kessel, *Remedies for Breach of Contract in European Private Law – Principles of European Contract Law*, R. Schulze, *New Features in Contract Law*, Munchen 2007.

<sup>650</sup> Члан 12:300.



сауговорника.<sup>651</sup> Стога, иако законодавац ту обавезу не намеће дужнику, ипак је на њему, у духу поменутих начела, да то учини.

### III НЕОСНОВАНИ РАСКИД КАО ПОВРЕДА УГОВОРА

#### 1. Субјективан или објективан појам повреде уговора

Неспорно је да се под повредом уговора подразумева непоштавање уговорних одредаба, то јест уговорне дисциплине. У појам повреде уговора спада неиспуњење дугованих престаџа, било у потпуности, било у виду неуредног испуњења. Насупрот појму повреде уговора налазе се правна средства која су на располагању повериоцу, а настају управо из поменутог *breach*-а. Да би поверилац могао да употреби поједина средства, морају се испунити услови предвиђени посебно за свако од њих. Од карактера и интензитета сваке поједине повреде уговора зависи и да ли ће она бити основ за примену правног средства и којег. Такође, једна повреда уговора ће у једном правном систему бити довољан разлог за раскид, док у другом то неће бити случај. Због тога је неопходно одвојено посматрати повреду уговора и последице те повреде, схваћене у смислу правних средстава у рукама повериоца, односно санкџа на страни дужника.

Да ли повреда уговора јесте синоним за неиспуњење или неуредно испуњење уговора, без обзира на разлог због којег је до ње дошло? Или се, с друге стране, о повреди уговора може говорити само онда када је дужник одговоран за њу.

У првом случају говорили бисмо о објективном појму повреде уговора. Израз „повреда” користили бисмо као синоним за неиспуњење уговора без обзира на разлог. Сматрамо да је такво резонување логично јер чим уговор

---

<sup>651</sup> Члан 16 ЗОО.

није испуњен, самим тим је дошло и до одређене „повреде” основног начела уговорног права, уговорне дисциплине, а можемо рећи и интереса уговорника. Када би се одређена ситуација, на тај начин, квалификовала као „повреда”, поставило би се друго питање – да ли поверилац из те ситуације може црпети неко правно средство? Супротно, да ли је та ситуација извор одређених санкција које могу погодити дужника? У прилог таквом ставу иде и чињеница да је та област уговорног права различито регулисана у упоредном праву. На пример, у нашем праву, уколико конкретна повреда није скривљена од једног уговорника, неће бити раскидни разлог. Насупрот томе, у немачком праву неиспуњење не мора бити скривљено да би поверилац могао раскинути уговор.

Према другом становишту, које полази од појма повреде у субјективном смислу, повреда уговора постоји само онда када је дужник за њу одговоран. Сматрамо да најјачи аргумент против оваквог схватања појма повреде уговора лежи у следећој чињеници – на пример, нескривљено неиспуњење услов је за настанак права на раскид повериоца (у неким правима). Дакле, дошли бисмо до нелогичних ситуација – нема повреде, а има последица повреде. У нашем праву, на пример, прихваћен је објективан појам доцње, што значи да доцња као вид повреде уговора постоји без обзира на то због чега је до ње дошло. Потпуно друго је питање да ли ће и које последице доцње наступити. Такође, у погледу накнаде штете, постоје тенденције да се основ за уговорну одговорност посматра строже, дакле да се не заснива само на кривици (видети одредбе Бечке конвенције и српског ЗОО). Због свега тога, сматрамо да то решење као могуће схватање појма повреде не сме бити прихваћено.

Средње решење би могло бити следеће – повреда уговора постоји онда када уговор није испуњен у свему онако како је гласио, без обзира на разлог, али уз услов да је такво неиспуњење произвело бар неку правну последицу.

Ни то решење не може бити прихваћено јер поверилац увек, у случају неиспуњења, има право да захтева извршење (кад год је оно могуће, у супротном уговорна обавеза престаје, а евентуално настаје обавеза на

накнаду штете због/уместо испуњења). Према том схватању, повреде уговора не би било једино онда када би наступила немогућност извршења услед узрока за који дужник не одговара. У српском праву, тада не би постојала могућност да се захтева извршење ни накнада штете, нити да се раскине уговор. У немачком праву, на пример, не би постојала могућност да се захтева извршење ни накнада штете, али се уговор може раскинути и услед немогућности извршења. То је потпуно супротно нашем праву, у којем разлог за раскид (иако има и другачијих мишљења) мора бити скривљено неизвршење, а немогућност излази изван оквира примене тог института. Још један аргумент против таквог резонувања јесте што би се у том случају „ишло обрнутим редоследом”, и то тако што би се најпре испитивало има ли елемената за усвајање појединих повериочевих захтева, па тек на крају, на основу тога, разматрало би се да ли је било повреде уговора или не.

Сматрамо да повреда уговора постоји увек када је повређено начело *pacta sunt servanda*, без обзира на то због чега је до тога дошло. Сасвим је друго питање да ли ће из тога настати за повериоца одређено право, то јест да ли ће до извршења (макар принудног) ипак доћи, да ли конкретна повреда представља раскидни разлог, односно да ли представља штетну радњу која је проузроковала повериоцу штету коју ће дужник бити обавезан да надокнади.

Чини се да исто становиште прихватају и немачки правни писци. Наиме, у духу је реформисаног немачког права да се појам повреде уговора схвата „објективно, као одсуство испуњења или његовог дела; ...уколико је повреда скривљена од дужника, то је само основ за накнаду штете”<sup>652</sup>, али не чини садржину појма повреде.

## **2. Да ли је неосновани раскид повреда уговора?**

У тражењу одговора на питање које су то правне последице неосноване изјаве воље сматрали смо да је неопходно одредити појам

---

<sup>652</sup> S. B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnstone, *op. cit.*, стр. 389.

неоснованог раскида. Неспорна је констатација да неоснована изјава остаје без раскидног дејства а уговор и даље на снази, али је недовољна за објашњење тог правног питања.

Став да је неосновани раскид један вид повреде уговора узели смо као полазну основу и кључну идеју овога рада. Управо из те претпоставке стварали смо читаву мрежу коју чине последице неоснованих раскида. На тој основи формирана је и читава структура овога рада. Из тог разлога, покушаћемо да са што више аргумената одбранимо управо изнето становиште.

Како је у питању тема која је врло мало обрађивана у литератури, то се не можемо ни позивати на већи број аутора који подржавају наш став. Цитирајући их, покушали смо ипак да бар посредним путем дођемо до одређеног закључка, чак и у погледу ставова оних аутора који се дотичу питања неоснованих раскида, али не износе чврст став о њиховој квалификацији. Поделили бисмо их у две групе. Прву би чинили они који пишу о потреби санкционисања покушаја неоснованих раскида, те покушавају да открију најадекватнију „казну“ за повериоца. По једнима, то је судска одлука која би обавезивала на извршење,<sup>653</sup> по другима то би била накнада штете,<sup>654</sup> док трећи отварају питање надокнаде трошкова<sup>655</sup> судског контролног поступка. У другу групу аутора спадали би они који, за разлику од претходно цитираних, ипак покушавају да проблем реше у основи. Наиме, они указују на то да тзв. неосновани раскид јесте један вид неизвршења, који би довео до настанка права на раскид за другу страну.<sup>656</sup>

Сва решења која нуде поједини аутори недовољна су да објасне појам неоснованих раскида. Чак би се смело рећи да су и нетачна уколико би се

---

<sup>653</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 87.

<sup>654</sup> P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, стр. 77.

<sup>655</sup> M. Fabre-Magnan, *Termination of Contract: A Missed Opportunity for Reform*, *op. cit.*, стр. 174.

<sup>656</sup> C. B. Morison, *Rescission of contracts*, London 1916, стр. 35. Аутор објашњава израз *repudiation*, обухватајући њиме ситуације одбијања извршења уговора, о чему смо већ писали. Он указује на овлашћење уговору верне стране да учини крај уговору. Понављамо, овог аутора цитирамо зато што сматрамо да неосновани покушај раскида представља манифестовање воље да се уговор више не извршава.

свако од њих узимало као правило. Међутим, уколико их посматрамо као део једне целине, те пођемо од тога да има места примени сваког од њих, али само под одређеним условима и у одређеним ситуацијама, онда се не би смела доводити у питање њихова тачност.

Задатак нам је да након што одредимо појам неоснованог раскида одредимо читав механизам последица које могу настају и услова под којима је то могуће.

Ставови цитираних аутора, иако је сваки појединачно недовољан, имају изузетан значај. Ако се пажљиво размотри сваки од њих, може се уочити да се они не само уклапају, већ и подржавају нашу полазну претпоставку о схватању неосноване изјаве воље усмерене на раскид као повреде уговора. То ће бити потпуно видљиво тек када у наредним поглављима изложимо читаву структуру последица неоснованих раскида.

Дакле, због чега сматрамо да неоснованом изјавом воље поверилац повређује уговор? Чини нам се да постоје два кључна разлога која оправдавају ово схватање. Први, који тај проблем посматра из угла начела *pacta sunt servanda*, и други, који се односи на злоупотребу института раскида уговора.

У првом делу рада писали смо о повреди начела *pacta sunt servanda* неизвршавањем уговора. Изјавом воље усмереном на раскид уговора саопштавамо другој страни да сматрамо да смо ослобођени свих уговорних обавеза, јер је уговор, по нама, престао да постоји. Међутим, како изјава воље није утемељена на ваљаном разлогу, учинили смо само повреду уговора јер је реч о својеврсном виду неиспуњења уговора. Тиме смо, између осталог, нарушили и један однос поверења који постоји између уговорника.

Уколико посматрамо проблем неоснованих раскида у светлу становишта да је пре свега реч о повериочевој злоупотреби института самог раскида, чини се да долазимо до истог закључка као у претходном случају. Писали смо већ о томе да насупрот злоупотреби права на раскид, када право на раскид постоји, али ималац овог права ипак бива, у одређеним

ситуацијама, осуђен на накнаду штете због тога што своје право остварује противно сврси његовог постојања, могуће су ситуације злоупотребе института самог раскида. Логика је следећа: ако полазимо од тога да није довољно само вршити право већ и поштовати дух самог права,<sup>657</sup> тим пре ћемо санкционисати понашање уговорника који се позива на право које није ни стекао. Управо је то случај са неоснованом изјавом воље усмереном на раскид. Може се рећи да тиме поверилац не само да изиграва норме закона којима је регулисан институт раскида уговора, већ обезвређује и саму идеју раскида уговора изјавом воље. Несумњиво је да се тиме, у најмању руку, врши повреда конкретног уговорног односа, те да учињена злоупотреба института једностраног раскида у спорном случају има значај основа уговорне одговорности.

### **3. Неосновани раскид као тзв. *cynical breach***

У претходним излагањима бавили смо се питањем савесности односно несавесности учиниоца неоснованог раскида. Утврдили смо да повериоца несавесним чини свест о томе да се позива на право које није стекао. Другим речима, свесна злоупотреба института раскида уговора чини садржину појма несавесности.

Сада ћемо отворити једно ново питање: шта се крије иза несавесности повериоца? Шта мотивише повериоца да се понаша несавесно? Питање постаје посебно интересантно у светлу повериоачеве свести да неоснованом изјавом усмереном на раскид ипак ризикује да буде санкционисан наступањем правних последица због учињене повреде уговора.

Повредом уговора уговорник може остварити и добит.<sup>658</sup> То се може десити у ситуацији када закључење новог уговора, које нам доноси профит, представља истовремено и непоштовање одредаба претходно закљученог уговора. Очигледно је да се ради о намерно учињеној повреди. Теорија о тзв.

---

<sup>657</sup> J. Guyenot, *op. cit.*, стр. 270.

<sup>658</sup> A. Burrows, *op. cit.*, стр. 395.

*cynical breach*,<sup>659</sup> неопходности санкционисања изрицањем „специфичних” последица, настаје у вези са познатим случајем *Attorney-General v. Blake*. Спор се водио у вези са тим да ли је *Blake*, закључивши уговор о издавању своје аутобиографије, повредио обавезу о необјављивању информација до којих је дошао док је радио за *Secret Service*. У пресуди у случају *Blake* наведено је да морају бити испуњени одређени услови да би се могле изрећи последице које се у одређеној мери разликују од уобичајених у случају повреде уговора, и то: да је учињена намерна повреда уговора, да је та повреда омогућила уговорнику да уђе у неки други, за њега више профитабилан уговор и да уласком у тај нови уговорни однос више неће моћи да изврши своје обавезе преузете закључењем првог уговора<sup>660</sup> јер управо чин закључења новог уговора представља повреду претходног уговора<sup>661</sup>.

Повреда уговора, била намерна или не, свакако не увек и не у свим правним системима, може бити основ за другу уговорну страну да раскине уговор. Отуда, уговорник који чини повреду уговора може бити мотивисан тиме да дајући другој страни разлог за раскид уговора буде коначно ослобођен конкретног уговора, да би тако евентуално могао да уђе у други, за њега профитабилнији уговорни однос.

Појам намерне повреде уговора је неспоран. У питању је повреда из које уговорник црпи за себе одређену корист. Као што смо већ поменули та корист се састоји у неиспуњењу уговором преузетих обавеза, могућности даљег преговарања на основу тога, а у крајњем и уговарања.

Да ли теорија о тзв. циничним повредама може бити корисна и у случају неоснованих раскидних изјава? Несавестан уговорник који покушава да раскине уговор иако свестан чињенице да друга уговорна страна

---

<sup>659</sup> „Many breaches of contract are made for commercial reasons and it is difficult to draw the line between ‘innocent’ breach, for which there would only be compensation and ‘cynical breach’...”. Вид.: J. O’Sullivan, J. Hilliard, *The Law of Contract*, Oxford 2012, стр. 456.

<sup>660</sup> Из пресуде *Attorney-General v. Blake*, преузето из A. Burrows, *op. cit.*, стр. 402.

<sup>661</sup> Тако је у пресуди из наше арбитражне праксе Т 7/09-05, арбитражно веће заузело став да је закључивањем и извршењем уговора о продаји опреме истовремено повређена одредба уговора о продаји друштвеног капитала.

извршава своје уговорне обавезе, таквим својим понашањем свесно даје другој страни право да раскине уговор.

У односу на случај *Blake*, у којем чињеница закључења новог уговора представља намерну повреду претходног, покушали смо да проширимо поље примене теорије тзв.  *cynical breach*-а. Сматрамо да се под циничним повредама сматра свака повреда уговора која је мотивисана остварењем одређене користи. Та ће се корист неретко састојати управо у ослобођењу од уговора, те закључивању другог. Дакле, ситуација када се повреда једног уговора састоји у чину закључења другог уговора био би само један од случајева на које би могла да се примени ова теорија.

Да ли би било неопходно за тзв. намерне<sup>662</sup> повреде уговора установити посебан систем санкција?<sup>663</sup> Није чудно што је ова теорија настала баш у енглеском праву, у којем је правило да је редовна правна последица која се изриче у случају неизвршења накнада штете (*compensatory damages*). Како изрицање тог вида накнаде штете омогућава уговорнику да се, у великом броју случајева, ослободи уговора самим обештећењем другог уговорника, очигледно је да је начело стабилности уговорних односа у значајној мери пољуљано у енглеском праву и да редован вид накнаде штете није увек адекватан.<sup>664</sup> Отуда, можда, идеја увођења једне нове последице (*gain-based relief*)<sup>665</sup> која се може изрицати у случају намерних повреда уговора, односно накнаде штете која би имала казнени карактер. Одмеравала би се на начин што би се учиниоцу повреде уговора одузимала корист<sup>666</sup>

---

<sup>662</sup> „...those who seek „in good faith not to breach their contracts” can rest easy that they will not be subject to punitive damages if they do breach. The lack of certainty over what constitutes „good faith” in the commercial sphere makes it extremely difficult for someone to be sure in advance that they will not be subject to punitive damages.” J. O’Sullivan, J. Hilliard, *op. cit.*, стр. 456.

<sup>663</sup> Вид. „Measures that are not strictly compensatory”. Н. Beale, *Chitty on Contracts*, 2012, *op. cit.*, стр. 1793.

<sup>664</sup> J. O’Sullivan, *Reflection on the role of restitutionary damages to protect contractual expectations, Unjustified Enrichment*, Cambridge 2002, стр. 327 и 333; S. Rowan, *op. cit.*, стр. 161.

<sup>665</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 160.

<sup>666</sup> „...damages based not on the plaintiff’s loss but on the defendant’s gain.” J. O’Sullivan, *op. cit.*, стр. 328.



стечена на тај начин и што би се та иста корист на име накнаде штете надокнађивала другом уговорнику.

*Burrows* посматра проблем намерних повреда уговора и из другог угла. Иако је идеја да се уговорни однос заштити таквим системом санкција који ће на одређени начин обесмислити намерне повреде уговора јер ће њиховим учиниоцима одузети тако стечене користи, из истих санкција корист може имати уговору верна страна. Такав вид накнаде штете може мотивисати и уговору верну страну да учињену повреду искористи као раскидни разлог те учиниоца повреде ослободи уговора, а истовремено оствари право на тај вид накнаде. То ће се десити у случају када уговору верна страна увиди да јој је више у интересу да оствари право на овај вид накнаде штете него да захтева испуњење од друге уговорне стране.<sup>667</sup>

#### **4. Неосновани раскид као раскидни разлог**

Неспорно је да неоснованом изјавом воље усмереном на раскид уговора због неизвршења поверилац чини повреду уговора. Повреда уговора се састоји у неизвршењу, престанку извршавања уговорених обавеза. Поверилац ће се, по правилу, од тренутка саопштавања раскидне изјаве услед „наводног” дужниковог неиспуњења сматрати ослобођеним обавеза које свој извор имају у уговору. Међутим, како је у питању изјава која ће остати без дејства, а уговор, самим тим, и даље на снази, повериочево понашања се квалификује као непоштовање уговора.

Тачније, претпоставка је да ће се поверилац сматрати ослобођеним уговорних обавеза од тренутка када је друга страна примила његову изјаву о раскиду јер би тада, у случају да је изјава била основана, за тај тренутак и било везано дејство раскида.<sup>668</sup>

---

<sup>667</sup> A. Burrows, *op. cit.*, стр. 400.

<sup>668</sup> A. Bres, *op. cit.*, стр. 497.

Дакле, чињеница да је поверилац изјавио да раскида уговор, а да раскидни разлог на дужничкој страни није постојао његову раскидну изјаву чини неоснованом и даје јој карактер повреде, то јест одређеног вида неизвршења уговора.

Друго је питање природе саме повреде/неизвршења/непоштовања уговора. Она зависи од понашања самог повериоца у периоду који је претходио његовом покушају да раскине уговор. Наиме, неспорно је да је повреда учињена (имајући у виду дужничково понашање које не представља раскидни разлог). Али, о којем виду повреде је реч, прецизније о неизвршењу којег обима и значаја је реч, зависи од понашања повериоца. Битно је у којем је тренутку након закључења уговора, а у току његовог извршења, поверилац изјавио да раскида уговора. Да ли је то учинио након што је извршио скоро све своје обавезе или у ситуацији када није ни отпочео са извршавањем уговора или, пак, након што је делимично извршио све или неке од обавеза?

Из питања које смо поставили, очигледно је да нас поимање неоснованог раскида као раскидног разлога подсећа на одраз у огледалу. У првој фази, поверилац покушава да раскине уговор, да би га убрзо затим, већ на другом кораку, дужник „напао” његовим оружјем. Поверилац се позива на раскидни разлог који не постоји јер се дужничково понашање, према оцени суда, тако не може окарактерисати. Поверичево понашање, међутим, постаје прави раскидни разлог из којег дужник стиче право на раскид уговора.

Дужник неће стећи право на раскид ако је поверилац покушао неосновано да раскине уговор након што је извршио већи део својих обавеза, односно уколико је само незнатан део<sup>669</sup> остао неизвршен. Као што смо већ рекли, то је ређа појава у пракси.

Далеко су спорније ситуације када поверилац делимично изврши своје обавезе, те након тога покуша неосновано да раскине уговор. Уколико се дужник позове на раскидни разлог, те изјави да сада он раскида уговор,

---

<sup>669</sup> Члан 131 ЗОО; вид. и одлуку Врховног суда Србије Рев. 5023/97 од 21. јануара 1998. године, Пословни биро.

поново можемо завршити на суду, у судском контролном поступку који би покренуо поверилац са циљем да докаже да је он покушао раскинути уговор, иако неосновано, да је та изјава остала без дејства, а уговор и даље на снази, али да се упркос томе његово свеукупно понашање од тренутка закључења уговора не може квалификовати као раскидни услов због тога што је знатан део својих обавеза испунио.

Поново се, дакле, враћамо на проблем схватања појма неиспуњења, то јест неизвршења, те неопходан обим неиспуњења који је довољан да оправда раскид уговора.

Некада се ствар неће решити у једном једином накнадном судском контролном поступку већ се може ући у зачарани круг, када ће сваки уговорник, позивајући се на неизвршење оног другог, покушавати да раскине уговор изјавом воље, а други започињати судски поступак (односно подносити противтужбени захтев) позивајући се на неоснованост изјаве свог саговорника, те непостојање разлога за раскид.

Стога, неоснована изјава воље усмерена на раскид може бити схваћена као раскидни разлог.<sup>670</sup> Кажемо намерно „може”, јер то не би требало схватити као правило. Наиме, иако говоримо о неоснованој изјави воље као евентуалном раскидном разлогу, приликом оцене да ли у конкретном случају из неоснованог раскида друга страна може стећи право на раскид, не посматрамо само конкретну изјаву воље. Када би било тако, онда би свака изјава воље самим тим што је неоснована била раскидни разлог. Проблем је, међутим, далеко комплекснији. Оцењује се понашање уговорника који је покушао неосновано да раскине уговор, и то од тренутка закључења до тренутка покушаја раскида, а у погледу тога да ли је извршио уговором

---

<sup>670</sup> Иако је реч о раскиду уговора о раду, сматрамо да је занимљиво да на овом месту наведемо решење Закона о раду Републике Хрватске, у вези са остваривањем права радника на раскид. Наиме, „претпоставка за допуштеност судског раскида јест утврђење суда да отказ послодавца није допуштен, тј. да отказ није имао основу у закону”. Односно, „ако се, дакле, утврди да је... отказ допуштен, радник нема право на судски раскид уговора о раду, па ни на накнаду штете”. Очигледно је дакле да законодавац раскидни разлог, када је у питању право на раскид радника, тражи у недозвољеном понашању послодавца тј. недопуштеном отказу од стране послодавца; Радни односи у Републици Хрватској, уредник Жељко Поточњак, аутори: И. Црнић, М. Дика и други, Загреб 2007, стр. 293.

преузете обавезе или није. Другим речима, битно је у којем тренутку је поверилац покушао неосновано да раскине уговор. Нема сумње да ће његова неоснована изјава увек остати без дејства, а уговор на снази, али остаје отворено питање да ли је његово понашање такво да може добити епитет раскидног разлога.

И на крају, чак и уколико би дужник одлучио да не оствари своје право на раскид, неоснована изјава воље повериоца, у контексту његовог целокупног понашања, представљала би и даље раскидни разлог. Стечено право на раскид, колико год то на први поглед изгледало нелогично, не може бити трајног карактера. Након покушаја раскида, поверилац може да настави да извршава обавезе. Због тога се, у неком каснијем тренутку, дужник не би могао позивати на постојање раскидног разлога, под претпоставком да је поверилац сада већ извршио знатан део својих обавеза, те да се његово понашање не може више квалификовати као раскидни услов.

Дакле, уколико је након одлуке суда о неоснованости дате раскидне изјаве поверилац наставио да извршава уговор, ни дужник се више не може позивати на њену неоснованост јер неоснована изјава воље има значај повреде уговора само у смислу што је схватамо као неоправдано одбијање даљег повиновања уговору.<sup>671</sup> Када након судске одлуке поверилац настави да се понаша у складу са начелом *pacta sunt servanda*, некадашња неоснована раскидна изјава постаје ирелевантна. Друго је питање правних последица, као што је обавеза на накнаду штете због доцње у извршењу (на пример док је покушавао неосновано да раскине уговор, поверилац није ни извршавао обавезе), евентуалне камате у случају новчаних облигација...

---

<sup>671</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 74. У англосаксонским правним текстовима употребљава се термин *renunciation*, у значењу изричитог или прећутног манифесовања намере да се престане са извршавањем уговора; својеврсни вид одбијања даљег извршења.

## 5. Неосновани раскид као разлог за „преурањени” раскид (*anticipatory breach*)

Осим што могу да учине повреду уговора (*actual breach*), уговорници могу да створе ситуацију која још увек не представља повреду, али на основу које се њено наступање може очекивати (*anticipatory breach*).<sup>672</sup> Они то чине испољавањем намере<sup>673</sup> да више не буду обавезани уговором.<sup>674</sup>

У ситуацији очигледне намере једног уговорника да не извршава своје уговорне обавезе, и наш законодавац<sup>675</sup> сматра да нема потребе чекати да повреда уговора заиста и наступи<sup>676</sup>, то јест да протекне рок на који је уговор закључен, већ се и сама тзв. „преурањена повреда уговора”, „повреда која прети”, „која се очекује”, може сматрати довољним разлогом за раскид уговора.<sup>677</sup>

Поставља се питање како сигурно утврдити да ће дужниково одбијање извршења пре доспелости заиста и резултирати повредом уговора, односно да се он неће предомислити, па ипак своје обавезе извршити. Француско право не познаје могућност раскида уговора пре доспелости баш из наведеног разлога. Француски правници сматрају да би уговору требало пружити све могућности да буде извршен; дужника не треба лишавати права да се предомисли, а повериоце наде у дужниково извршење.<sup>678</sup>

Међутим, управо из тог разлога и наш законодавац захтева „очигледност” да испуњење неће наступити. То би значило да је раскид пре

---

<sup>672</sup> P. Gillies, *Concise Contract Law*, Sydney 1988, стр. 222.

<sup>673</sup> Вид.: M. Whincup, *Contract Law and Practice, the English System and Continental Comparisons*, Boston 1996, стр. 288-289.

<sup>674</sup> R. Stone, *The Modern Law of Contract*, USA, 2013, стр. 454.

<sup>675</sup> Члан 128 ЗОО.

<sup>676</sup> Право на раскид настаје због очигледности да до испуњења неће доћи, иако повреда уговора још увек није наступила, а из разлога што обавеза још увек није ни доспела. Стога можемо говорити о наводној повреди уговора. Вид.: Карапетов А. Г., *Рассторжение нарушенного договора*, Москва 2007, стр. 570.

<sup>677</sup> P. Gillies, *op. cit.*, стр. 223.

<sup>678</sup> Више о овоме вид.: „No anticipatory breach in French law”, S. Rowen, *op. cit.*, стр. 92-93.

доспелости могућ, али само онда када дужник јасно показује своју намеру да не изврши уговор. Чак и да се дужник предомисли у својој намери да не изврши уговор, ту намеру више неће моћи да оствари, а из разлога што ће уговор већ бити раскинут.

Одредбом члана 128 ЗОО предвиђена је могућност раскида уговора пре рока. Како је основни услов за настанак права на раскид уговора чињеница да конкретна обавеза (или обавезе) нису испуњене у року предвиђеном за испуњење, јасно је да та одредба представља значајан изузетак у односу на поменуто правило.

Претпоставка настанка права на раскид свакако је постојање раскидног разлога, што је увек одређени вид повреде уговора, то јест неиспуњења. Појам раскидног разлога, по правилу, обухвата неиспуњење о року, али управо цитирани члан отвара могућност да у специфичним ситуацијама и неиспуњење пре доспелости има значај раскидног разлога. Како је у питању значајно одступање од правила, оправдање мора постојати, и то у озбиљности саме повреде уговора која добија значај раскидног разлога.

Члан 128 ЗОО под раскидним разлогом подразумева „очигледност да једна страна неће испунити своју обавезу из уговора”.

Да ли је довољно очигледно да уговорник не намерава да изврши своју уговорну обавезу (обавезе) ако изјави вољу да раскида уговор? Чини се да јесте. Како је у питању неоснована изјава воље усмерена на раскид, неспорно је не само да је изражена намера да се раскине уговор, већ и да је уговорник својим понашањем угрозио начело *pacta sunt servanda*, те учинио повреду уговора. А како неиспуњење или чак неуредно испуњење конкретне обавезе може имати значај раскидног разлога, логично је да се тако може квалификовати и потпуно игнорисање постојећег уговора, односно слање поруке другој уговорној страни да се не намерава остати у конкретном уговорном односу.

Како је сада већ неспорно да неоснована изјава воље има значај повреде уговора, а некада чак и раскидног разлога, поставља се питање да ли у закључку можемо отићи и даље, те на ситуације неоснованих раскида примењивати и члан 128 ЗОО? Да ли је оправдано покушају неоснованог раскида дати значај оног неиспуњења које има такву тежину да чак не мора ни наступити доспелост дуговане обавезе као услов настанка права на раскид друге стране? Због своје озбиљности, дакле, поједине ситуације оправдавају блаже услове за стицање епитета раскидног услова.

Читаво излагање води само једном закључку: да је из неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења очигледно да уговорник неће даље извршавати своје обавезе из уговора.

Могло би се поставити још једно питање које је, међутим, више теоријског значаја. Да ли би било места примени члана 128 у ситуацији када би уговорник покушао неосновано да раскине уговор након што је већи део својих уговорних обавеза већ испунио? О томе смо већ писали у претходном поглављу и одговор тражили на пољу самог појма раскидног услова, те идеје да ни страна верна уговору не може стећи право на раскид по основу неоснованог покушаја раскида свог сауговорача у ситуацији када се његово понашање у уговору не може квалификовати као повреда са значајем раскидног разлога. Међутим, понављамо да је то питање има пре свега теоријски, а не толико практични значај јер су ређе ситуације у пракси да страна која је скоро све своје обавезе испунила „симулира“ неизвршење друге стране како би уговор био раскинут, преузимајући на себе, притом, обавезе на накнаду штете, плаћање трошкова накнадног контролног поступка...

Коментатори члана 128 примећују да уговорник који сматра да је његово понашање неосновано квалификовано као очигледно изражавање намере да се одустане од уговора, може покренути судски поступак у којем би била испитана ваљаност раскидне изјаве његовог сауговорача.<sup>679</sup>

---

<sup>679</sup> Б. Благојевић и др., *op. cit.*, стр. 393.

Међутим, када под очигледним непостојањем намере за даље извршавање уговора имамо покушај неоснованог раскида уговора, нереално је очекивати да ће се учинилац покушаја неоснованог раскида обратити суду истичући да су нетачне тврдње супротне стране у погледу очигледности даљег одустанка од уговора. Не само да он то неће негирати, већ му је управо и намера била да другој страни стави до знања да жели да напусти постојећи уговорни однос. Наравно, кључна разлика је у томе што је први уговорник покушао да раскине уговор позивајући се на постојање услова за то. Међутим, уместо тога, он постаје уговорник против којег друга страна истиче право на раскид, али сада уз постојање услова за престанак уговора. Тај услов се налази управо у неоснованој изјави воље учиниоца покушаја раскида.

Ако имамо у виду и следећи поднаслов (схватање неоснованог раскида као понуде за споразумни раскид), могао би се извести следећи закључак: уколико је наступила доспелост, а конкретне обавезе нису извршене, уговор се може једнострано раскинути, ако раскид већ није наступио *ipso facto*, чињеницом протекла времена у случају фиксних уговора.<sup>680</sup> Уколико доспелост још није наступила али је очигледно да до испуњења неће доћи, страна верна уговору има пред собом две могућности: прво, да одбијање испуњења схвати као понуду за споразумни раскид и друго, да исто схвати као тзв. *anticipatory breach*, то јест као разлог за једнострани раскид уговора због неизвршења.<sup>681</sup>

Како су предмет нашег интересовања неосновани раскиди, управо изнети закључак можемо применити и на те случајеве, а у смислу што страна која прима неосновану изјаву воље усмерену на раскид, ту изјаву може схватити било као понуду за споразумни раскид, било као разлог за једнострани раскид. У оба случаја она то може учинити и пре наступања доспелости дуговане обавезе.

---

<sup>680</sup> Члан 125 став 1 ЗОО.

<sup>681</sup> Сличну логику видети: С. В. Morison, *op. cit.*, стр. 85.



## 6. Неосновани раскид као понуда за споразумни раскид

Покушаћемо сада да питање тзв. неоснованих раскида посматрамо из другог угла. Решење које ћемо понудити у овом одељку требало би да буде схваћено само као једна идеја којој и не дајемо сувише велики значај, свесни чињенице да је мали број случајева у пракси када ће друга уговорна страна пристати на покушај свог саговорача да неосновано раскине уговор.

Какву поруку свом саговорачу шаље уговорник који му саопштава своју раскидну намеру? Из угла другог уговорника посматрано, можемо поставити обрнуто питање – какву поруку добијамо уколико нам друга уговорна страна саопшти да раскида уговор? За почетак не би требало да нас интересује да ли је раскидна изјава основана или не, јер у сваком случају иза раскидне изјаве стоји намера да се изађе из уговорног односа.

Једини логичан одговор би био: један уговорник не жели више да остане у уговорном односу и то другом ставља до знања саопштавањем раскидне намере.<sup>682</sup> Без обзира на то да ли је раскидна изјава воље основана или не, те да ли ће добити раскидно дејство или не, неспорно је да раскидна намера постоји. То је порука коју један уговорник шаље другом. Уговорник који прима такву поруку мора бити свестан тога да чак и да се у накнадном судском поступку утврди да је изјава била неоснована, те да је уговор и даље на снази, а самим тим да се обавезе морају и даље извршавати, може се десити да уговорник који је једном ставио до знања да жели да раскине уговор настави да игнорише исти. Постоји наравно увек право на извршење друге стране, које се може остварити и у судском извршном поступку.

Отуда, прва могућност која је на располагању уговорнику коме друга страна шаље такву поруку јесте да је схвати као понуду за споразумни раскид уговора. Тако проблем неоснованог раскида решавамо на најједноставнији начин. Не постављамо питање квалификовања неоснованог раскида као

---

<sup>682</sup> С. В. Morison, *op. cit.*, стр. 85. Morison цитира поједине судске одлуке, те понашања појединих уговорника које описује речима: „If you go on and perform your side of the contract I will not perform mine”. Иначе, аутор говори о одбијању извршења уговора, о игнорисању постојећег уговорног односа, али цитирамо га зато што појам неоснованих раскида управо и схватамо на тај начин, а наиме, као манифестовање воље једног уговорника да напусти конкретан уговорни однос.

повреде уговора, те даљег испитивања има ли места наступању и којих правних последица таквог понашања једног уговорника. Евентуалним пристанком на понуду за споразумни раскид, настаје споразум – уговор, те тиме, тренутком сагласности изјављених воља, престаје да постоји раније закључени уговор. На тај начин, други уговорник понашању свог сауговорача „одузима” епитет повреде уговора, те нестаје и основ за његово санкционисање. Прва уговорна страна, дакле, не може неоснованом изјавом воље раскинути уговор, јер уговор не може престати да постоји вољом једне стране без испуњења одређених услова. Међутим, таквим понашањем свог сауговорача друга страна стиче право да учини крај уговору, тако што ће изјавом њене воље настати споразум о раскиду.<sup>683</sup> Дакле, уговорник, пријемник неосноване раскидне изјаве, на тај начин претвара тзв. неосновани (недозвољени) раскид у споразумни (дозвољени) начин престанка уговора.<sup>684</sup> Како је уговор престао да постоји сагласним изјавама воља, потпуно је небитно од које је уговорне стране понуда за раскид потекла. Из основног дејства раскида, а то је престанак постојања уговора, произлазе даље последице, али то су сада последице раскида уговора, а не последице његове повреде/неизвршења/непоштовања. Те последице, о којима смо детаљно писали у првој глави другог дела рада, зависе пре свега од тога да ли раскид дејствује ретроактивно или само за убудуће.<sup>685</sup>

Може се поставити и следеће питање: како се други уговорник мора понашати да би првом ставио до знања да прихвата његову понуду за раскидом? Јер, може се десити и следећа ситуација – први уговорник погрешно протумачи понашање другог као пристанак на раскид. Тада и даље остајемо на пољу неоснованих раскида јер потпуно је ирелевантно са

---

<sup>683</sup> C. V. Morison, *op. cit.*, стр. 17.

<sup>684</sup> M. N. Venturi Zen-Ruffinen, *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Geneva 2007, стр. 457.

<sup>685</sup> Будући да је реч о споразумном раскиду, правило је да ће раскид дејствовати за убудуће, осим уколико се странке не договоре другачије, што ће се ретко десити у пракси. Последње из разлога што споразумни раскиди почивају на логици постојања уговора све док он одговара интересима обе уговорне стране, те би, због тога, било нелогично настојање да се пониште сва дејства која су до тада произведена.

становишта права, да ли је један уговорник покушао раскинути уговор без основа, или је пак учинио понуду за споразумни раскид, па је, иако позитивног одговора није било, он сматрао да је до споразума дошло. Оба случаја су истоветна са становишта последица које ће настати и оба случаја су обухваћена појмом неоснованих раскида, то јест неоснованих покушаја раскида изјавом воље (разлика би постојала евентуално на плану савесности).

Најједноставнија ситуација би била онда када би други уговорник активним понашањем, и то изричитом изјавом воље, ставио до знања првом уговорнику да прихвата његову понуду.<sup>686</sup>

У том смислу, занимљива је пресуда Привредног апелационог суда<sup>687</sup>, Пж. 1542/2012 од 18. априла 2012. године. Наиме, тужилац је, насупрот одредбама 300, тужбом тражио да се уговор раскине. Суд је заузео став да је тај захтев неоснован због немогућности суда да, у систему вансудског раскида, својом одлуком раскида уговор. Међутим, тужени су у одговору на тужбу навели да прихватају раскид уговора и уједно траже противтужбом „да им тужилац накнади до сада уложена средства у реализацији уговора, као последицу раскида који су прихватили”. Неспорно је, дакле, да у конкретном случају постоји намера уговорника да прихвате очигледно неосновани тужбени захтев као понуду за споразумни раскид.

Као пристанак на понуду за споразумни раскид требало би схватити и изјаву воље конклюдентним радњама.<sup>688</sup> На пример, купац продавцу враћа примљену ствар на име уговора и тиме не само да изјављује прећутно вољу да пристаје на раскид, већ прихвата и своју обавезу на реституцију као обавезу раскида. Сличан пример, који бисмо могли подвести под пристанак на споразумни раскид конклюдентним радњама, имали бисмо под

---

<sup>686</sup> Више о активном понашању видети код: С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 257.

<sup>687</sup> Пресуда Привредног апелационог суда<sup>687</sup>, Пж. 1542/2012 од 18. априла 2012. године, ParagraphLex.

<sup>688</sup> С. Перовић, *Облигационо право*, стр. 257–258.

претпоставком да из управо цитиране пресуде<sup>689</sup> Привредног апелационог суда произлази да тужени у одговору на тужбу није изричито навео да пристаје на раскид, већ да је само захтевао „накнаду уложених средстава у реализацији уговора”, као последицу раскида.

Шта се дешава у случају да поверилац изјави да раскида уговор, али упркос томе што изјава није заснована на ваљаним разлозима, дужник не покрене судски поступак ради утврђивања њене основаности? Како је неоснована, изјава дакле не производи раскидно дејство. Међутим, након саопштавања своје раскидне намере дужнику, логично је да ће се поверилац сматрати ослобођеним свих уговорних обавеза. То би био пример неизвршавања уговорних обавеза, то јест повреде уговора, будући да је уговор и даље на снази. Међутим, како дужник не поставља питање постојања повреде уговора, односно не покрене судски контролни поступак, не пристаје ли он ипак на раскид уговора?

Спорно би било питање тумачења дужниковог понашања у ситуацији када би на повериочеву понуду одговарао ћутањем, то јест пасивним понашањем. Да ли се ћутање може схватити као пристанак на споразумни раскид или је, пак, у питању његово одбијање? Сматрамо да би одговор на то питање требало потражити у одредбама 300.

Одредбом члана 42 става 1 300 прописано је да ћутање<sup>690</sup> понуђеног не значи прихватање понуде. Изузеци од става 1 предвиђени су у наредним ставовима истог члана, у којима се тачно прецизира у којим ситуацијама ће се ћутање сматрати прихватањем понуде. Закључујемо, дакле, да ћутање, по правилу, не само да се не може схватити као прихват понуде, већ представља пасивно понашање које и нема значај изјаве воље.<sup>691</sup>

---

<sup>689</sup> Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1542/2012 од 18. априла 2012. године, ParagraphLex.

<sup>690</sup> Више о „ћутању” вид.: М. Орлић, *Ћутање понуђеног као знак пристајања према 300*, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2, Београд 2004, стр. 5–54.

<sup>691</sup> О пасивном понашању вид.: С. Перовић, *Облигационо право, op. cit.*, стр. 258–264.

Стога, неоснована изјава воље усмерена на раскид која није прихваћена од другог уговорника, остаје без ефекта а конкретан уговор и даље на снази.<sup>692</sup>

У случају да се дужник, који је у првом тренутку на неосновани раскид одговорио ћутањем, након извесног времена „предомисли”, те изјави да прихвата понуду за споразумни раскид уговора, проблем би се решавао на пољу дејства неосноване изјаве. Питање би се свело на следеће: да ли неоснована изјава и даље има дејство понуде за споразумни раскид, те колико дуго, након што је саопштена другој страни задржава карактер понуде за споразумни престанак уговора?

Сматрамо да би одговор требало тражити у вољи учиниоца понуде. Не би се смело поћи од претпоставке да би он био обавезан својом понудом и у неком каснијем тренутку када је дужник евентуално „пожелео” да ипак изађе из уговора. Дужничково ћутање, то јест неприхватање понуде за раскид, ставља до знања повериоцу да уговор ипак остаје на снази. Он тада може наставити да извршава своју уговорну обавезу и да у том испуњавању дође у ту фазу да више и нема намеру да раскине уговор. Отуда би се евентуална накнадна дужничкова изјава да прихвата понуду могла сматрати само евентуалном новом понудом за споразумни раскид уговора.

Требало би, на овом месту већ, констатовати и следеће: неоснована изјава воље може се схватити, као што смо писали у овом поглављу, као понуда за споразумни раскид уговора. У питању је раскид уговора који у крајњем зависи од пристанка уговору верне стране. С друге стране, након неосноване изјаве воље такође може да уследи раскид уговора, али не споразумни, него једностранни. То ће бити ситуација када неосновану изјаву схватимо не као понуду за споразумни раскид, већ као повреду уговора која се може квалификовати као раскидни разлог. Тада поново долази до раскида уговора, али једностраног, а не споразумног. На први поглед, може нам се учинити небитним да ли је дошло до споразумног или једностраног раскида,

---

<sup>692</sup> С. В. Morison, *op. cit.*, стр. 85.

те да ли смо неосновану изјаву воље схватили као понуду за споразумни раскид или раскидни разлог као услов за једностранни раскид, посебно имајући у виду да је у оба случаја пресудна улога воље уговорника коме је упућена неоснована раскидна изјава.

Разлика је ипак значајна, а видљива је на плану последица неосноване изјаве воље. У првом случају, када неосновану изјаву схватимо као понуду за споразумни раскид, споразумни раскид не представља никакву повреду уговора већ нови уговор. Неоснована изјава, такође, није схваћена као повреда уговора, те не може представљати ни основ за наступање правних последица повреде уговора.

У другом случају, неосновану изјаву управо схватамо као повреду уговора и чак као повреду која се квалификује као раскидни разлог, те даје право другој уговорној страни да уговор једностранно раскине због неизвршења. Тада се, међутим, поставља додатно питање, а то је проблем настанка појединих правних последица неизвршења уговора. Раскид уговора, у виду права које је стекла уговору верна страна, била би само једна од последица. Осим раскида, постојало би и право на накнаду штете, које би се могло остварити уз право на раскид уговора. С друге стране, последица неизвршења би било и право на извршење које настаје за уговору верну страну, али се оно не би могло остварити јер је контрадикторно праву на раскид.

Како ће бити квалификована неоснована изјава, те да ли ће доћи до једностраног или споразумног раскида (као и да ли ће уопште доћи до раскида) зависи од уговорника коме је саопштена раскидна намера. Будући да су разлике у последицама, то ће управо и бити предмет оцене уговорника, која ће га и довести до коначног избора. Како право на накнаду штете, те могућност њене наплате настаје као последица неизвршења уговора, а не раскида уговора, јасно је да та последица (то јест њен одређени облик) може бити изречена уз једностранни раскид, а не и споразумни. То ће, вероватно, у пракси, уговорнике опредељивати да се одлуче за једностранни раскид,

односно квалификацију неосноване изјаве као раскидног разлога, а не понуде за раскид.

У делу о последица неосноване изјаве, писаћемо поново о неоснованој изјави као раскидном разлогу, те објаснити да се не може у свакој ситуацији полазити од тога и то схватити као правило. Сматрамо да се неоснована изјава само под одређеним условима може схватити као раскидни разлог. Поменути условима посветићемо нека од каснијих поглавља овог рада.

**ДРУГА ГЛАВА**

**ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ**

**УСМЕРЕНЕ НА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ**

**НЕИЗВРШЕЊА**

**I ПОСЛЕДИЦЕ НЕОСНОВАНЕ ИЗЈАВЕ ВОЉЕ**

**1. Уводне напомене**

Уместо увода у правом смислу те речи, указаћемо на, по нама, једну од највећих заблуда које могу да нам се догоде приликом решавања проблема званог неосновани раскиди. Погрешна полазна премиса нужно ће нас одвести у потпуно супротном смеру. Инспирацију за овај одељак нашли смо у низу текстова (које ћемо цитирати у даљем излагању), чији су аутори настојали да на „најбезболнији” начин реше ово питање. Међутим, право је, пре свега, систем правила која се морају поштовати, а с друге стране, колико год то често правницима тешко падало, проблеми се морају решавати у



оквиру постојећих правних института, који се опет могу применити само уколико су испуњени услови прописани за њихову примену. Сведоци смо да се правници често, чини нам се олако, позивају на поједине институте права, не улазећи у срж проблема и питање има ли заиста услова за примену поједине норме. Иако у основи права јесте правичност, то ипак не значи да се увек може одлучивати на начин који нам се чини најлогичнијим, те најправичнијим. Чињенично стање мора подробно да се анализира и да се након тога подведе под одговарајуће норме. Логика и правда не смеју нам бити изговор за изигравање правних норми, те подривање једног система права, већ супротно. Отуда, у случају неосноване изјаве воље о раскиду саопштене другој страни, морамо претходно одговорити на многа питања да бисмо на крају дошли до одговора има ли уговора или не и да бисмо се након тога определили за одговарајуће санкције.

Сматрамо да највећа грешка настаје питањем да ли би суд у случају неосноване раскидне изјаве требало обавезати повериоца да надокнади насталу штету или да уговор одржи на снази.<sup>693</sup> Следећа грешка је одређивање критеријума за избор између те две санкције, а у смислу има ли изгледа да ће уговор на даље бити извршаван.

Слажемо се, међутим, да су писци текста који цитирамо осетили да се највећи проблем неоснованих раскидних изјава крије у чињеници да између тренутка саопштавања раскидне изјаве (чак не ни саопштавања, већ пријема) и тренутка у којем ће суд одлучити протиче одређени временски период. Што је време трајања конкретног временског периода дуже, то правна ситуација која на тај начин настаје постаје компликованија. Наиме, у фази неизвесности, сматрајући се ослобођеним уговора раскидом, поверилац може да закључи уговор са трећим лицем и да на тај начин доведе у питање извршење уговора чији је раскид остао у покушају. Чак ни те ситуације, према нашем мишљењу, не би смеле да добију значај критеријума за одлучивање о појединим санкцијама, а још мање за одлучивање о томе да ли ће уговор остати на снази.

---

<sup>693</sup> Н. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, *op. cit.*, стр. 276.

Прво, уговор нико не може одржавати на снази осим његових уговорника, као што га једино они и могу раскинути. Другим речима, уговор ће остати на снази уколико је изјава о раскиду била неоснована, као што ће, ако је она била основана, уговор престати да постоји. Суд не може одржавати уговор на снази својом одлуком, како коначном, тако ни одлуком у виду привремене мере (осим уколико су испуњени услови за ову последњу, о чему ћемо касније писати).<sup>694</sup> Одржати уговор привремено на снази судском одлуком, колико год изгледало примамљиво решење, које би док траје фаза неизвесности „терало“ уговорнике да извршавају уговорне обавезе, увелико би олакшало накнадну анализу основаности, а пре свега последица изјаве о раскиду уговора. Могуће је и да се сами уговорници споразумеју да у случају спора о основаности раскидне изјаве, а до коначне одлуке, наставе са извршавањем уговора. Такође, у ситуацији када би се након раскидне изјаве оба уговорника понашала на исти начин, било што би извршавали, било што би се сматрало ослобођеним од уговора, могло би се поставити питање постојања прећутног споразума. На овом месту истичемо да је основаност изјаве воље једина чињеница која може учинити крај уговору и обрнуто. Стога, у случају основаности, не постоји могућност „оживљавања уговора“ након пријема дужникове раскидне изјаве ни судском одлуком ни накнадним понашањем уговорника, које би се тумачило као „предомишљање“. Могуће је да се након изјаве о раскиду уговорник и даље понаша као да је у уговору. Разлози за то могу бити најразличитији. Могуће је да и сам давалац раскидне изјаве сумња у њену основаност, те остајањем у уговору до коначне судске одлуке смањује тежину, по себе штетних последица које могу наступити. Или му просто у спорној ситуацији, а из одређених разлога, ништа друго и не преостаје.

Друго, недопустив је избор појединих последица од стране суда, уколико би за основ имао и најмању дозу произвољности. Ако је дата основана изјава воље усмерена на раскид, раскид је наступио, уговор је престао да постоји, а последице ће зависити од дејства раскида. У супротном,

---

<sup>694</sup> *Ibid.*, стр. 277.

уговор је и даље на снази, те се поставља питање није ли неоснованом раскидном изјавом учињена повреда уговора, па уколико јесте, испуњава ли она услове за наступање одговарајућих санкција. Евентуално је могуће да, када конкретно чињенично стање створи могућност за то, право избора буде на дужнику, као жртви неосновне раскидне изјаве.

Неспорно је, дакле, да ће дужник, у случају пријема неосноване раскидне изјаве имати на располагању различита средства заштите својих интереса. Међутим, најтеже је питање која су то правна средства, односно које санкције ће погодити конкретну недозвољену раскидну изјаву.

## **2. Последице неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења**

Неспорно је да неоснована изјава воље усмерена на раскид доводи до одговорности даваоца изјаве.<sup>695</sup> Пошто је очигледно реч о повреди уговора, није спорно ни да је у питању уговорна одговорност. Питање последица које произлазе из неоснованих покушаја раскида уговора, којима ће и бити санкционисана повериочева уговорна недисциплина биће предмет нашег интересовања у наредним одељцима.

Наглашавамо да се питање последица повериочевог понашања поставља само под претпоставком да је у судском контролном поступку утврђена неоснованост дате изјаве о раскиду. Судски поступак контроле покреће се из разлога дужниковог оспоравања основаности повериочеве раскидне изјаве.

Проблем неоснованих изјава воље и њихових последица посматрамо из два угла. Стога је и сама природа неосноване раскидне изјаве, по нашем мишљењу, двојака. Постоје, такође, и два система санкција (последица) таквог повериочевог понашања, који се логично надовезују на поменуту двоструку природу повериочеве изјаве. До тог закључка дошли смо на основу

---

<sup>695</sup> Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, стр. 447.

досадашњих излагања заснованих на анализи упоредноправне теорије и праксе.

Прво, поћи ћемо од чињенице да неоснована изјава воље усмерена на раскид уговора нема раскидно дејство. Друго, покушаћемо да утврдимо које последице произлазе из претпоставке да је неоснована раскидна изјава повреда уговора.

## **II НЕОСНОВАНА ИЗЈАВА ВОЉЕ НЕ ДОВОДИ ДО РАСКИДА УГОВОРА**

### **1. Уводне напомене**

Након оспоравања основаности повериочеве раскидне изјаве, упркос вансудском систему раскида, уговорници улазе у судски поступак. Специфичност тог поступка је у томе што суд има само „контролну” улогу. Он, наиме, испитује да ли су испуњени услови за раскид, а зависно од тога утврђује и да ли је основана раскидна изјава саопштена дужнику. У случају да суд, након оспоравања повериочеве раскидне изјаве, а окончањем контролног поступка донесе одлуку којом утврди и потврди да је изјава воље повериоца усмерена на раскид неоснована, поставиће се питање последица тзв. неоснованог раскида.

Прва последица огледала би се у чињеници да раскидна изјава није произвела дејство на које је била усмерена.

***1. Неоснована изјава воље усмерена на раскид је изјава воље која остаје без правног дејства.*** Из тога произлазе две последице.

*1.1 Није дошло до раскида уговора, па се, самим тим, не може говорити ни о последицама раскида.<sup>696</sup>*

*1.2 Како је уговор као извор права и обавеза и даље на снази, на снази су и обавезе уговорника да извршавају све дуговане престације.*

Након што суд донесе одлуку којом утврди (и потврди) да је повериочева изјава без основа, те да до раскида није ни дошло, односно да је уговор све време на снази, поставља се питање понашања уговорника током тзв. фазе неизвесности, која траје од тренутка пријема повериочеве раскидне изјаве до тренутка доношења судске одлуке о основаности саопштене раскидне изјаве.

## **1. Понашање повериоца током трајања и након тзв. фазе неизвесности**

### 1.1 Поверилац испуњава своје обавезе, али са закашњењем

1.1.1 Поверилац је, од тренутка саопштавања раскидне изјаве дужнику, верујући у њену основаност, престао да извршава уговорне обавезе, а након одлуке суда о неоснованости те изјаве наставио је да извршава уговор. Поверилац је, дакле, извршио своје обавезе, али са закашњењем (узрокованим веровањем у успех своје раскидне изјаве). Због тога морају уследити санкције за задоцнелост испуњења.

1.1.2 Такође, дужник може одбити да прими понуђено испуњење за које више, услед задоцњења, нема интереса, иако уговор и даље одржава на снази, надајући се испуњењу неких других обавеза из уговора.

1.1.3 Из разлога наведеног у тачки 1.1.2 дужник може и да раскине уговор, јер у смислу 300 и закаснило испуњење може имати значај раскидног разлога.

---

<sup>696</sup> Отуда у ситуацијама неоснованих раскидних изјава нема места захтеву за реституцијом, тј. повраћајем ствари јер је претпоставка реституције престанак уговора, и то раскидом са ретроактивним дејством.

## 1.2 Поверилац не испуњава своје обавезе

1.2.1 Након судске одлуке, поверилац може и даље одбијати да изврши уговорне обавезе. Неосновано игнорисање уговорних обавеза од стране повериоца може бити повод за један од два сценарија.

1.2.1.1 Дужник, као жртва раскида, може да раскине уговор ако су испуњени услови за то.

1.2.1.2 Очигледно је да поверилац неће испунити обавезу, али дужник ипак не раскида уговор (на пример, у интересу му је да уговор и даље буде на снази јер се нада да ће поверилац извршити неке друге обавезе настале из уговора).

У овом случају (1.2) реч је о коначном неиспуњењу конкретне обавезе, што је поново неопходно санкционисати.

Оно што је, пак, заједничко случајевима под 1.1. и 1.2 јесте то што смо пошли од претпоставке да поверилац након покушаја раскида није даље изршавао своје обавезе. Ово из разлога што нам се чини логичним да уговорник који покушава да раскине уговор верује да ће у томе успети, те се од тог тренутка сматра „уговорно” слободним.

## 1.3. Поверилац је у року извршио своје обавезе

Наравно, могуће је и претпоставити другачије: да је поверилац и након што је саопштио да раскида уговор наставио са његовим извршавањем, полазећи од тога да ће на тај начин, у случају неуспеха, избећи последице типа – затезне камате, уговорне казне због задоцњења, накнаде штете због доцње... (задоцњење би се у том случају односило на тренутак од покушаја раскида до испуњења, након сазнања исхода судског поступка). Стога, уколико је након раскидне изјаве која је остала без дејства поверилац наставио да извршава своје обавезе, нема право ни на какав „повраћај” јер је уговор све време био на снази.

Описали смо могуће ситуације повериочевог понашања након покушаја раскида. С друге стране, за питање његових последица, битно је испитати и дужниково понашање након тренутка у којем му је поверилац (без права да то уради, али ипак) саопштио да раскида уговор. Наредни одељак ћемо посветити понашању дужника током трајања и након тзв. фазе неизвесности.

## **2. Понашање дужника током трајања и након тзв. фазе неизвесности**

### **2.1 Дужник је у року извршио своје обавезе**

Прво, дужник је могао и поред примљене изјаве о раскиду наставити да се понаша као да је уговор на снази, сматрајући повериочеву изјаву неоправданом и верујући у такав исход судског накнадног поступка.

### **2.2 Дужник (ни)је извршио своје обавезе након доношења судске одлуке**

С друге стране, могуће је и да је дужник након повериочеве (неосноване) раскидне изјаве, престао да извршава своје обавезе. На такав корак дужник се могао одлучити, на пример, видевши да се поверилац након што му је саопштио да раскида уговор, понаша као да уговор више не постоји.

У случају да суд оконча контролни поступак у корист дужника (утврди да раскидна изјава није имала моћ да раскине уговор), поставља се питање последица таквог дужниковог понашања, односно потребе да се оно санкционише, било због задоцњења у испуњењу (уколико након одлуке суда дужник ипак изврши дуговане престације), било због коначног неиспуњења (у случају да дужник ни након одлуке суда не настави да извршава своје обавезе).

У случају да је дужник задоцнио са испуњењем, сматрамо да поверилац ипак не би имао право на накнаду штете, а из разлога што је дужник престао да извршава обавезе односно зато што је задоцнио са испуњењем баш због

понашања самог повериоца. Такође, дужниково задоцњење у извршењу не би могло, из истог разлога, имати ни значај раскидног разлога у корист повериоца.

С друге стране, повериочево недозвољено понашање ипак не би ослободило дужника обавеза које је уговором преузео јер је уговор све време на снази. Стога би било места санкционисању дужниковог одбијања испуњења које би се наставило и након престанка фазе неизвесности.

### **3. Улога суда након престанка тзв. фазе неизвесности**

О последицама раскидних изјава воље које поверилац није успео да оправда могло би се говорити и из угла поступајућег судије. Претпоставимо да се води судски /арбитражни поступак у којем поверилац истиче захтеве за реституцијом и накнадом штете због неиспуњења. У случају неосноване изјаве, прва последица ће бити та што ће судија одбити захтев за реституцијом.

Друга последица односила би се на одлучивање о евентуалном захтеву повериоца за накнаду штете. У случају да је судија утврдио да је било раскидног разлога, подразумева се да је, самим тим, било и повреде уговора јер је раскидни разлог уједно и вид неизвршења, то јест повреде. Уколико је та повреда била и узрок штете коју је дужник претрпео, био би усвојен и тужбени захтев за накнаду штете. Међутим, занима нас ситуација у којој је суд утврдио да нема места раскиду. То никако не би аутоматски значило да нема повреде уговора која би могла бити оправдање усвајању захтева за накнаду штете. Могуће је да нема повреде која би имала ту тежину да се квалификује као раскидни разлог, али да обавезе ипак нису извршене у складу са уговорним одредбама, те да је тиме другом уговорнику нанета штета.

На крају, сматрамо да би на овом месту било корисно цитирати ауторе који пишу о „ништавости” раскидне изјаве, наглашавајући на тај начин да



њена неоснованост осујећује њено раскидно дејство.<sup>697</sup> Покушавајући да што верније опишу неосноване раскиде поједини правници истичу и да ништавост узрокује повраћај у пређашње стање, у тренутак који је претходио покушају раскида, те да се на тај начин може говорити о „ренесанси уговора”, која би довела до тога да су уговорници принуђени да поново извршавају своје обавезе.<sup>698</sup> Сматрамо да постоји опасност да такви ставови, уколико би се узимали без резерве, буду погрешно тумачени, у смислу да је ипак реч о покушају симболичног, па и сликовитог, објашњења појма неосновани раскиди. Овде није реч ни о каквом повраћају у пређашње стање у правом смислу те речи, већ о чињеници да је уговор све време на снази. Посебно „опасном” сматрамо употребу речи „поново”, у смислу да су уговорници поново дужни да извршавају уговорне обавезе, из разлога што су они то били дужни да чине све време. Такође, у случају повреде уговора неоснованим раскидом, нема места „одржавању уговора на снази”<sup>699</sup> – уговор је све време на снази. Можемо констатовати само да су након судске одлуке о неоснованости раскида уговорници „начисто” са тим да је уговор на снази, те да обавезе нису престале, већ да ће се, напротив, сада поставити и питања евентуалног кашњења у њиховом извршавању, накнаде штете, затезне камате или, пак, уговорне казне, зависно од конкретне ситуације.

---

<sup>697</sup> M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Paris 2013, стр. 405; C. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 386.

<sup>698</sup> C. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 386.

<sup>699</sup> M. Jaouen, *op. cit.*, стр. 406.

### III НЕОСНОВАНА ИЗЈАВА ВОЉЕ ЈЕ ПОВРЕДА УГОВОРА

#### 1. Уводне напомене

Став да је неоснована изјава воље својеврстан вид повреде уговора изнели смо у одељку под насловом „Да ли је неосновани раскид повреда уговора?” Такво становиште смо заузели након испитивања самог појма повреде уговора, с једне стране, као и појма неосноване изјаве воље усмерене на раскид, с друге стране. На овом месту зато нећемо прибећи непотребном понављању да не бисмо оптерећивали текст сувишним излагањима, већ ћемо поћи од претпоставке да је неоснована изјава воље обухваћена појмом повреде уговора.

У овом одељку настојимо да одговоримо на питање које последице произлазе из чињенице да је поверилац својим понашањем повредио уговор. У одговору не бисмо смели да заборавимо да је неоснована раскидна изјава специфичан вид повреде уговора, те да се у вези са тим и мора испитивати могућност изрицања сваке појединачне правне последице неизвршења уговора.

О последицама повреде уговора и појединим питањима у вези са тим говорили смо у другом делу овога рада, па ћемо се на овом месту њима бавити само у оној мери у којој могу да имају додирне тачке са неоснованом изјавом воље усмереном на раскид, односно само у оној мери у којој могу да дођу у обзир као евентуалне последице поменуте неосноване изјаве.

Пре анализе сваке од могућих последица појединачно указаћемо на циљ који се њима настоји постићи. Већ више пута смо истакли да је настанак тзв. фазе неизвесности највећи проблем који ствара појава неоснованих раскидних изјава. Та фаза настаје оспоравањем основаности саопштене раскидне изјаве, те покретањем судског контролног поступка. Наиме, између тренутка саопштавања/пријема раскидне изјаве и одлуке суда о њеној основаности може да прође дуже време. Поједини аутори говоре о томе да након одлуке суда којом је утврђена неоснованост дате изјаве о раскиду

долази до ренесансе, реуспостављања, оживљавања уговора, тачније, они то виде као циљ који се мора испунити.<sup>700</sup> Тај циљ се постиже управо изрицањем одговарајућих санкција као последица неосноване раскидне изјаве.

Наше виђење је другачије. Није реч ни о каквој ренесанси уговора; не може оживљавати уговор који је све време трајања контролног поступка био „жив”. Неки вид „оживљавања” ипак постоји. Ипак, то је више „оживљавање” самог односа међу уговорницима, који је у фази неизвесности, у ишчекивању судске одлуке, био на неки начин паралисан; уколико су се, што се може очекивати, оба уговорника понашала као да је уговор заиста и раскинут. У фази неизвесности, симболично речено, као да је уговор формално био на снази, а фактички раскинут, јер га у том периоду најчешће оба уговорника игноришу. Након одлуке суда о неоснованости раскида, те констатације да је уговор све време на снази, уговорници се не могу једноставно вратити уговору од тренутка судске одлуке, бришући период у којем су игнорисали уговор. Да би се заиста „све вратило на старо”, као да раскидне изјаве није ни било, неопходно је поставити питање извршења неизвршених а доспелих престација, као и евентуалних санкција за задоцњење, или чак коначно неиспуњење уговора, а све у светлу идеје о неоснованом раскиду као повреди уговора, те чињенице да је пре свега повериочеве понашање неопходно санкционисати. Што се тиче самог дужника, који је можда престао неко време да извршава уговор, верујући у основаност раскида повериоца, не би требало заборавити да ће му припасти право да изабере да ли да раскине уговор или да не оствари евентуално стечено право на раскид и тако одржи уговор на снази. Ако дужник одлучи да уговор одржи на снази, он мора да настави да извршава своје уговорне обавезе, уз евентуално плаћање камате због задоцњења, па чак и уколико је доцнио чекајући одлуку суда јер наше право прихвата објективни појам доцње. Што се тиче накнаде штете, одговорности (кривице у смислу члана 263 300) као неопходног услова, нема на страни дужника, те зато не може ни настати његова обавеза на накнаду

---

<sup>700</sup> С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 387.

штете. Уколико је, међутим, дужник знао да поверилац неосновано раскида уговор и да ће то потврдити одлука суда, питање је да ли је дужник остао савестан. Међутим, сматрамо да поверилац не би могао стећи право на накнаду штете јер је штета проузрокована управо његовим понашањем.

Стога, да би се судска одлука извршила, неопходно је коначно пребродити фазу неизвесности, а то се, као што смо управо описали, постиже утврђивањем одговарајућих правних последица неосноване раскидне изјаве. Овде пре свега мислимо на стицање (и евентуално остварење) права на раскид жртве неоснованог раскида, као и његово право да од повериоца, као учиниоца повреде уговора, захтева накнаду штете и извршење.

Међутим, и поред тога остаје бојазан да ли ће увек бити могуће „превазићи” фазу неизвесности, посебно у ситуацијама покушаја раскида трајних уговора, у којој је између саопштавања/пријема неосноване раскидне изјаве и судске одлуке протекло дуже време. Проблем је свакако највећи онда када се након дуже фазе неизвесности захтева извршење уговора,<sup>701</sup> а уговорник од кога се то захтева није више у могућности то да испуни, било из разлога фактичке, било правне природе.<sup>702</sup> Тада правници, с правом, постављају питање: нисмо ли дошли у ситуацију да истичући ништавост раскидне изјаве, с једне стране, признајемо њене ефекте, с друге стране?<sup>703</sup>

О могућностима изрицања различитих последица неизвршења уговора и неопходних услова за то писали смо уопштено у другом делу рада. Сада ћемо писати о истом, али само из угла неоснованог раскида као повреде уговора и извора поменутих последица.

---

<sup>701</sup> M. N. Venturi Zen-Ruffinen, *op. cit.*, стр. 459. Аутор пише о појединим трајним уговорима у швајцарском праву и могућности њиховог раскида у оправданим ситуацијама, то јест уз постојање оправданих мотива (разлога). Иако је реч о специфичним уговорима, проблеми о којима аутор пише слични су онима о којима и ми расправљамо на овом месту. Наиме, аутор сматра да уговорна страна која је жртва неоснованог (неоправданог) раскида не може увек остварити право на извршење, иако је неспорно да је сам раскид без оправданих разлога својеврстан вид повреде уговора. Наиме, он указује на проблем који настаје када се трајни уговор не извршава дуже време („...longue periode d’inactivite contractuelle...”) и сматра да у тим случајевима постаје немогуће поново „активирати” уговорни однос.

<sup>702</sup> C. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 387.

<sup>703</sup> *Ibid.*

## 2. Право дужника (жртве неоснованог раскида) на раскид уговора

Поменули смо више пута да би, према нашем мишљењу, проблем последица неоснованих раскида требало решавати у вези са самим појмом овог правног института. Како под неоснованом изјавом воље схватамо изјаву која представља повреду уговора (као и изјаву којој је ускраћено раскидно дејство, чиме смо посветили претходни одељак), у том правцу настојимо пронаћи и правне последице повериочевог понашања.

У овом поглављу нећемо изнети ништа ново. Оно ће представљати синтезу оних поглавља у којима смо писали о неоснованом раскиду као раскидном разлогу, о неоснованом раскиду као понуди за споразумни раскид и уопште о праву на раскид као једној од последица неизвршења уговора, односно односу појмова повреде уговора и раскидног разлога.

### 2.1 Прећутан одустанак од раскида

У арбитражној пракси наишли смо на једну интересантну квалификацију понашања уговорника. У поменутом случају,<sup>704</sup> неколико дана након слања изјаве о раскиду, уговорник је наставио да се понаша као да је уговор и даље на снази, у смислу што је подносио захтеве суду, подразумевајући постојање уговора, закључивао друге уговоре, који су такође подразумевали постојање претходног. Стога је веће оценило да је уговорников раскид уговора „супротан каснијим радњама и становиштима”. Његово понашање након учињеног раскида окарактерисано је као „прећутан одустанак од уговора”.

У члану 130 ЗОО прописује се обавеза повериоца, који због неиспуњења дужникове обавезе раскида уговор, да то саопшти дужнику без одлагања. Тренутком у коме изјава о раскиду уговора почиње да производи правно дејство, наши правници сматрају онај у којем дужник прима

---

<sup>704</sup> ICC Case No. 13798/AVH од 27. априла 2006. године.

саопштење о раскиду уговора.<sup>705</sup> Оправдање за такво тумачење члана 130, а у вези са тим и одређивање тренутка престанка уговора налазимо у теорији пријема.<sup>706</sup> У члану 31 300 прописано је да је уговор закључен оног часа кад понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду. Логично је онда да се и за одређивање тренутка од када дејствује раскидна изјава воље примени теорија пријема.

Стога, уговор престаје да постоји тренутком пријема изјаве о раскиду, те наступају и све последице раскида уговора, јер је раскидном изјавом воље укинута до тада постојећи основ обавезивања странака. Како је онда могуће да након извесног времена сматрамо да је уговор „оживео”? Да ли је правно допуштено да чињеница да се поверилац „предомислио” након раскида и наставио да се понаша као да уговор и даље постоји мења значење члана 130 300, који се недвосмислено тумачи у смислу престанка уговора тренутком пријема изјаве? И на крају, имајући у виду поменуто одредбе 300, да ли наше право познаје установу „прећутног одустанка од раскида”? Чини се да је одговор на сва три питања негативан.

Ситуација у којој би се изјава о раскиду могла опозвати била би могућа само у случају када би евентуални опозив стигао пре или истовремено са изјавом о раскиду.<sup>707</sup> Тачније, то би било повлачење раскидне изјаве. Али, сигурно је да о „одустанку од раскида” не може бити говора. Уколико је поверилац једном раскинуо уговор, питање опозива се и не поставља јер је уговор у моменту када је дужник примио изјаву о раскиду престао да постоји.<sup>708</sup> Разлог је, дакле, једноставан: раскид производи дејство тренутно, то јест наступа оног тренутка када је раскидна изјава примљена.<sup>709</sup>

---

<sup>705</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 257; Ј. Перовић, *Изјава о раскиду као услов за раскид уговора због неиспуњења обавезе, op. cit.*, стр. 484.

<sup>706</sup> Ј. Перовић, *Изјава о раскиду као услов за раскид уговора због неиспуњења обавезе, op. cit.*, стр. 484.

<sup>707</sup> Радило би се о аналогној примени члана 36 300, којим се регулише ситуација опозива понуде.

<sup>708</sup> С. Перовић, Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 253.

<sup>709</sup> Наравно, само у случају да је раскидна изјава била основана, то јест заснована на раскидним разлозима прописаним законом.

Оно што веће у поменутом спору сматра „прећутним одустанком од уговора”, по нама је само евентуална понуда за поновно закључење уговора између истих уговорника и под истим условима. А сви акти које је, под претпоставком да уговор и даљег постоји, уговорник предузимао након раскида, били би акти предузети од неовлашћеног, трећег лица, односно неугговорника.

У истој пресуди се, на крају, наводи и да је у спорном случају уговор и даље на снази, те да се тужбени захтев за утврђењем да је уговор раскинут одбија као неоснован, а да га неоснованим чини управо накнадни „прећутни одустанак”. Нагласили бисмо само да се основаност раскида не може утврђивати на основу понашања повериоца након раскида, већ искључиво пре саме изјаве о раскиду. Оправданост раскида испитује се с обзиром на постојање раскидних разлога (одређеног вида неизвршења/непоштовања уговора) који морају претходити раскидној изјави, јер како би је другачије и могли оправдати. Други разлог због којег се не слажемо са таквим ставом већ смо изнели, а тиче се тумачења члана 130 ЗОУ.

Уколико је, пак, изјава воље о раскиду била непоткрепљена оправданим разлозима, она је неоснована, те би уговор остао на снази. Али и тада се не би радило о „прећутном одустанку од раскида”, већ о томе да до раскида није ни дошло јер услови за то нису били испуњени.

Закључак би био следећи: „прећутни одустанак од раскида” не може да се догоди вољом једне уговорне стране, већ само сагласношћу воља оба уговорника. Отуда, ако и друга страна прихвати позив за „одустанак од раскида”, то ће значити прихватање понуде за закључење новог уговора између истих уговорника. Како се термин „одустанак” увек везује за постојање раскидне воље само једног уговорника, апсолутно је неадекватан за употребу у управо описаној ситуацији.

## 2.2 Раскид уговора не може бити санкционисан

Према члану 124 ЗОО, „у двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавезе или, под условима предвиђеним у идућим члановима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете”.

Из саме формулације цитираног члана несумњиво је да се уговор може, а не мора раскинути. Једино се морају поштовати услови под којима се уговор може раскинути (што је питање основаности раскида) и начин на који ће се раскид реализовати (што је питање формалних услова за остваривање стеченог права на раскид). Страна верна уговору може имати различите мотиве за остваривање свог права на раскид: извршење које добија може да буде толико различито од уговореног или је пак толико каснило да више не постоји интерес уговору верне стране да остане у таквом уговорном односу; у другим пак ситуацијама (на пример, када је дужник инсолвентан, па не може да изврши своје уговорне обавезе ни да надокнади евентуално насталу штету) верни уговорник ће једино раскидом моћи остварити своје интересе.<sup>710</sup>

О праву на раскид смо писали већ у првим поглављима овог рада. Инспирацију за овај поднаслов нашли смо у једној пресуди из наше арбитражне праксе у којој се наводи да „према члану 124 ЗОО једина санкција за скривљени раскид уговора јесте накнада штете”.

Прво питање које постављамо јесте како остваривање било ког права може бити санкционисано. Санкционише се неизвршење обавезе, а не неостваривање права, а још мање има места санкционисању ситуације која представља вршење права од стране његовог имаоца. О накнади штете која је настала на основама остваривања права на раскид могло би се евентуално говорити само у случају злоупотребе тог права.<sup>711</sup> Чини се да то није *ratio*

---

<sup>710</sup> O. Lando, H. Beale, *op. cit.*, стр. 409.

<sup>711</sup> О накнади штете као последици абузивног раскида уговора са неодређеним трајањем вид.: J. Guenot, *op. cit.*, стр. 235–299.



члана 124 ЗО. Формулацијом „...а у сваком случају има право на накнаду штете” законодавац нам само ставља до знања да накнада штете као последица повреде уговора може бити изречена како уз раскид уговора, тако и уз захтев за извршење истог. Накнада штете, као што смо више пута нагласили током овог рада, није санкција за раскид уговора и није последица раскида уговора, већ и право на раскид и право на накнаду штете свој извор имају у неизвршењу уговора. Оба права, дакле, настају из истог чињеничног стања, али се услови за настанак сваког појединачно процењују различито. Такође, иако је основ њиховог постојања исти чињенични скуп, за накнаду штете је довољно да је у извршавању обавеза на било који начин одступљено од уговора и да је тиме проузрокована штета, док се за настанак права на раскид захтева да је конкретан вид неиспуњења такав да се може сматрати раскидним разлогом.

У истој пресуди се наводи и да је за питање накнаде штете „релевантно и то чијом је кривицом дошло до престанка уговора”. Уговор, међутим, не престаје нечијом кривицом. Уговор (у конкретном спору) престаје тако што је неко стекао право да учини крај његовом постојању раскидом. Уговор престаје, дакле, остваривањем права на раскид. Друго је питање узрока из којег настају право на раскид и право на накнаду штете. Због тога је за питање накнаде штете релевантно чијом је кривицом (ми бисмо уместо термина кривица користили одговорност, имајући у виду „осетљивост” члана 263 ЗО када је тај термин у питању) је дошло до неизвршења/повреде/непоштовања уговора, односно ко је проузроковао ситуацију која је постала подлога за настанак, а касније и остваривање права на накнаду штете. За остваривање права на раскид, пак, неопходно је утврдити постојање раскидног разлога. Да ли ће се раскид састојати у скривљеном неизвршењу или ће бити довољно и нескривљено неизвршење, зависи од решења конкретног правног система.

### 2.3 Када жртва неоснованог раскида стиче право на раскид?

На питање из наслова овог поглавља одговорили смо већ у делу рада у којем смо испитивали када се и под којим условима неосновани раскид може сматрати раскидним разлогом. Међутим, ако се сетимо и одељка у којем смо расправљали о томе да ли се неосновани раскид може схватити као понуда за споразумни раскид, чини се да би питање из нашег поднаслова захтевало потпунији одговор.

Постоје две ситуације у којима жртва неоснованог раскида стиче право на раскид. У првом случају, реч је о стицању права на једнострани раскид уговора, а у другом о споразумном раскиду.

Када је у питању прва ситуација, требало би одвојено посматрати понашање повериоца (као даваоца раскидне изјаве) и дужника (као жртве неоснованог покушаја раскида). Понашање дужника је критеријум за испитивање основаности повериоачеве раскидне изјаве. Аналогно томе, повериоачево понашање је критеријум за испитивање евентуалног стицања права дужника на раскид као једне од последица неосноване раскидне изјаве.

С друге стране, споразум о раскиду је природан и логичан начин престанка уговора,<sup>712</sup> те не постоји ништа што би могло спречити уговорнике да споразумно опозову раније закључени уговор, уколико то желе.<sup>713</sup> Због тога се у ситуацијама споразумних одустанака од уговора не поставља питање „понашања” уговорника током његовог трајања.

Дакле, уопштено говорећи, сам појам раскидног разлога не би требало везивати за један тренутак у времену. Раскидни разлог увек представља понашање уговорника посматрано у одређеном временском периоду. Када говоримо о понашању уговорника, мислимо на акте које предузимају, односно пропуштају да предузму од тренутка закључења уговора, ради његовог извршавања. С друге стране, подразумева се да се „пресек”, то јест

---

<sup>712</sup> Д. Хибер, *Престанак станарског права*, *op. cit.*, стр. 303.

<sup>713</sup> Р. S. Atiyah, *op. cit.*, стр. 248.

оцена понашања уговорника прави у једном временском тренутку, али опет имајући у виду одређени период времена.

Одговор на питање којим смо и насловили овај одељак своди се на питање постојања раскидног разлога, то јест испитивање да ли се у сваком конкретном случају понашање уговорника може квалификовати као раскидни разлог. Одлука о томе условљена је оценом не само понашања повериоца, већ и дужника, опет у одређеним временским периодима. Разлог је у томе што нас, као што смо већ писали, поимање неоснованог раскида као раскидног разлога подсећа на одраз у огледалу. Најпре је поверилац тај који настоји раскинути уговор, да би га убрзо затим, већ на другом кораку, дужник „победио” његовим оружјем. Поверилац се позива на раскидни разлог који не постоји јер се дужничково понашање, према оцени суда, тако не може окарактерисати. Повериочево понашање, међутим, може постати прави раскидни разлог из којег дужник стиче право на раскид.

Сада нас занима да ли дужник као жртва неоснованог повериочевог покушаја раскида може стећи право на раскид. За одговор на то питање неопходно је испитати понашање повериоца. Међутим, како је претпоставка испитивања повериочевог понашања неоснованост његове раскидне изјаве (јер у случају да је његова изјава била основана, уследио би престанак постојања уговора раскидом, те не би ни било места испитивању његовог понашања), а њена основаност или неоснованост утврђује се с обзиром на понашање дужника, отуда у овом поглављу инсистирамо на уговорном понашању оба уговарача.

Усмеримо сада пажњу на три временска тренутка:

1. тренутак закључења уговора;
2. тренутак давања (неосноване) раскидне изјаве од повериоца;
3. тренутак у којем се поставља питање дужничковог права да раскине уговор.

За испитивање понашања дужника (као жртве неосноване изјаве о раскиду) битан нам је период од тренутка закључења уговора до тренутка

када му је поверилац саопштио изјаву о раскиду уговора. Прво, логично је да се основаност повериочеве изјаве цени с обзиром на дужничково понашање које је претходило датој изјави. Друго, дужничкови накнадни поступци са циљем извршавања уговора не могу утицати на основаност претходно изјављене повериочеве раскидне воље. Због тога, у случају да се дужничково понашање до тренутка повериочеве изјаве о раскиду могло окарактерисати као раскидни услов, повериочева раскидна изјава учинила би крај уговору, који накнадно не би могао „оживети” услед чињенице што би дужник евентуално испунио своје заостале обавезе. Супротно, у случају да до тренутка покушаја раскида уговора дужничково понашање није испуњавало захтеве за стицање епитета раскидног услова, те уговор упркос раскидној изјави повериоца остао на снази, дужничково накнадно извршење тек сада не би утицало на раније дату изјаву о раскиду.

Чињеница да је изјава воље повериоца усмерена на раскид уговора због неизвршења била неоснована јесте претпоставка за поступак испитивања да ли су испуњени услови да дужник, као жртва раскида, стекне право на раскид. Отуда је неопходно утврдити, као претходно питање, да је поверилац учинио повреду уговора, а на начин што је, мимо предвиђених услова, покушао да раскине постојећи уговор. Другим речима, неопходно је да на страни дужника није постојао раскидни разлог на којем би поверилац заснивао своје право.

Као што смо више пута поновили, требало би раздвојити појмове повреде уговора и раскидног разлога. Неспорно је да се неоснованом изјавом воље усмереном на раскид уговора чини повреда уговора. Повреда се, дакле, састоји у неизвршењу, то јест престанку извршавања преузетих обавеза из разлога што ће се поверилац, по правилу, од тренутка саопштавања раскидне изјаве услед „наводног” дужничковог неиспуњења сматрати ослобођеним свих обавеза које имају основ у уговору. Због тога чињеница да је поверилац изјавио да раскида уговор а да раскидни разлог на дужничкој страни није постојао, његову раскидну изјаву чини неоснованом и даје јој карактер повреде. Све и да је поверилац након саопштавања раскидне изјаве (за коју

ће се накнадно установити да је била неоснована) наставио да испуњава уговором преузете обавезе, не бисмо могли говорити о конкретном виду неизвршења уговора с његове стране, али свакако би било оправдано његово понашање назвати злоупотребом института раскида, покушајем довођења свог сауговорача у заблуду да је уговор можда раскинут, а у сваком случају то би била повреда начела савесности и поштења, те једног фер поступања<sup>714</sup> који је циљ уговорног права. Све то није довољно да би се понашање повериоца<sup>715</sup> квалификовало као раскидни разлог и да би се на основу тога дужнику као жртви неосноване раскидне изјаве дало право на раскид уговор. Разлог је у тананој линији која разграничава појмове повреде уговора и раскидног разлога, који се често преплићу, али који нису синоними; штавише, број ситуација које могу да се подведу под појам раскидног разлога у пракси је далеко мањи од броја оних које ћемо у праву назвати повредом уговора.

Насупрот томе, за понашање повериоца, као критеријума утврђивања настајања дужниковог права на раскид, релевантан нам је како период од тренутка закључења до тренутка давања раскидне изјаве, тако и период од тренутка повериоцевог покушаја раскида до тренутка када постављамо питање да ли је дужник стекао право на раскид. Битно је, дакле, у којем је тренутку након закључења уговора, а у току његовог извршавања, поверилац изјавио да раскида уговор. Временски тренутак није битан сам по себи, већ као пресек – да ли је до тада и, ако јесте, у којој мери (у којем обиму) поверилац извршио своје уговорне обавезе? Да ли је покушао да раскине уговор након што је извршио скоро све своје обавезе или можда у тренутку када није ни почео да извршава уговор или, пак, након што је делимично извршио све или неке од својих обавеза? Дужник неће стећи могућност раскида ако је поверилац покушао неосновано да раскине уговор након што је извршио већи део својих обавеза, односно уколико је само незнатан део<sup>716</sup>

---

<sup>714</sup> Вид.: R. Zimmermann, S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000.

<sup>715</sup> О контроли понашања уговорника вид.: H. Ramparany-Ravololomiarana, *Le raisonnement en droit des contrats*, thèse, Paris 2009, стр. 401.

<sup>716</sup> Члан 131 ЗОО.

остао неизвршен. Међутим, далеко су спорније ситуације када поверилац делимично изврши своје обавезе, па након тога покуша неосновано да раскине уговор. Уколико би се сада дужник позвао на раскидни разлог, те изјавио да сада он раскида уговор, поново можемо завршити на суду, у судском контролном поступку који би покренуо поверилац да би доказао да, иако је његова раскидна изјава била неоснована, његово свеукупно понашање у погледу извршавања уговора не може бити квалификовано као раскидни разлог јер је знатан део својих обавеза испунио.

Закључак би био следећи: приликом оцене да ли у конкретном случају из неоснованог раскида друга страна може стећи право на раскид, не посматрамо само конкретну изјаву воље. Када би било тако, свака изјава воље би, самим тим што је неоснована, била раскидни разлог. Проблем је сложенији јер се мора ценити понашање повериоца, и то не само од тренутка закључења уговора до тренутка покушаја неоснованог раскида, већ и до тренутка у којем се дужник као жртва раскида позива на своје стечено право на раскид. Наиме, могуће да је повериочево понашање до тренутка покушаја неоснованог раскида имало карактер раскидног разлога, али да је након изјаве о раскиду (што је скоро незамисливо у пракси, али теоријски ипак могуће, пођемо ли од идеје да поверилац покушава да раскине уговор, али не верујући у успех саопштене изјаве наставља да га извршава, плашећи се евентуалних последица по њега неповољне судске одлуке) оно изгубило тај карактер.

Дакле, исте критеријуме за којима посежемо у испитивању основаности раскидне изјаве повериоца користимо и за одговарање на питање да ли је дужник (као жртва неосноване раскидне изјаве) стекао право на раскид. У оба случаја одговор је у постојању/непостојању раскидног разлога, који у првом случају повериочеву раскидну изјаву чини основаном/неоснованом, а у другом дужнику даје (не даје) право на раскид уговора због повериочевог понашања (неизвршења). Другим речима, у оба случаја утврђујемо постојање основа на којима се може засновати право на раскид.

Неспорно је право дужника као жртве неоснованог раскида да придружи своју раскидну изјаву повериочевој и да на тај начин неоснованој изјави воље усмереној на раскид одузме карактер повреде уговора и претвори је у прост предлог за споразумним раскидом уговора.<sup>717</sup> Идеја је у следећем – без обзира на то да ли је раскидна изјава воље основана или не, као и да ли ће произвести раскидно дејство или не, очигледно је да раскидна намера постоји. Уговорник који прима такву поруку свестан је тога да се може десити (чак и када би се накнадно утврдило да је уговор остао на снази, као и обавезе које свој извор имају у том уговору) да уговорник који је једном послао поруку да намерава да раскине уговор може да настави да га игнорише. Неоснована изјава воље претвара се у предлог за споразумни раскид, те уместо повреде уговора коју је неопходно санкционисати постаје део споразума о раскиду, а уместо последица повреде уговора могу наступити само последице раскида уговора. Како ће бити квалификована неоснована раскидна изјава, да ли ће доћи до једностраног или споразумног раскида, зависи од дужника као жртве неоснованог покушаја раскида. Чиме ће дужник бити вођен у одлучивању, као и о значају једне или друге његове одлуке писали смо у одељку „Неосновани раскид као понуда за споразумни раскид”.

Према томе, дужник као жртва неоснованог раскида може увек прихватити повериочеву неосновану изјаву воље усмерену на раскид и сматрати је предлогом за споразумни раскид, док у случају једностраног раскида дужник у одређеним ситуацијама (дакле, не увек!) може да стекне право на раскид уговора.

---

<sup>717</sup> То питање је детаљно обрађено у делу о неоснованом раскиду као предлогу за споразумни раскид.

### 3. Право дужника (жртве неоснованог раскида) на накнаду штете

Проблем неоснованих раскидних изјава у последње време све више забрињава правнике. Већина њих, покушавајући да реши питања која настају у вези са појавом тзв. неоснованих раскида, посеже за институтом накнаде штете. Разлог је вероватно у томе што ови аутори сматрају да би праведно, а и логично, да у случају да поверилац покуша да „насилно” раскине уговор, то понашање буде санкционисано изрицањем обавезе на накнаду штете. Неки аутори, пак, указују на то да ситуације неоснованих раскидних изјава јесу извор различитих санкција, од ништавости саме раскидне изјаве до обавезивања на накнаду штете, чиме опет, чини нам се, фаворизују накнаду штете у односу на остале санкције које евентуално могу бити изречене.<sup>718</sup> Управо из тог разлога, у овом раду смо инсистирали, а надамо се и успели у томе да укажемо на важност квалификације тзв. неоснованих раскида, утврђивања карактеристика, те особености таквог повериочевог понашања, па тек на тим основама испитивања могућности за примену појединих института, у циљу заштите дужника, односно, санкционисања повериоца.

Осим права да у одређеним ситуацијама раскине уговор, дужник, као страна верна уговору, може стећи право и на накнаду евентуално претрпљене штете.<sup>719</sup> Сматрамо да постоји оправдање за такав став, и то из најмање два разлога. Први разлог само осликава целокупан систем који излажемо кроз поимање неосноване раскидне изјаве као повреде уговора, те у том смислу, последица које настају услед (бар делимичног, ако не

---

<sup>718</sup> С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 386.

<sup>719</sup> Видети: Ј. Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2004, стр. 417–418. Аутор једностране раскиде дели на: а) мотивисане и б) немотивисане. Под термином „немотивисаност” обухвата и постојање мотива, али оних који су правно ирелевантни. Аутор даље наводи и да „уговорник који иницира такав раскид требало би да сноси последице тог раскида, а посебно, обавезан је да другој страни накнади насталу штету”. Цитирани аутор под „мотивисаним раскидима” подразумева ситуације у којима је „изјава о раскиду мотивисана понашањем друге уговорне стране (најчешће противно уговору или несавесно понашање)”.



потпуног) неизвршења уговора. Други разлог је више утемељен на разлозима правне логике и идеје правичности, па њему нећемо посветити већу пажњу. Поменућемо само да би се овде логика заснивала на прављењу паралеле са појавом злоупотребе права. Писали смо већ о томе да, у случају злоупотребе права на раскид уговора, оштећена страна има право да захтева накнаду штете. Тим пре, сматрамо да би то право имала у ситуацији када се не би радило о злоупотреби права, већ о злоупотреби самог института раскида уговора, те позивања на право које у конкретном случају и не постоји, тачније, никада није ни настало.

На првом разлогу ћемо се задржати јер је он важан за структуру на којој заснивано целокупан овај рад. Наиме, уговорна одговорност односи се на обавезу накнаде штете која је проузрокована повредом уговора. Повреда уговора има значај штетне радње, а указује на конкретну уговорну обавезу која није испуњена или није уредно испуњена. Да ли неоснована изјава воље усмерена на раскид уговора испуњава услове нужне за установљење уговорне одговорности (у ужем смислу)? Другим речима, поставља се питање да ли жртва неоснованог покушаја раскида стиче (и ако стиче, када) право на накнаду евентуално претрпљене штете?

О неоснованој изјави воље усмереној на раскид уговора већ смо писали као о повреди уговора, то јест виду његовог неизвршења, а у делу рада посвећеном појму неоснованих раскидних изјава. Праву на накнаду штете, пак, нашли смо место међу последицама неизвршења уговора, у делу у којем смо се бавили последицама повреде уговора. Остало нам је још да откријемо како жртва неоснованог покушаја раскида постаје ималац права на накнаду штете.

Најпре ћемо укратко поновити разлог због којег сматрамо да је неоснована раскидна изјава повреда уговора, а затим и који вид повреде та изјава представља. На крају, настојаћемо да одговоримо на питање да ли таква повреда уговора, настала описаним понашањем повериоца, испуњава услове за примену института накнаде штете и, уколико испуњава, којег вида накнаде.

Чином саопштавања изјаве о раскиду уговора један уговорник тежи напуштању конкретног уговорног односа. Без обзира на мотиве такве одлуке, очигледно је да давалац раскидне изјаве не намерава више да извршава уговор и да ће настојати да оправда дату изјаву. Због тога и покушај неоснованог раскида уговора сматрамо видом „одбијања да се и даље буде обавезан уговором”.<sup>720</sup> Пошто је реч о неоснованој раскидној изјави, управо та неоснованост осујећује раскидно дејство дате изјаве и даје јој карактер повреде уговора. Самом изјавом о раскиду њен давалац поручује другој страни да не очекује више извршење дугованих престација. Отуда под неоснованом раскидном изјавом подразумевамо својеврстан вид неизвршења уговора. Обим тог неизвршења, опет, зависи од тренутка у којем је саопштена изјава о раскиду, уколико пођемо од претпоставке да након тога уговорник више није извршавао своје обавезе. Могуће је, наравно, иако више теоријски, да давалац раскидне изјаве и након тога настави да извршава уговор, плашећи се неуспеха у судском контролном поступку, али и санкција којима би могао бити погођен (затезна камата, накнада штете због кашњења...) <sup>721</sup>.

Друга страна, верна уговору, таквим понашањем свог саговорача несумњиво трпи штету. С једне стране, не остварује се сврха уговора, а нису ни испуњена очекивања због којих је уговор закључен, посматрано из угла жртве покушаја раскида. С друге стране, исти уговорник је можда имао одређена „улагања” у уговорни однос. На крају, конкретан уговорни однос можда га је „коштао” изгубљених прилика, у смислу ступања у друге уговорне односе који би се можда показали успешнијим. О самом начину одмеравања накнаде штете већ је било речи у претходним излагањима.

---

<sup>720</sup> С. В. Morison, *op. cit.*, стр. 16.

<sup>721</sup> О односу затезне камате и накнаде штете вид.: И. Јанковец, *Правни аспекти новчаних обавеза*, Београд 2003, стр. 149-157; Доловић К., *Remedies for breach of sales contract – loss and interest*, Национални извештај за Србију, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Скопље 2012, стр. 451-458.

Међутим, како је реч о ситуацији када пуноважан уговор постоји, а штета је наступила престанком његовом извршавања, оштећеног треба довести у онај положај у којем би се налазио да је уговор уредно извршен.<sup>722</sup>

Сам облик накнаде штете који ће бити досуђен жртви неоснованог покушаја раскида зависиће од понашања даваоца раскидне изјаве. Логично је очекивати да ће поверилац престати да извршава све своје обавезе након саопштавања неосноване раскидне изјаве, те да ће суд, у накнадном контролном поступку, након утврђивања неоснованости изјаве о раскиду, одлучити и о њеним последицама, те досудити накнаду штете због неиспуњења (било потпуног, било делимичног) у одређеном обиму.

Ако је поверилац након одлуке суда о неоснованости раскидне изјаве наставио да предузима радње са циљем извршења појединих уговорних обавеза, онда би се накнада штете могла изрећи у виду накнаде штете због задоцњења у извршењу. Јер, иначе, сама неоснованост осујећује раскидно дејство изјави о раскиду уговора, те не дира у постојање уговора. Обавезе уговорника и даље постоје, а евентуално кашњење у њиховом испуњењу мора бити санкционисано. Оправдање се, дакле, не може наћи у „ишчекивању” одлуке суда о основаности изјаве о раскиду. У случају да уопште не испуни своју обавезу (обавезе) поверилац би био дужник накнаде штете због неиспуњења.

За разлику од права на извршење уговора, за примену института накнаде штете поставља се питање субјективног елемента, то јест одговорности за проузроковану штету.<sup>723</sup> Да би давалац неосноване раскидне изјаве био одговоран за штету насталу услед неоснованог покушаја раскида, неопходно је да се утврди његова одговорност. Поштујући дух нашег права, а посебно члана 263 ЗОУ (о чему смо већ детаљно писали у делу о праву на накнаду штете), свесно избегавамо употребу термина „кривица” за

---

<sup>722</sup> Y. M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., стр. 295.

<sup>723</sup> Када је у питању право на раскид, постоје различита решења у упоредном праву. Чак и у нашој теорији нема јединственог става о овом питању.

проузроковану штету и користимо далеко уопштенији термин „одговорност”.

Када је, дакле, давалац неосноване изјаве о раскиду одговоран за штету коју је проузроковао своме саговорарачу? Сматрамо да се питање одговорности у овом случају своди на питање савесности даваоца раскидне неосноване изјаве. Критеријум за оцену повериоачеве савесности морао би се тицати његове свести о оправданости, а пре свега дозвољености сопственог понашања.

Под савесношћу односно несавесношћу подразумевамо одговор на питање да ли је поверилац био свестан, односно да ли је знао или морао знати да је његова изјава воље неоснована. Да ли је заиста сматрао да дужничково понашање представља разлог за раскид?

Више пута смо истакли, јер сматрамо да се велики део проблема којим се бавимо управо и заснива на томе, да је питање савесности повериоца у тесној вези са самим појмом неизвршења уговора. Утврдили смо, дакле, да не постоји прецизан критеријум на основу којег би се могло утврдити да ли конкретно понашање дужника представља повреду уговора, а нарочито, што је нама битно, да ли евентуална повреда уговора представља раскидни разлог. Због тога смо заузели став да је неправедно, посебно у оним ситуацијама у којима би се и судија могао „замислити” да ли конкретна повреда оправдава раскид уговора, захтевати од једног уговорника да „без грешке” процени има ли разлога за раскид или не.

Шта значи то да је поверилац био савестан у конкретном случају? До неоснованог покушаја раскида уговора због саговорничковог наводног кршења уговорних одредби долази након мисаоног процеса самог повериоца. Може се десити, дакле, да након разматрања дужничковог понашања поверилац закључи да је тежина повреде уговора коју је учинио дужник таквог интензитета да удара у саму суштину иговора и да негира сврху његовог постојања. Тиме поверилац оправдава своје понашање,

тачније, сматра да је стекао могућност да једнострано одустане од закљученог уговора.

Питање је, међутим, далеко сложеније. У којој мери би заиста требало очекивати да је поверилац способан да оцени чињенично стање у светлу постојеће законске норме? Да ли би било реално, а и праведно, очекивати од њега да на питање има ли услова за раскид или не одговори исто као што би одговорио и суд након контролног поступка? Ако потврдно одговоримо на последње питање, то би значило да ћемо санкционисати повериоца увек када његова процена буде другачија од процене суда у истом случају. Ово посебно у светлу чињенице да суд испитује основаност раскидне изјаве након слободне оцене конкретног чињеничног стања, те да смернице које судија прати јесу управо критеријуми које је створила та иста судска пракса. „Кривица” за таква лутања и повериоца и суда лежи ипак, о одређеној мери, на законодавцу.

Стога, неопходно је разликовати ситуације у којима је поверилац, као давалац неосноване изјаве воље усмерене на раскид, био савестан од оних у којима је поступао несавесно. То није значајно за постојање и одређивање самог појма неосноване раскидне изјаве, али има суштинску важност за последице неосноване раскидне изјаве, тачније једне од последица – права на накнаду штете. Наиме, у случају повериоцеве савесности дужник не само да не би стекао право да раскине уговор, већ ни право на накнаду евентуално настале штете.

#### **4. Право дужника (жртве неоснованог раскида) да захтева извршење уговора**

Неоснована изјава воље усмерена на раскид уговора не доводи до раскида. Неоснованост осујећује било какав утицај који би изјављена воља евентуално могла да има на постојање уговора. Зато тренутак покушаја раскида уговора не доноси промене ни на плану обавеза уговорника. Све неизвршене обавезе дугују се и након неуспелог покушаја раскида, и то баш

из разлога његовог неуспеха. Неприхватљиво је стога у тим ситуацијама, говорити о било каквом виду реституције, јер за примену реституције недостаје основни предуслов, а то је раскинут уговор. Разлог због којег ће и правници у таквим ситуацијама често залутати на поље реституције јесте осећај да је ипак реч о ситуацији из које произлазе одређене последице. Наиме, од тренутка неоснованог (а самим тим и неуспелог) покушаја раскида, и поред тога што је уговор и даље на снази, настало је ипак једно правно стање. Неоснована раскидна изјава, иако без утицаја на постојање уговора, оставила је трага на уговорни однос. Какав траг је остављен, зависи од понашања оба уговорника, и то пре свега дужника, уколико пођемо од логичне претпоставке да је поверилац након изјављивања раскидне воље престао да извршава своје обавезе. Створено правно стање изгледа овако: уговор је и даље на снази, али давалац раскидне изјаве вероватно више не извршава своје обавезе, док дужник или наставља да извршава уговор или престаје то да чини. У сваком случају, без обзира на конкретно уговорно стање, једно је неспорно – обавезе и даље постоје, а дуговане престације се морају извршавати. Међутим, нема места реституцији већ, као што постоје обавезе, постоји и право да се захтева њихово извршење. Сама чињеница да у одређеном временском периоду један или оба уговорника нису извршавала поједине или све обавезе биће од значаја на плану последица које произлазе из конкретног понашања уговорника. Стога, уколико се са извршењем каснило, дуговаће се евентуално и законска камата, накнада штете због задоцњења, уговорна казна<sup>724</sup>, зависно од особености створеног стања.

Дакле, најједноставнији начин за „решавање проблема” неоснованих раскида јесте да се настави са извршавањем уговорних обавеза, након што суд у својој одлуци утврди неоснованост дате изјаве о раскиду. Право на извршење чак не бисмо смели ни називати „решавањем проблема” будући да је реч о праву које постоји све док има и уговора (постоје и одступања, али она нису значајна за овај део излагања).

---

<sup>724</sup> О појму уговорне казне вид.: М. Орлић, *Уговорна казна*, Правни живот, бр. 5, Београд 1985, стр. 541-547.

Право на извршење постоји скоро увек. Питање његовог постојања, међутим, постављамо тек када дође до повреде уговора. Јер, све док обе стране уредно извршавају своје обавезе, не постоји потреба за позивањем на то право. Отуда, у случају да једна од страна на било који начин повреди уговорни однос, право на извршење постаје правно средство у рукама стране верне уговору, а има карактер правне последице неизвршења.

Постоји разлог због којег посвећујемо толико пажње наизглед неспорним питањима. Недопустивом сматрамо и саму могућност било какве произвољности у изрицању санкција за учињену повреду уговора, посебно, понављамо, када је реч о праву на извршење, било оно добровољно или принудно. Право на извршење мора остати прво и основно правно средство у рукама уговорника – жртве повреде уговора, све док је извршење дугованих престација могуће. То праву уговорнику коме је упућена неоснована раскидна изјава не може бити одузето чак ни одлуком суда. Чак ни духпојединих правних система, у смислу фаворизовања економске рационалности не би смео изменити неке од основних постулата уговорног права, а у смислу давања предности неким правним средствима (мислимо на накнаду штете, наравно) у односу на право на извршење.

Могуће је да уговорник не захтева извршење, већ само накнаду штете. Суштина једног права и јесте у томе што га његов ималац може а не мора остваривати. Ако се уговорник определи за раскид уговора, аутоматски престаје његово право да захтева извршење. Али, у сваком случају, остваривање односно неостваривање тог права мора да зависи искључиво од воље уговорника – жртве неосноване раскидне изјаве.

Вођење рачуна о целисходности, те рационалности у конкретном случају, на које се судови све чешће позивају, не би, међутим, смело да утиче на одлучивање о последицама повреде уговора. Неоснована изјава воље усмерена на раскид јесте својеврстан вид повреде уговора. Од вида и обима неизвршења уговора које конкретна неоснована изјава представља зависиће и могућност недужног уговорника да активира поједина правна средства. Због тога ће поједине санкције зависити искључиво од објективних мерила,

односно конкретног чињеничног стања сагледаног у светлу испуњености услова за употребу поменутих правних средстава. Чак ни суд не би смео да преузме улогу проценитеља адекватности поједине санкције у конкретном случају, а још мање адекватности изрицања једне уместо друге санкције, јер је свака последица неизвршења уговора посебно регулисана и мора се посматрати појединачно. Опредељивање за једно правно средство може евентуално искључити могућност изрицања друге последице неизвршења (на пример, у случају да се одлучимо за раскид, не можемо више захтевати извршење уговора).

Инспирацију за досадашње излагање о праву на извршење као једној од последица повреде уговора нашли смо у текстовима две групе теоретичара. Прву групу чине англосаксонски правници (које смо већ цитирали у досадашњим излагањима) који сматрају да је илузорно, а поврх свега непотребно судским путем обавезивати на испуњење дужника који већ није испунио своју обавезу. У тим ситуацијама, они се опредељују за институт накнаде штете, са идејом да ће уговорник „новцем окајати своје грехе”.<sup>725</sup> Све товоди једној економској рачуници која се заснива на могућности олаког изигравања уговорних обавеза.

Друга група аутора, због чијих смо ставова сматрали да је неопходно да укажемо на место и значај које право на извршење мора имати, јесу они који то право испитују у ситуацијама неоснованих раскидних изјава, што је и поље нашег интересовања. Они, за разлику од претходних, далеко већи значај дају том праву, посебно у светлу неоснованих раскидних изјава, када у обавезивању на извршење конкретног уговорника виде једини начин очувања уговорног односа.<sup>726</sup> То је можда и једини начин борбе против покушаја насилног кидања уговорних веза, односно одвраћања уговорника од таквог понашања.<sup>727</sup> Логика би била у следећем – уколико ће на крају ипак доћи до извршења, па макар и принудног, уз могућност изрицања и других

---

<sup>725</sup> P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, стр. 75.

<sup>726</sup> S. Rowan, *op. cit.*, стр. 88.

<sup>727</sup> *Ibid.*



последица неспорне повреде уговора, зашто би се свесно чинила повреде уговора и на тај начин излагало санкцијама?

Чак и ова становишта, која указују на предност обавезивања на извршење у односу на накнаду штете, сматрамо неприхватљивим, јер је, као што смо више пута истакли, реч о потпуно различитим последицама које само имају извор у истом чињеничном склопу, то јест о повреди уговора учињеној неоснованим покушајем раскида уговора. Због тога се о томе не може расправљати на описани начин.

И на крају, писци који фаворизују накнаду штете у односу на извршење, вођени идејом да је нецелисходно инсистирати на извршењу онда када дужник то већ није добровољно урадио, заборављају на могућност повериоца да, уколико дужник не изврши престацију ни у року у којем га је суд обавезао на то својом одлуком, након парничног покрене и извршни поступак ради принудног намирења потраживања.

С друге стране, предност извршења у односу на институт накнаде штете је релативна. Наиме, у случају инсолвентности дужника, чак и могућност принудног извршења постаје беспредметна. Тада, пак, постаје фактички немогуће остварити и право на накнаду штете проузроковане повредом уговора.

То је још један у низу разлога због којег сматрамо да се о свакој правној последици мора расправљати самостално, а да је оно што их све ипак доводи у везу само исто чињенично стање које имају за основу. Према нашем мишљењу, о употреби различитих правних средстава истовремено требало би расправљати у оним ситуацијама када би употреба једног искључивала могућност употребе другог.

Понављамо, не би се смала давати предност једном правном средству на рачун другог, а на основу критеријума шта је целисходније, оправданије, шта је више у интересу уговорника итд.

## 5. Обавеза на накнаду трошкова судског контролног поступка

Како је на суду односно арбитражи задатак утврђивања основаности или неоснованости изјаве о раскиду уговора, а након тога и одлучивање о њиховим последицама, то се на крају мора поставити и питање накнаде трошкова судског односно арбитражног поступка. Како је, отуда, накнадни судски контролни поступак неопходан у ситуацијама спора поводом основаности раскидне изјаве, то је и одлука о трошковима, то јест обавеза на њихову накнаду, нужна последица повериочеве неосноване изјаве воље усмерене на раскид уговора због неизвршења.

Правило је да се одлука о трошковима парничног поступка доноси с обзиром на успех странака у парници.<sup>728</sup> Странка која у целини изгуби парницу дужна је да противној страни накнади трошкове.<sup>729</sup> Законом о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП) такође предвиђа и да, у случају делимичног успеха у парници, суд може одредити с обзиром на постигнути успех да свака странка сноси своје трошкове или да једна странка накнади другој сразмеран део трошкова.<sup>730</sup>

У члану 18 Закона о арбитражи<sup>731</sup> (у даљем тексту: ЗОА) регулише се питање накнаде трошкова арбитражног поступка. Законом је предвиђено да странке саме носе трошкове арбитражног поступка,<sup>732</sup> чији износ утврђује арбитражни суд,<sup>733</sup> поштујући тарифе које утврђује стална арбитражна институција.<sup>734</sup>

---

<sup>728</sup> А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2013, стр. 549.

<sup>729</sup> Члан 153 став 1 Закона о парничном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 49/2013.

<sup>730</sup> Члан 153 став 2 ЗПП.

<sup>731</sup> Закон о арбитражи, „Службени гласник РС”, бр. 46/2006.

<sup>732</sup> Члан 18 став 1 ЗОА.

<sup>733</sup> Члан 18 став 2 ЗОА.

<sup>734</sup> Члан 18 став 4 ЗОА.

Општеприхваћени принцип у арбитражном праву је да одлука о трошковима буде условљена исходом спора.<sup>735</sup> То би значило да у случају усвајања тужбеног захтева у целини тужени буде обавезан да тужиоцу исплати укупан износ насталих трошкова поступка.<sup>736</sup> Као критеријум при одлучивања у случајевима делимичног усвајања тужбеног захтева, узима се остварени успех у поступку обрачунат процентуално, ради једноставнијег утврђивања висине трошкова.<sup>737</sup>

У случају неоснованих раскида, те вођења накнадних судских поступака поводом испитивања основаности изјављене раскидне изјаве, свакако не би било оправдано да обавеза плаћања трошкова пада на страну која покреће поступак јер би у том случају дужници често и одустајали од њих, а повериоцу то користили као погодан начин да се ослободе уговора, позивајући се на наводно неизвршење од стране свог уговорника.<sup>738</sup> Због тога би, у случају да суд утврди да је изјава о раскиду била неоснована, обавеза накнаде трошкова поступка била на повериоцу.

Сматрамо да су досадашња излагања о последицама неоснованих изјава воље усмерених на раскид уговора због неизвршења пружила адекватно објашњење дефиниције једностранних раскида која се све чешће цитира, а то је да једностранни раскид представља преузимање иницијативе на сопствени ризик.<sup>739</sup>

---

<sup>735</sup> ICC Case No. 13798/AVH од 27. априла 2006. године.

<sup>736</sup> Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, Т 7/09-05.

<sup>737</sup> Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије, Т-14/11, пресуђено 13. марта 2013. године; ICC Case No. 13798/A VH.

<sup>738</sup> М. Fabre-Magnan, *Termination of Contract, A Missed Opportunity for Reform*, *op. cit.*, стр. 174.

<sup>739</sup> Вид. одлуку *Tocqueville c. Clinique des Ormeaux*, Н. Capitant, F. Terre, Y. Lequette, *op. cit.*, стр. 275.

## **IV DA LI JE MOGUĆE SPRECHITI NASTANAK TAKOZVANE FAZE NEIZVESNOSTI?**

Писали смо већ о томе да раскидна изјава коју дужник оспори покретањем контролног судског поступка нужно ствара тзв. фазу неизвесности. Неизвесност се огледа у томе што међу уговорницима нема сагласности о томе да ли је изјавом о раскиду уговор и раскинут, или је, пак, због њене неоснованости учињена повреда уговора. Како су се у тој фази, ишчекујући коначну одлуку суда, обе уговорне стране могле понашати према уговорним обавезама према својој савести, то је њиховим понашањем створена једна уговорна ситуација, чија ће се ваљаност тек испитивати у светлу одлуке о основаности раскидне изјаве. Коначна одлука суда може често указати на то да је неопходно спровести одређене „исправке”, јер шта, на пример, ако је суд утврдио да је раскид наступио, а да је дужник све време извршавао обавезе, или још чешћа ситуација, уколико је суд утврдио да је уговор све време на снази, а да су га обе уговорне стране (или бар једна) игнорисале током читаве фазе неизвесности. Поставље се питање и да ли ће се баш увек моћи „пребродити” фаза неизвесности или ће она ипак оставити трагове. Питање „трагова” које фаза неизвесности може оставити за собом постављамо из бојазни да ли ће санкционисање неосноване раскидне изјаве бити довољно да се избришу последице свих аката уговорника за које се испостави да су били у супротности са накнадно донетом судском одлуком. Управо из тог страха, правници покушавају пронаћи неко „безболније” решење вођени следећом логиком: уколико већ постоји оправдана бојазан да ће тзв. фаза неизвесности оставити неизбрисиве трагове, можемо ли спречити њено наступање?

При остваривању тог циља не смемо залутати у недозвољено. Наиме, колико год осујећивање настанка ове фазе изгледало примамљиво, не смемо заборавити две кључне ствари.

Прво, уколико је изјава о раскиду оправдана, уговор престаје да постоји тренутком пријема раскидне изјаве.<sup>740</sup> То не могу да промене ни суд својом одлуком ни уговорници својим накнадним понашањем јер „оживљавање” уговора као институт не постоји у праву.

Друго, у случају њене неоснованости, узима се као да до раскидне изјаве није ни дошло; уговор је и даље на снази, а са извршавањем обавеза не само да се мора наставити после судске одлуке, већ се није смело ни престајати, те ће се често поставити питање задоцњења у извршењу.

Фаза неизвесности се не би смела схватити као фаза ишчекивања исхода судског поступка. Како се она често управо своди на то да се поверилац понаша као да уговора више нема, док дужник, препуштен сам себи, процењује и усклађује своје акте са предстојећом одлуком суда, она суштински и постаје фаза чекања. Судска одлука тако постаје и критеријум за оцену понашања уговорника током ове фазе. Како ће, пак, понашање уговорника, у великој мери, зависити и од њихове оцене основаности изјаве о раскиду и предвиђања исхода контролног поступка, то је коначна судска одлука истовремено оцена поменуте процене уговорника, а посредно и, као што смо већ истакли, и њиховог понашања. Зато је најједноставније обострано уредно извршавање уговора. Чим се та равнотежа поремети, могу настати уговорне ситуације које захтевају од уговорника и моћ процене, предвиђања, па можда смемо рећи и одређену дозу калкулације.

Како је могуће избећи тзв. фазу неизвесности а не повредити основна начела и норме уговорног права? Када би било могуће зауставити време док не стигне одговор из суда, проблем би био решен. Како то ни теоријски није могуће, одговор морамо тражити на другој страни. Међутим, идеју „заустављања времена” не би требало потпуно занемарити. Питање је, ипак, како је сместити у оквире правно дозвољеног, а сачувати њен дух, у коме можда лежи решење.

---

<sup>740</sup> Члан 31 став 1 ЗОО.

Питање које се нужно намеће јесте и да ли „зауставити време” у корист основаности или неоснованости изјаве о раскиду, односно да ли привремено суспендовати дејство раскида<sup>741</sup> одржавањем уговора на снази све до коначне одлуке суда или, пак, поћи од претпоставке о успеху раскидне изјаве све док суд не одлучи другачије. За коју год варијанту се определили, кључно је питање како „заустављање времена” правно образложити.

Одговор ћемо тражити истовремено на два поља: у сагласности воља уговорника и у нормама грађанског процесног права.

Проблеми до којих може довести реализација раскида уговора вољом само једне стране добро су познати, како теорији, тако и пракси. И сами уговорници би, приликом сачињавања текста уговора, требало да размишљају о евентуалним непожељним ситуацијама у које могу доћи и да настоје, колико је год то могуће, да их спрече већ самом садржином уговора.

Да ли би се могла формулисати таква уговорна клаузула која би, у случају да дужник оспори повериочеву раскидну изјаву, обавезивала уговорнике да се и даље понашају као да до раскидне изјаве није ни дошло, као да је уговор и даље на снази, суспендујући привремено евентуално раскидно дејство које би та изјава могла имати?<sup>742</sup>

Пстижемо ли нешто таквом клаузулом и има ли она, можда, и негативну страну? Чини се да на ово питање не бисмо могли дати јединствен одговор, јер он зависи од исхода судског поступка. Уколико би суд утврдио да је изјава о раскиду била неоснована,<sup>743</sup> те да је уговор све време на снази, онда би корисност такве клаузуле била очигледна. Наиме, не би се постављало питање доцње или неиспуњења јер су уговорници све време испуњавали уговор. С друге стране, уколико је и поверилац уредно

---

<sup>741</sup> Постоје аутори који предлажу привремено суспендовање дејства раскида као могуће решење проблема који настају на основама неоснованих изјава о раскиду. Видети: Н. Caritant, F. Terre, Y. Lequette, *op. cit.*, стр. 277; С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 387–398.

<sup>742</sup> С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 388.

<sup>743</sup> Како у смислу члан 31 став 1 300 раскид наступа тренутком када уговорник коме је изјава упућена, прими изјаву, сматрамо да је за испитивање њене основаности релевантан исти тренутак – тренутак за који судија везује постојање/непостојање раскидног разлога.

испуњавао своје обавезе, не би се постављало питање ни његове одговорности; нити би својим понашањем давао другој страни право на раскид, нити би друга страна имала право на накнаду штете јер она настаје услед задоцњења или неиспуњења, до чега опет није дошло, нити би се, на крају, постављало питање извршења јер је оно и уследило. Једина последица повериочевог понашања била би у неефикасности раскидне изјаве због тога што неоснована раскидна изјава не представља повреду уговора сама по себи, већ у тачно одређеним околностима, праћена одређеним понашањем даваоца саме изјаве. У том случају, она би представљала само један покушај бега из уговора, који није произвео никакве последице.

Међутим, у случају да суд у контролном поступку утврди да је било услова за раскид, били бисмо сведоци проблема које би створила оваква клаузула. Наиме, да нема клаузуле, евентуално игнорисање уговора у току фазе неизвесности било би накнадно оцењено као оправдано. У овом случају поставља се питање какво би дејство имала примена клаузуле. Клаузула би, неспорно је, значила суспендовање дејстава раскида до тренутка одлуке суда. Шта се дешава од тренутка када суд одлучи да је до раскида дошло? Сигурно је да дејства раскида не могу остати и даље суспендована. Раскид дакле производи дејство, али од када? Уколико пођемо од законског текста,<sup>744</sup> раскид наступа тренутком пријема изјаве о раскиду и од тог тренутка нема више уговора. То би значило да су све престације које су извршене након тог тренутка, извршене без основа. Тада би нас клаузула довела у проблем који смо управо њоме и покушавали да решимо, а то је брисање трагова фазе неизвесности.

Да ли је могуће да странке споразумно одложе наступање дејстава раскида? Наиме, да ли је могуће да уговорници уговором предвиде да у случају да дужник оспорава раскидну изјаву буду суспендована дејства раскида до тренутка одлуке суда, те да се у том периоду настави са извршавањем уговора, а у случају да суд утврди да је до раскида ипак дошло, да раскид почне производити дејство од тренутка одлуке суда? Тада не

---

<sup>744</sup> Члан 31 став 1 ЗОУ.

бисмо имали фазу неизвесности јер би уговорници били у обавези (због клаузуле) да извршавају своје обавезе, а са чиме би престали тренутком одлуке суда о основаности изјаве о раскиду. Одговор лежи у природи одредбе члана 31 става 1 ЗОО, односно у питању да ли је поменута одредба диспозитивне или императивне природе. Одредба је јасна – тренутком пријема изјаве о раскиду, уговор престаје да постоји. Судском одлуком касније донетом ми само накнадно сазнајемо да је уговор још тада престао да постоји.

Да ли би сагласна изјава воља уговорника могла бити формулисана тако да у случају неспорности изјаве о раскиду, дејство раскида наступи одмах, то јест тренутком пријема, а у случају спора о истом да се тренутак раскида помери на тренутак доношења одлуке о основаности раније изјављене воље? То би значило да је сама изјава воље о раскиду дата условно.

Сматрамо да би ипак, упркос императивности одредбе члана 31 става 1, поменуто решење могло наћи свој основ у сагласној изјави воља уговорника.

Ако таква уговорна клаузула не постоји, француски правници предлажу да се суспензија раскидног дејства постигне брзом судском интервенцијом, у скраћеном поступку, то јест одлуком која ће имати привремени карактер (а за циљ спречавање настанка штетних последица), а до окончања парничног поступка, којим ће бити одлучено у меритуму.<sup>745</sup> Коначном судском одлуком може бити потврђена одлука, претходно донета у скраћеном поступку, уколико се утврди да је раскидна изјава била неоснована, а у супротном, раскид би производио дејство од тренутка манифестовања раскидне воље (према члану 31 ставу 1 ЗОО од тренутка

---

<sup>745</sup> С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 389; термин *refere* на који наилазимо у цитираном тексту преводимо као скраћени, убрзани судски поступак у француском праву, сумарни поступак. Ј. Јовановић, С. Тодоровић, *Речник правних термина, српско – енглеско – француски*, Београд 2007, стр. 919.



њеног пријема), а из разлога што је раскидно дејство било само привремено суспендовано.<sup>746</sup>

Остаје отворено питање да ли би се нашло места за слично решење и у нормама српског грађанског процесног права (посебно у оним којима се предвиђају услови за доношење привремених мера).<sup>747</sup> Нама се чини да нема разлога да одговор не буде потврдан.

---

<sup>746</sup> С. Corgas-Bernard, *op. cit.*, стр. 398.

<sup>747</sup> Вид.: С. Спасић, *Раскид уговора о продаји капитала односно имовине у светлу измена Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, Приватизација и стечај*, III саветовање правосуђа „Вршац 2006”, стр. 185–187. Аутор у раду закључује да „у поступку по тужби купца субјекта приватизације за утврђење да је уговор на снази не може се одредити привремена мера којом се Агенцији за приватизацију забрањује пренос акција Акцијском фонду, као ни привремена мера којом се Агенцији за приватизацију и Акцијском фонду забрањује продаја акција до правноснажног окончања спора”. Аутор наводи и да се привремена мера, којом би се забранила продаја акција до правноснажног окончања спора за утврђење да је уговор остао на снази, не би могла донети чак ни у случају да купац субјекта приватизације достави доказе таквог значаја који би довели у основану сумњу испуњеност услова за раскид уговора. Како се текст бави специфичном врстом уговора, аутор у великој мери своје ставове оправдава заштитом општих друштвених интереса и немогућношћу заустављања поступка приватизације (а позива се и на члан закона који предвиђа аутоматски раскид), ми остављамо отвореним питање – да ли би ипак у случају раскида уговора, чију основаност дужник оспорава подношењем одговарајућих доказа, било могуће донети привремену меру којом би се забранили конкретни акти располагања повериоца (у смислу одредаба Закона о парничном поступку које се тичу привремених мера), све до правноснажности судке одлуке.

## ПРИЛОГ

### ШЕМА САСТАВЉЕНА ОД КЉУЧНИХ ПИТАЊА НА КОЈА МОРАМО ОДГОВОРТИ ТОКОМ КОНТРОЛНОГ СУДСКОГ ПОСТУПКА

**1. Ко иницира судски контролни поступак? Могућа су два одговора:**

А) поверилац, који настоји да докаже да раскидни разлог постоји и да је његова изјава воље усмерена на раскид основана;

Б) дужник, који покреће поступак желећи да суд у поступку контроле основаности раскида утврди да раскидни разлог не постоји, те да је дата изјава о раскиду неоснована.

**2. Какав је исход спроведеног поступка контроле? Могућа су два одговора:**

А) суд утврђује да је тренутком када поверилац саопшти раскидну изјаву дужнику наступио раскид, те да од тог тренутка уговор није производио правна дејства;

Б) суд утврђује да нису постојали разлози за раскид, те да изјава воље повериоца није добила раскидно дејство, то јест уговор је остао на снази и обавезује уговорне стране.

**3. Треће питање се односи на понашање уговорника у фази ишчекивања окончања поступка контроле основаности изјаве о раскиду. Могуће су различите ситуације:**

А) током читаве фазе неизвесности обе уговорне стране понашају се као да је уговор на снази;

Б) током фазе неизвесности обе уговорне стране понашају се као да уговор не постоји и не извршавају своје уговорне обавезе;

В) поверилац, давалац раскида, понаша се као да је уговор раскинут, сматра се ослобођеним свих уговорних обавеза, а дужник, сматрајући повериочеву изјаву воље неоснованом, понаша се и даље као да уговор постоји.

**4. Четврто питање произлази из другог и трећег питање – које правне последице суд изриче, имајући у виду понашање уговорника у фази неизвесности, али у светлу одлуке о основаности раскидне изјаве. Може настати више ситуација:**

А1) обе уговорне стране понашале су се као да уговора нема, а суд је након спроведеног поступка утврдио да је уговор престао да постоји раскидом;

А2) обе уговорне стране понашале су се као да уговора нема, а суд је након спроведеног поступка утврдио да је уговор и даље на снази;

Б1) обе уговорне стране понашале су се као да уговор и даље постоји, а суд је утврдио да је уговор раскинут;

Б2) обе уговорне стране понашају се као да уговор и даље постоји, што суд утврђује својом одлуком;

В1) један уговорник се и даље понаша као уговорна страна, док други сматра да уговора нема – суд налази да је уговор раскинут;

B2) један уговорник се понаша и даље као уговорна страна, док други сматра да уговора нема – суд налази да је уговор остао на снази.

У случају А и Б очигледно је да постоји неки, макар прећутан, споразум уговорника, јер су обе стране заузеле исти став у погледу постојања односно непостојања уговора. Разлог вероватно лежи у томе што на тај начин оба уговорника покушавају да смање ризик од наступања штетних последица фазе неизвесности, те у таквом понашању налазе неки заједнички интерес. У утврђивању правних последица суд би свакако требало да има у виду и поменуто евентуално „реуговарање” уговорника.

## ЗАКЉУЧАК

Питање последица изјава воље усмерених на раскид уговора због неизвршења сматрамо веома комплексним. Прво, појава неоснованих раскидних изјава представља и даље недовољно истражено поље, а тај појам, посебно њихове последице, немогуће је одредити без улажења у многе институте уговорног права.

Чини се, бар на први поглед, да су основане изјаве воље усмерене на раскид и њихове последице појава која пред судску/арбитражну праксу излази са мање спорним питањима. Међутим, само испитивање могућности ретроактивног дејства трајних уговора и нужности примене потпуне реституције без изузетка довољни су да и последице основаних изјава воља сврстамо у актуелна и увек изнова отварају питања уговорног права.

Питањем граница ретроактивности, то јест судбине трећих савесних лица и њихових стечених права након раскида уговора, улазимо и на поље стварног права. Једно од најспорнијих питања тзв. неоснованих раскида свакако је превазилажење фазе неизвесности, фазе ишчекивања одлуке суда о основаности раскидне изјаве, у којој су могућа најразличитија понашања уговорника; понашања која често остављају неизбрисиве трагове и отварају питања чији су одговори такође у области стварног права.

Како су тзв. неосновани раскиди основно поље нашег интересовања, а сва остала питања којима смо се у раду бавили само средства којима смо долазили до одговора на свако појединачно питање из „каталога” питања која носи тај институт, то ћемо и закључна излагања посветити проблему званом неосновани раскиди.

Како би судска/арбитражна пракса постала уједначена, неопходно је претходно квалификовати поједине појаве, дати им правни квалификатив. Тек тада ће бити могуће увидети и које то последице произлазе из конкретних појава.

У ради смо настојали да неосноване раскидне изјаве воље сагледамо у најразличитијим светлима. Поредили смо појмове неоснованих и основаних раскидних изјава, као и њихове последице. Испитивали смо услове под којима се оне могу подвести под неке друге институте, као и специфичности таквог понашања уговорника.

Закључили смо, међутим, да неосновани покушај једног уговорника да раскине уговор због наводног неизвршења од стране другог представља повреду уговора. Покушали смо да нађемо објашњање за ту тврдњу, и у чисто теоријским оквирима, позивањем на нека од основних начела уговорног права, и испитивањем понашања конкретног учиниоца такве повреде уговора у најразличитијим претпостављеним ситуацијама.

На крају смо увидели да је питање последица неоснованих раскидних изјава неопходно сагледати из два угла. Прво, у светлу чињенице да поменуте изјаве не доводе до раскида уговора јер њихова неоснованост осујећује њихово раскидно дејство. Друго, полазећи од тврдње да је то својеврстан вид повреде уговора коју је учинио један уговорник, настојали смо да испитамо особености тако учињене повреде, те у светлу тога и могућност изрицања појединих последица, у виду санкција за учиниоца повреде, а из угла другог уговорника посматрано, у виду правних средстава. Дакле, могло би се закључити да би саме околности у којима је дата изјава о раскиду обликовале конкретну повреду уговора, а од особености дате повреде зависила би и могућност изрицања појединих санкција.

Да бисмо у трећем делу рада изнели у одвојеним главама последице које произлазе из квалификовања тзв. неоснованог раскида као повреде уговора, било је неопходно читав други део рада посветити последицама повреде, неизвршења уговора. Дакле, у трећем делу рада, те последице смо посматрали само у светлу конкретне повреде – неосноване изјаве о раскиду.

Механизам правних средства у рукама уговорника верног уговору, а сами тим и санкција које би погодиле учиниоца неоснованог покушаја раскида неопходан је за стварање јединствене судске/арбитражне праксе.

Јединственост праксе, с друге стране, битна је и у смислу превентивне политике, те стављања у изглед санкција које су на располагању судовима/арбитражи, у случају када понашања уговорника ударају у основне темење уговорног права, претећи да угрозе стабилност уговора као извора облигације. Тада би поверилац, пре саопштавања изјаве о раскиду, имајући у виду систем санкција у случају такве повреде уговора, пажљивије размотрио могућност раскида, те би се смањио број „импулсивних” раскида. Ипак, нема свака санкција исти значај, посматрано из угла повериоца као учиниоца повреде уговора. Право на извршење и накнаду штете у рукама дужника свакако делује „заstraшујуће” за повериоца, али је евентуално дужничково остваривање права на раскид, у смислу евентуалног квалификовања неуспелог покушаја раскида као раскидног разлога, можда била и „потајна жеља” повериоца.

Разлог је у томе што у основи сваког уговорног односа владају и закони економије, те се поверилац неће олако упуштати у неосновано развргавање уговора, свестан чињенице да коначна одлука суда неће имати само значај констатације да до раскида није дошло, већ ће он бити много далекосежнији, а тицаће се управо изрицања одређених правних последица, за повериоца – санкција.

Највећа опасност тзв. неоснованог раскида јесте стварање фазе неизвесности, фазе ишчекивања одлуке суда. У том периоду, уговорници се према уговору односе „према сопственој савести”. Међутим, накнадна одлука суда биће уједно и оцена њиховог понашања у међувремену, те се оправдање за изостанак евентуалних санкција не би могло наћи у неизвесности која је владала због незнања судбине уговора. Привремена мера која свој извор не би могла да нађе у сагласности воља уговорника, могла би бити донета након заузимања става суда о њеној целисходности, а имала би задатак „да одржава” уговор на снази до коначне одлуке суда. Овде, наравно, не мислимо на буквално одржавање уговора на снази, јер је неспорно да уговор не може бити ни раскинут ни „оживљаван” без воље уговорника, већ на привремену меру којом би суд обавезао уговорника да се до окончања поступка понашају

као да је уговор на снази, пре свега у смислу забране располагања, то јест конкретног отуђења.

Неспорно је, дакле, да једнострано раскиди имају суштински недостатак. Он се огледа у чињеници да се превише овлашћења даје самом повериоцу, који је ипак „само” једна уговорна страна, а друго, још битније, што је у питању уговорна страна којој законодавац даје моћ да оцењује одређене околности, и то у ствари која се тиче ње саме, те за коју је лично заинтересована. Мањкавост дужникових извршења може добити на тежини у очима повериоца јер бива лишен користи којима се надао.

Упркос томе, осврнемо ли се на режим судског раскида, увидећемо да је тај режим, као правило и једини начин раскида у једном правном систему, апсолутно неприхватљив. Довољно је само замислити његову примену у случају неспорних раскида. То би било ништа друго до неоправдано прављење судских трошкова и оптерећивање судова предметима који у својој основи и немају спор, јер је раскид могао уследити и мимо суда. С друге стране, дуготрајни судски поступци били би могућност „добијања на времену”, са циљем избегавања извршења уговорних обавеза и евентуалних последица које прете.

Дакле, раскид изјавом воље нужен је, посебно у данашњим условима све бројнијих и сложенијих уговорних односа (али уз неопходну свест о опасностима које он носи), па је неопходно створити уједначену праксу у тумачењу става да злоупотреба института раскида уговора представља основ одговорности. Такође, уколико се пред повериоца већ ставља задатак да испита постојање услова за раскид, онда би требало настојати да му се раскид и олакша утврђивањем критеријума (што би пре свега био задатак судске и арбитражне праксе) за прецизирање сувише неодређених и неограничавајућих дефиниција раскидног разлога.



## ЛИТЕРАТУРА

Azéma J., *La durée des contrats successifs*, Paris 1969.

Алишани А., *Раскид уговора због неизвршења*, Приштина 1981.

Andre C., *Le fait du créancier contractuel*, thèse, Paris 2000.

Антић О., *Облигационо право*, Београд 2010.

Антић О., *Кауза*, Правни живот, бр. 10, Београд 2005.

Антић О., *Правна природа уговорних облигација*, Правни живот, бр. 10, Београд 2006.

Atias C., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Paris 2010.

Atias C., *The French Civil law: an insider's view*, Louisiana 1987.

Atiyah P. S., *An introduction to the Law of Contract*, Oxford 1971.

Aynes L. *Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspectives*, Droit & Patrimoine, br. 126/2004.

Barberis M., *La liberté de rompre unilatéralement le contrat*, преузето са сајта:  
<http://www.memoireonline.com/>.

Barnett R., *A Consent Theory of Contract*, Columbia Law Review, Vol. 86, бр. 2,  
Columbia Law Review Association, 1986.

Beale H., *Chitty on Contracts*, Vol. I, General Principles, London 2008.

Beale H., *Remedies for breach of Contract*, London 1980.

Beale H., *Chitty on Contracts*, Vol. I, General Principles, London 2012.

Beatson J., *Anson's Law of Contract*, Oxford 2002.

Bell J., Boyron S., Whittaker S., *Principles of French*, USA 1998.

Benabent A., *Droit civil, Les obligations*, Paris 2005.

Bermann G., Picard E., *Introduction to French Law*, Kluwer law international,  
Netherlands 2008.

Bianca C. M., Bonell, M. J., *Commentary on the International Sales Law the 1980  
Vienna Sales Convention*, Milan 1987.

Birds J., Bradgate R., Villiers C., *Termination of Contracts*, USA 1995.

Birks P., *An Introduction to the Law of Restitution*, 1989.

Bishop W., *The choice of remedy for breach of contract*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, br. 2, The University of Chicago Press, 1985.

Благојевић Б. и др., *Коментар Закона о облигационим односима*, I, Нови Сад 1983.

Bres A., *La résolution du contrat par dénonciation*, Montpellier 2009.

Bucher, *Schweizerische Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zurich 1979.

Burrows A., *Remedies for torts and breach of contract*, Oxford 2004.

Buffelan – Lanore Y., Larribau – Terneyre V., *Droit civil, Les obligations*, Paris 2012.

Васиљевић М., *Трговинско право*, Београд 2011.

Визнер Б., *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, књига 1 (члан 1–157), Загреб 1978.

Venturi Zen-Ruffinen M. N., *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Geneva 2007.

Визнер Б., *Грађанско право*, Београд 1962.

Virgo G., *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford 1999.

Водинелић В., *Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2012.

Водинелић В., *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997.

Водинелић В., *Делимични раскид уговора због делимичног неиспуњења облигације*, Правни информатор, бр. 10, Београд 2002.

Wery P., Dubuisson B., *Les clauses applicable en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brisel 2001.

Whincup M. H., *Contract Law and Practice, the English System and Continental Comparisons*, Boston 1996.

Whittaker S., *La résolution suite a une inexécution contractuelle et ses conséquences: retour sur le droit français a la lumiere de l'avant-projet de reforme, Regards comparatistes sur l'avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010.

Whittaker S., „Termination” for Contractual Non-performance and its Consequences French Law Reviewed in the Light of the Avant-projet de reforme, *Reforming the French Law of Obligations, Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription („the Avant-projet Catala”)*, edited by J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oxford and Portland 2009.

Gauch (Schluep) Jaggi, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bande I und II, Zurich 1983.

Gabrielli E., *Commentario del Codice Civile*, Torino 2011.

Galgano F., *Il contratto*, Kluwer, Italia 2011.

Гамс А., *Основи стварног права*, Београд 1980.

Genicon T., *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris 2007.

Георгијевић Г., *Раскид уговора због неизвршења обавезе*, семинарски рад на постдипломским студијама, Београд 2003.

Gillies P., *Concise Contract Law*, Sydney 1988.

Goff R., Jones G., *The Law of Restitution*, London 1993.

Горенц В., *Закон о обвезним односима с коментаром*, Загреб 1998.

Graziano T. K., *Comparative contract law, cases, materials and exercises*, Great Britain 2009.

Guyenot J., *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris 1960.

Guest A. G., *Anson's Law of Contract*, Oxford 1984.

Delebecque P., Pansier F. J., *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Paris 2010.

Delebecque P., *Le droit de rupture unilatéral*, Droit & Patrimoine, бр. 126/2004.

Dehaullon C. P., *Les remèdes de justice privée a l'inexécution du contrat étude comparative*, Paris 2008.

Доловић К., *Непостојећи уговор*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2, Београд 2011.

Доловић К., *Споразумни раскид уговора*, Правни живот, бр. 10, Београд 2012.

Доловић К., *О дејству раскида*, Правни живот, бр. 10, Београд 2013.

Доловић К., *Remedies for breach of sales contract – loss and interest*, Национални извештај за Србију, Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Скопље 2012.

Доловић К., *Законски раскид уговора у европском уговорном праву*, Harmonius, бр. 1, Београд 2013.

Durand P., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris 1960.

Ђорђевић М., *Обим накнаде штете због повреде уговора у међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2012.

Ђорђевић Ж., Станковић В., *Облигационо право, општи део*, Београд 1976.

Ђурђевић М., *Уговор о поклону*, Београд 2012.

Живковић Милош, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, магистарска теза, Београд 2006.

Живковић Михајло, *Поступак остваривања раскида уговора због неизвршења*, магистарски рад, Београд 2011.

Живковић Михајло, *Последице раскида уговора*, семинарски рад на постдипломским студијама, Београд 2006.

Јакшић С., *Облигационо право, општи део*, Сарајево 1953.

Јакшић А., *Грађанско процесно право*, Београд 2013.

Јанковец И., *Уговорна одговорност*, Београд 1993.

Јанковец И., *Видови и последице немогућности испуњења уговорне обавезе*, Београд 1982.

Јанковец И., *Правни аспекти новчаних облигација*, Београд 2003.

Јанковец, И., *Кривица као претпоставка уговорне одговорности*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, Београд 1996.

Јанковец И., *Имовинска одговорност и њен досег*, Београд 1979.

Jaouen M., *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Paris 2013.

Jones G., Goodhart W., *Specific Performance*, London 1996.

Јовановић Н., *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд 2008.

Јовичић К., *Уговорна одговорност код уговора о продаји робе у француском праву*, Увод у право Француске, Београд 2013.

Johnston D., Zimmermann R., *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge 2002.

Juhart M., Plavšak N., *Obligacijski zakonik s komentarjem*, Ljubljana 2003.

Карамарковић Л., *Расправе из уговорног, одштетног и процесног права*, Београд 2002.



Карамарковић Л., Зоран Ивошевић, *Облигационо право – предавања*, Београд 2010.

Караникић Мирић М., *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013.

Карапетов А. Г., *Расторжение нарушенного договора*, Москва 2007.

Кларић П., Ведриш М., *Грађанско право, Опћи дио, Стварно право, Обвезно и Насљедно право*, Загреб 2009.

Кнежевић Г., Павић В., *Арбитража и АДР*, Београд 2009.

Ковачевић Куштримовић Р., Лазић М., *Стварно право*, Ниш 2009.

Ковачевић Куштримовић Р., Лазић М., *Увод у грађанско право*, Ниш 2008.

Константиновић М., *Облигације и уговори*, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, „Класици југословенског права”, Београд 1996.

Константиновић М., *Облигационо право*, према белешкама са предавања М. Константиновића.

Kroll S., Mistelis L., Viscasillas P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Munich 2011.

Круљ В., *Дејства уговора о купопродаји*, Београд 1972.

Lando O., Beale H., *Commission of European Contract Law, Principles of European Contract Law*, Kluwer Law Internationals, 2000.

Larroumet C., *Droit civil, Les Obligations, Le Contrat*, tome III, Paris 2003.

Laithier Y. M., *Comparative Reflection on the French Law of Remedies for Breach of Contract, Comparative Remedies for Breach of Contract*, edited by N. Cohen, E. McKendrick, Oxford and Portland 2005.

Laithier Y. M., *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris 2004.

Laithier Y. M., *The Enforcement of Contractual Obligations: A French Perspective, Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription (" Avant-projet Catala")*, Oxford and Portland, Oregon 2009.

Laude A., *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, Marseille 1992.

Leisinger B., *Fundamental Breach Considering Non-conformity of the Goods*, Munchen 2007.

Litty O., *Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris 1999.

Malaurie P., Aynes L., *Les biens*, Paris 2010.

Malaurie M., *Les Restitutions en Droit Civil*, Paris 1991.

Malaurie P., Aynes L., Stoffel-Munck P., *Les Obligations*, Paris 2005.

Markesinis B. S., Lorenz W., Dannemann G., *The German Law of Obligations, vol I, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford 1997.

Марковић Л., *Облигационо право*, Класици југословенског права, Београд 1997.

Марковић Л., *Грађанско право – општи део и Стварно право*, Београд 1927.

Markesinis B. S., Unberath H., Johnston A., *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oxford and Portland 2006.

Mazeaud H., Mazeaud L., Mazeaud J., *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Paris 1978.

Marin R., *El desistimiento unilateral*, Madrid 1991.

Маржик М., *Правна природа, битни елементи, гаранција и раскид уговора о продаји капитала и имовине методом јавног тендера*, Право и привреда, бр. 5-8/2004.

Marsh P. D. V., *Comparative contract law/England, France, Germany*, England 1994.

Marty G., Raynaud P., *Les Obligations*, tome 1, Les sources, Paris 1988.

Mather H., *Contract Law and Morality*, London 1999.

Mahoney P. G., *Contract Remedies and Options Pricing*, The Journal of Legal Studies, Vol. 24, br. 1, The University of Chicago Press, 1995.

Melville L. W., *Fundamental Breach of Contract*, The Modern Law Review, Vol. 19, br. 6, Wiley, 1956.

Mehren A. T., Gordley J. R., *The Civil Law System*, Boston and Toronto 1977.

Michida S., *Cancellation of Contract*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, бр. 2/3, American Society of Comparative Law, 1979.

Милутиновић М., *Битна повреда уговора према одредбама Бечке конвенције у теорији и пракси*, Право и привреда, бр. 5–8/2003.

Miller L., *L'execution forcée en nature des obligations contractuelles: observations de droit compare sur la notion d'execution, Regards comparatistes sur l'avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010.

Милошевић Љ., *Облигационо право*, Београд 1970.

Moreno M. T. A., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid 2000.

Morison C. B., *Rescission of contracts*, London 1916.

Munagorri R. E., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris 1996.

Myoung S. K., *La Rupture du contrat pour inexécution fautive en droit coréen et français*, Paris 1996.

Николић Д., *Казнена накнада штете*, зборник радова „Recueil des travaux”, бр. 1–2, Нови Сад 2003.

Nicholas B., *The French law of contract*, Oxford 1992.

Орлић М., *Негативни уговорни интерес*, Правни живот, бр. 9–10, Београд 1992.

Орлић М., *Ђутање понуђеног као знак пристајања према ЗОО*, Анали Правног факултета у Београду, бр. ½, Београд 2004.

Орлић М., *Закључење уговора*, Београд 1993.

Орлић М., *Уговорна казна*, Правни живот, бр. 5, Београд 1985.

О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд 2009.

O'Sullivan J., Hilliard J., *The Law of Contract*, Oxford 2012.

O'Sullivan D., Elliott S., Zakrzewski R., *The Law of Rescission*, Oxford 2008.

O'Sullivan J., *Reflection on the role of restitutionary damages to protect contractual expectations, Unjustified Enrichment*, Cambridge 2002.

Павић Д., *Дужничка доцња у испуњењу уговорне обавезе*, магистарски рад, Београд 1994.

Павићевић Б., *Банкарска гаранција у теорији и пракси*, Београд 1999.

Paraiso F., *Le risqué d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Marseille 2011.

Parisi F., Luppi B., Fon V., *Optimal Remedies for Bilateral Contracts*, Chicago Journals, Vol. 40, бр. 1, The University of Chicago Press, 2011.

Paulin C., *La Clause résolutoire*, Paris 1996.

Peel E., *The Law of Contract*, London 2011.

Перић Ж., *О уговору о продаји и куповини*, Класици југословенског права, Београд 1986.

Перић Ж., *О поништају уговора због неизвршења*, Студија из приватнога права, Београд 1903.

Перовић Ј., *Уговор о међународној трговинској арбитражи*, Београд 2002.

Перовић Ј., *Раскид уговора због неиспуњења у међународној продаји робе*, докторска дисертација, Београд 2002.

Перовић Ј., *Изјава о раскиду као услов за раскид уговора због неиспуњења обавезе*, Правни живот, бр. 11, Београд 2005.

Перовић С., *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва 2007.

Перовић С., *Облигационо право*, Београд 1977.

Перовић С., Д. Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995.

Перовић С., *Накнада штете у светлу уговорне и деликтне одговорности*, Правни живот, бр. 4–5, Београд 1968.

Перовић С., *Начело еквиваленције и двострани уговори*, Правни живот, бр. 5–6, Београд 2004.

Перовић С., *Раскид уговора у робном промету, Уговори у међународној продаји робе*, Београд 1987.

Перовић С., *Извршење уговорних обавеза и одговорност за неизвршење*, зборник радова са саветовања правника Будвански правнички дани, Будва 2008.

Planiol M., Ripert G., *Droit civil francais, Contrats civils*, Paris 1956.

Polinsky A. M., *Risk sharing through Breach of Contract Remedies*, The Journal of Legal Studies, Vol. 12, бр. 2, The University of Chicago Press, 1983.

Porumb O., *La Rupture des Contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, Essai d'une théorie générale*, Paris 1937.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, преузет са сајта Министарства правде Републике Србије: [www.mpravde.gov.rs](http://www.mpravde.gov.rs)

Projet de reforme du droit des contrats, Ministere de la Justice, 2008, [www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet\\_droit\\_des\\_contrats\\_blog8\\_2\\_](http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_)

„Рад на изради Грађанског законика Републике Србије”, Извештај са отвореним питањима, састављен од Комисије за израду Грађанског законика, коју је образовала Влада Републике Србије, Београд 2007.

Радишић Ј., *Облигационо право, општи део*, Београд 2004.

Ranieri F., *La nouvelle partie générale du droit des obligations*, RIDC, 2002/4.



Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription, 2007, преузето са: [www.Courdecassation.fr](http://www.Courdecassation.fr)

Рашовић, З. *Грађанско право, увод, књига 1*, Подгорица 2006.

Renault-Brahinsky C., *Droit des obligations*, Paris 2011.

Ripert G., J. Boulanger, *Traité de Droit civil, Obligations*, tome II, D'après le traité de Planiol, Paris 1957.

Roppo V., *Trattato di diritto privato, Il contratto*, Milano 2011.

Rowan S., *Remedies for Breach of Contract, A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, Oxford 2011.

*Rupture unilatérale du contrat: vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine, бр. 126/2004.

Sacco R., De Nova G., *Trattato di Diritto Civile, Il Contratto*, Torino 1993.

Салма Ј., *Облигационо право*, Нови Сад 2004.

Салма Ј., *Кауза облигационих уговора*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2006.

Салма Ј., *Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2011.

Салма Ј., *Одговорност за изигравање права*, зборник радова „Recueil des travaux”, бр. 1-3/1984.

Samuel G., *Law of Obligations and Legal remedies*, London 2001.

Sagues N. M., *La rupture unilatérale des contrats*, Paris 1937.

Сворцан С., *Значај кривице дужника при неиспуњењу или неуредном испуњењу обавеза у регулисању раскида уговора због неиспуњења обавеза*, Наша законитост, бр. 5, Загреб 1988.

Serinet Y. M., *Restitution Following the Destruction of a Contract, Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010.

Szladits C., *Discharge of Contract by Breach in Civil Law*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 2, бр. 3, American Society of Comparative Law, 1953.

Спасић С., *Накнада штете у случају раскида уговора о продаји друштвеног капитала и у случају повреде права на стицање бесплатних акција субјекта приватизације од стране запослених*, Будва 2006.

Smith L. D., *Restitution*, Great Britain 2000.

Smith S. A., *Contract Theory*, Oxford 2004.

Спасић С., *Раскид уговора о продаји капитала односно имовине у светлу измена Закона о изменама и допунама Закона приватизацији, Приватизација и стечај*, III саветовање правосуђа, Вршац 2006.

Станковић – Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007.

Стојановић Д., Антић О., *Увод у грађанско право*, Београд 2004.

Стојановић С., *Раскид уговора као последица доцње у швајцарском праву*, Страни правни живот, бр. 132/133, Београд 1986.

Стојановић Д., *Увод у грађанско право*, Београд 1976.

Стојановић Д., *Стварно право*, Крагујевац 1998.

Starck B., *Droit Civil, Obligations*, Paris 1972.

Starck B., Roland H., Boyer L., *Obligations, Contrat*, Paris 1995.

Станковић О., М. Орлић, *Стварно право*, Београд 2009.

Stone R., *Principles of Contract Law*, London 2000.

Stone R., *The Modern Law of Contract*, USA 2013.

Stone R., *Contract Law*, London 2000.

Stoffel-Munck P., *Le controle a posteriori de la résiliation unilatérale*, Droit & Patrimoine, 2004.

Shavell S., *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contract*, Vol. 107, 6p. 8, The Michigan Law Review Association, 2009.

Sharp F. C., *The Ethics of Breach of Contract*, International Journal of Ethics, Vol. 45, 6p. 1, The University of Chicago Press, 1934.

Shiffrin S., *“Could“ Breach of Contract Be Immoral?*, Michigan Law Review, Vol. 107, 6p. 8, The Michigan Law Review Association, 2009.

Schwenzer I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, Oxford 2010.

Schwenzer I., *The Law of Contracts, Introduction to German Law*, edited by Ebke W., Finkin M., Boston 1996.

Schulze R., *New Features in Contract Law*, Germany 2007.

Талон Д., *Санкције за неизвршење уговора у француском и енглеском праву*,  
Анали Правног факултета у Београду, Београд 1985.

Tendler R., *Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles 2000.

Terre F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris 2012.

Treitel G. H., *Remedies for Breach of Contract, A comparative account*, Oxford 1988.

Treitel G. H., *The Law of Contract*, London 2007.

Treitel G. H., *An outline of The Law of Contract*, London 1989.

Treitel G. H., *Some Problems of Breach of Contract*, *The Modern Law Review*, Vol. 30, br. 2, Wiley, 1967.

Ђирић А., П., Цветковић *Битна повреда у општим изворима међународног привредног уговорног права*, Актуелна питања грађанске кодификације, Ниш 2008.

Fabre-Magnan M., *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2007.

Fabre-Magnan M., *La rupture du contrat: une occasion manqué de reforme, Regards comparatistes sur l'avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris 2010.

Fabre-Magnan M., *Termination of Contrat: A Missed Opportunity for Reform, Reforming the French Law of Obligations, Comparative reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription („the Avant-projet Catala”)*, Oxford and Portland, Oregon 2009.

Fages B., *Droit des obligations*, Paris 2007.

Farnsworth A., *Legal Remedies for Breach of Contract*, Columbia Law Review, Vol. 100, бр. 7, Columbia Law Review Association, 1970.

Flour J., Aubert J. L., Flour Y., Savaux E., *Droit civil, Les obligations, Le rapport d'obligation*, Paris 2004.

Fontaine M., Viney G., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etude de droit comparé*, Paris 2001.

Foriers P. A., Durant I., Germain J. F. и др., *La volonte unilaterale dans le contrat*, Bruxelles 2008.

Foster N., Sule S., *German Legal system and laws*, New York 2010.

Friel R. J., *The Law of Contract*, Dublin 2000.

Heldrich A., G. M. Rehm, *Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code, Comparative Remedies for Breach of Contract*, edited by N. Cohen, E. McKendrick, Oxford and Portland 2005.

Хибер Д., Павић В., *Contractual penalty clauses in recent Serbian arbitration practise*, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, Belgrade Law Review*, 3/2013.

Хибер Д., *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација, Београд 1991.

Хибер Д., *О појму отказа уговора са трајним извршењем*, *Правни живот*, бр. 3–4, Београд. 1995

Хибер Д., *Промена повериоца или новација и застарелост*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, Београд 2013.

Хибер Д., *Престанак станарског права*, магистарски рад, Београд 1982.

Хибер Д., *Уговорна казна и будуће задоцњење у испуњењу обавезе*, зборник радова „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ”, Београд 2013.

Cabrillac R., *Droit des obligations*, Paris 2010.

Canin P., *Droit civil, Les obligations*, Paris 2011.

Capitant H., *De la cause des obligations*, Paris 1927.

Capitant H., Terre F., Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris 2008.

Carbonnier J., *Droit civil, Les obligations*, Paris 1956.

Carnevali U., Gabrieli E., Tamponi M., *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale, La risoluzione*, Torino 2011.

Cartwright J., *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for Civil Lawyers*, North America 2007.

Cassin R., *Reflexions sur la Resolution judiciaire des Contrats pour inexécution*, Paris 1945.

Цигој С., *Улога каузе у аспектима накнаде уговорне штете, Уговори у међународној продаји робе*, Београд 1987.

Сigoј S. *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana 1962.

Cooke J., Oughton D., *The common law of obligations*, London 2000.

Cohen N., McKendrick E., *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford and Portland, Oregon 2005.



Corgas-Bernard C., *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, Marseille 2006.

Coester-Waltjen D., *The New Approach to Breach of Contract in German Law, Comparative Remedies for Breach of Contract*, Cohen N., McKendrick E., Oxford and Portland, Oregon 2005.

Criscuoli G., Pugsley D., *Italian Law of Contract*, Italia 1991.

Црнић И., Дика М. и др., *Радни односи у Републици Хрватској*, уредник Ж. Поточњак, Загреб 2007.

Chabas J., *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris 1931.

Chen – Wishart M., *Contract Law*, Oxford 2012.

Cheshire G., Fifoot C., *M. Furmston's, Law of Contract*, Oxford 2006.

Чолић Б., *Поништај и раскид уговора о продаји капитала и имовине*, Правни живот, бр. 5–6, Београд 2005.

Youngs R., *English, French and German Comparative law*, London – Sydney 1998.

Zenati F., *Les biens*, Paris 1988.

Zimmermann R., *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford 2005.

Zimmerman R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Capetown 2006.

Zimmerman R., *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, Roma 2002.

Zimmermann R., Whittaker S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000.

Zimmermann R., Johnston D., *Unjustified enrichment: surveying the landscape, Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge 2002.

Zweigert K., Kotz H., *Introduction to Comparative Law*, Vol. II, Oxford 1987.

## БИОГРАФИЈА

Катарина Доловић је рођена 11.10.1984. у Београду, где је завршила основну школу и Девету београдску гимназију као носилац дипломе “Вук Караџић”. Правни факултет Универзитета у Београду уписала је 2003. године, а дипломирала 2007. године са просечном оценом 9,97 и наградом из Фонда “Др Драгољуба Атанацковића” као најбољи студент Правосудног смера. Дипломске академске студије – мастер, грађанскоправни - имовинскоправни смер, уписала је 2007. године и исте завршила 2008. године са просечном оценом 10,00 одбранивши рад под називом “Улога јавног бележника код заложног права на непокретности”.

Докторске студије је уписала 2008. године на Правном факултету Универзитета у Београду. Током докторских студија положила је испит из предмета Методи научноистраживачког рада, први усмени докторски испит из предмета Грађанско право, Међународно приватно право и Арбитражно право, као и други део усменог докторског испита из предмета Трговинско право и Људска права. Израдила је и одбранила семинарски рад под насловом „Непостојећи уговори“, као и Пројекат докторске дисертације.

У звање сарадника у настави на предмету Грађанско право – општи део и Стварно право изабрана је у септембру 2010. године, а у звање асистента у новембру 2011. године. Изводи вежбе и из предмета Облигационо право. На Грађевинском факултету Универзитета у Београду ангажована је на мастер студијама у извођењу вежби из предмета Стварно право, на модулу Управљање непокретностима.

Од новембра 2008. године до децембра 2009. године волонтирала је у Четвртог општинском суду у Београду, а од децембра 2009. године била запослена у Четвртог општинском суду у Београду, односно од јануара 2010.

до октобра 2010. године у Првом основном суду у Београду на радном месту судијског приправника.

Била је ангажована на пројекту под називом “Право СЦГ и међународне судске институције” при Институту за упоредно право.

Говори енглески језик, служи се француским, италијанским и руским језиком.

Прилог 1.

## Изјава о ауторству

Потписани-а КАТАРИНА Половнџ  
број индекса ДС 2008-11

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ИЗДАВЕ ВОЈНЕ УСМЕРЕНЕ  
НА РАСКЛД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 28.5.2014.

Катарина Половнџ

Прилог 2.

## Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора КАТАРИНА ПОЛОВИЋ  
Број индекса АС 2008-11  
Студијски програм ДОКТОРСКЕ АКАДЕМСКЕ СТУДИЈЕ ПРАВА  
Наслов рада ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ИЗОБВЕ ВОБЕ УЧЕЊЕЊЕ НА ПРАСЦИ УГОВОРА ББДТ  
НЕИЗВРШЕЊА  
Ментор проф. др Драгољуб Кубер

Потписани/а КАТАРИНА ПОЛОВИЋ

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 28.5.2014.

Катарина Половић

Прилог 3.

## Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

ПРАВЕ ПОСЛЕДИЦЕ ИЗОЈАВЕ БОЈНЕ УСМЕРЕНЕ НА  
РАСКЛИ УГОВОРА ВОЈОТ ПЕЛЕРИЈЕЦА

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 28.5.2014.

Кабарина Золубић

1. Ауторство - Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, свом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. Ауторство – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.