

Elvedina Mamela*

NEISPUNJENJE UGOVORA U UNIDROIT PRINCIPIMA MEĐUNARODNIH TRGOVINSKIH UGOVORA I DOMAĆEM PRAVU

SAŽETAK

UNIDROIT Principi (skr. UPICC) kao jedinstveni koncept *lex mercatoria* predstavljaju akademski materijal za harmonizaciju i unifikaciju prava u mnogim zemljama. Njihova primjena je i šira a uglavnom se veže za oblast međunarodnih trgovinskih ugovora što u poslovnom svijetu predstavlja poseban izazov i viziju rješavanja problema u prekograničnim trgovinskim odnosima.

Institut neispunjenja ugovora iz poglavlja 7 UPICC je zapažen kao veoma jasan i koncizan set pravila koji generiše koncept bitnog neispunjenja ugovora. Ovaj koncept je zabilježen i u drugim instrumentima uz određena odstupanja.

Pri iznalaženju mogućnosti implementacije poglavlja 7 UPICC u naš pravni sistem proizilaze veliki benefiti mada bi se stvorile i poteškoće. Jasno se daje do znanja da je vrijeme krutih propisa prošlo i da vlada opći trend racionalizacije propisa. Kruti propisi su kočnica liberalnijem pogledu na domaće i transnacionalne trgovinske tokove. Trend za stvaranjem što jednostavnijih i razumljivijih pravila kojim bi se pokušali smanjiti troškovi pravnog tumačenja međunarodnih propisa i stimulirala prekogranična trgovinska saradnja stvara pretpostavke koje idu ka plauzibilnosti. Alternativni načini rješavanja sporova (arbitraže) dobili bi na značaju i na taj način bi se brže rješavali sporovi. Međutim, problemi oko implementacije se prije svega ispoljavaju u nedovoljnoj ustavnoj re-

* Mr.iur., ZD Rudnik mrkog uglja Kakanj

gulaciji. Uostalom ova ideja podrazumjeva i cjelokupne promjene sistema jer se novi pristup približava precedentnom sistemu. Zakoni su kratki, precedenti zapažen izvor prava dok se uloga sudije afirmiše do nivoa da postaje i supstitut samom zakonu. Uzor bi se mogao tražiti prije svega u nekim zemljama koje su prošle sličan put a danas se slove za uspješne zemlje, kao što je Estonija. Rješenja bi išla ka stvaranju jedinstvenog kodeksa za obligacione, privredne i potrošačke ugovore. To bi označilo i strukturne izmjene instituta koji se odnose na neispunjenje jer bi se sve odredbe objedinile na jednom mjestu dok bi se neke i ukinule. Detaljnijom analizom je utvrđeno da UPICC imaju i određenih nedostataka u pogledu obima primjene. U konkurenciji principa i njihovoj sličnosti, ipak, se izdvajaju DCFR kao instrument sa najkompaktnijim normativnim okvirom.

Ključne riječi: harmonizacija, unifikacija, recepcija, bitno neispunjenje, arbitraže.

UVOD

Posljednjih 20 godina XX i XXI vijeka, u mnogim zemljama desile su se značajne reforme propisa u cilju izjednačavanja pravila na međunarodnom nivou kako bi se ublažile poteškoće prometa roba i usluga. U tom kontekstu se može govoriti o međunarodnim i evropskim principima od kojih veliki publicitet uživaju UNIDROIT – Principi međunarodnih trgovinskih ugovora (skr. UPICC). Zbog svog sadržaja i praktičnosti primjene mnogi naučni krugovi su povećali interesovanje za UPICC. Interesovanje za UPICC označava prekretnicu u razvoju međunarodnog trgovinskog prava, jer je time oživljena ideja da srednjovjekovno trgovinsko pravo postane internacionalno. Međunarodni promet roba i usluga (*cross-border trade*) nerijetko izazove sporove između ugovornih strana koji završe u arbitražnom ili sudskom postupku. Obzirom da se radi o prisustvu međunarodnog elementa javljaju se

problemi na koje nailaze arbitri i sudije zbog neusklađenosti pravnih sistema, iznalazeći često različita rješenja pri čemu su nastajali stavovi sudske prakse koji će kasnije postati zapažen izvor prava. Naročit interes su izazvale pojedine ex-socijalističke zemlje koje su zbog neprilagođenosti pravnih sistema realnoj situaciji, napravile radikalni zaokret i napustile svoje rigidne pravne sisteme, praveći reformu pozitivnih propisa u duhu međunarodnih pravila. Poseban značaj se pridaje institutu neispunjenja iz UPICC. Poglavlje 7 UPICC se analizira kao pitanje koje predstavlja izazov i daje odgovore počevši od nacionalnih, pa sve do međunarodnih odnosa. Sam pojam neispunjenja ugovora u UPICC ima svoje specifičnosti u poređenju s našim obligacionim pravom. Obligaciono pravo BiH nije terminološki regulisalo institut neispunjenja mada se u navedeni kontekst svrstavaju termini kao što su raskid ugovora, docnja, odgovornost za materijalne i pravne nedostatke kao i šteta. U vezi s tim objašnjenje primjene UPICC omogućit će da se u tom kontekstu sagledaju odgovarajući instituti našeg obligacionog prava kao tekovinom evropsko-kontinentalne pravne tradicije.

Materija međunarodnog poslovnog prava se proučavala u onom obimu koji je bio koherentan s ideološkim shvatanjima prošlog sistema.¹ Nakon toga se desila preobrazba sistema praćena složenim društveno-političkim odnosima i promjenama državnog uređenja.² Još od kraja 1995. godine kada je potpisan Daytonski mirovni sporazum i kada su nastali temelji za uspostavu demokratskog uređenja, počeo je proces reformi. U tom procesu mnogi savezni propisi koji su egzistirali na teritoriji bivše države SFRJ su i dalje na snazi u BiH, jer su za vrijeme ratnih okolnosti preuzeti Uredbom o preuzimanju saveznih propisa.³ Ovaj podatak jasno ukazuje da se navedeni propisi još uvijek primjenjuju mada su pretrpjeli simbolične izmjene. Međutim, reorganizacija cjelokupnog sistema će

¹ A. Goldštajn, *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb 1967., 12.

² Vidi: http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf, (13.11.2012.)

³ Lj. Todorović, *Zakon o obligacionim odnosima*, Biblioteka mostovi, Sarajevo 1997., 5.

znatno uticati na reformu legislative donošenjem propisa koji moraju biti u skladu s komunitarnim pravom kao i međunarodnim poslovnim trendovima. Potporu svim tvrdnjama će doprinijeti i sudska praksa nastala primjenom UPICC. Zbog toga su nastale ideje koje bi uistinu predstavile način da se realizira višedecenijska inicijativa za uspostavom jedinstvenih pravila u oblasti međunarodne trgovine te doprinese unifikaciji i harmonizaciji prava.

1. UPICC i globalizacija

Samim usložnjavanjem društveno-ekonomskih kretanja, te zalaganjem za uvođenje liberalnije ekonomije kako bi se prevazišle barijere zbog različitosti društveno-političkih sistema, rezultiralo je potpisivanjem Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici s ciljem uspostavljanja četiri osnovne slobode, tj. slobode kretanja roba, osoba, usluga i kapitala.⁴ Sve te odrednice su nametnule potrebu i za stvaranjem pravila na globalnom nivou kako se ne bi otežavala nastojanja za progresivnijim razvojem ekonomije i širenjem tržišta. Dugo vremena je postojala ideja za ujednačavanjem Evropskog privatnog prava kako bi se premostile sve razlike koje nose različiti pravni sistemi. U prilog tome ide i činjenica da se primjenom nacionalnog prava u ugovorima s međunarodnim elementom proizvode nejasnoće i povećava pravna nesigurnost čak i kada se radi o kolizionim normama međunarodnog privatnog prava.⁵

Naime, proces unifikacije traje od kasnih 20-tih godina XX vijeka. Svi ti procesi su dobili značaj jer sama unifikacija zajedno s harmonizacijom pravila pretpostavlja globalizaciju.⁶ Čisto domaći pravni sistemi

⁴ Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske unije*, TDP, Sarajevo i GIZ GmbH, Sarajevo 2012., 27 i dalje.

⁵ „Metod određenja merodavnog prava putem kolizionih normi postao je predmet oštih kritika savremene doktrine u kojoj je široko prihvaćeno stanovište o tome da država nema legitimitet da uređuje međunarodni trgovinski odnos kad on izađe iz okvira njenog suvereniteta, te da ispoljavanje njenih ovlašćenja u takvom slučaju predstavlja određenu zloupotrebu prava“. (J. Perović, *Bitna povreda ugovora*, Međunarodna prodaja robe, Beograd 2004., 17.)

⁶ M. Heidemann, *Methodology of Uniform Contract Law*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007., 26-27.

ukorijenjeni su u pozitivizmu i teoriji nacionalne države tako da često ne mogu dokučiti probleme u prekograničnim odnosima. U ime toga je njemački profesor prava, Ernest Rabel, 1929. godine dao sugestije predsjedniku Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) Vittoriu Scialoju, za početak rada na formiranju unificiranog prava međunarodne prodaje. Prije tog vremena je postojalo međunarodno trgovinsko pravo koje se nužno moralo reorganizirati. UNIDROIT Institut je prihvatio prijedlog te je formirana komisija za unifikaciju međunarodnog prava. Rad na tekstu za izradu pravila je tekao još od 1980. godine. U toku 1985. godine došlo je do promjene naziva tako da je naziv „Progresivna kodifikacija međunarodnog trgovinskog prava” prerasla u „Principe međunarodnih trgovinskih ugovora“. Među vodećim aktivistima u izradi UPICC su bila tri čuvena profesora sa različitih pravnih sistema (civil law, common law i ex-socijalističkog sistema). Formirana radna grupa je pripremala preliminarne nacрте za svako poglavlje UPICC, uz brojne diskusije nakon kojih su se odluke donosile konsenzusom. Ti Nacrti su obrađivani i razmatrani na godišnjim zasjedanjima Upravnog odbora, a u konačnici su dostavljeni vladama 56 država članica. Prvi put su objavljeni početkom 1994. godine u vidu zbornika gdje se nalaze odredbe s određenim komentarima i preporukama da bi u maju 1994. godine, Upravni odbor dao i formalnu saglasnost za UPICC.⁷ Danas, UNIDROIT Institut broji 61 državu članicu među kojima se ne nalazi Bosna i Hercegovina⁸ mada je potpisnica njenih brojnih konvencija. Kao projekat na kojem su radili mnogi članovi iz grupe UNIDROIT, izdvaja se Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, poznata kao Bečka konvencija, proizašla iz dvaju Haških konvencija. Nakon toga su se počele stvarati različite ideje koje su rezultirale i novim projektima.

⁷ M. D. Živković, *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, JP Službeni glasnik, Beograd 2006., 135.

⁸ H. D. Gabriel, „An American Perspective on the 2010 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“, ur. C. Eckl, *et al.*, *Rabel Journal*, Max-Planck-Institut, 158 fn. 1.

U vezi s pomenutim aktivnostima, UPICC su predstavili prekretnicu u nastanku i razvoju međunarodnog trgovinskog prava.⁹ Oni su označili put koji vodi ka globalizaciji pravne misli tako što su dobili naziv *lex mercatoria* i na taj način izašli izvan nacionalnog okvira. Oni su prije svega usmjereni na prevazilaženje brojnih problema s kojima se susreće međunarodno trgovinsko pravo.

Kako su već deklarativno tretirani od početka, UPICC pretenduju da postanu moderna *lex mercatoria* u punom smislu riječi. Tu konstataciju potvrđuje činjenica da postoji odluka ICC broj: 7110 iz 1995. godine u kojoj nije primjenjivan sukob zakona a gdje su se strane odredile na primjenu „prirodnog prava“ što je učinilo vjerovatnim UPICC.¹⁰ Također, odluka ICC broj: 7375 iz 1996. godine ispoljava direktnu ekspresiju UPICC kao „općih pravnih principa“.¹¹

Od izuzetne važnosti je preambula UPICC koja predviđa njihovu primjenu kada su ugovorne strane prihvatile da se na njihov ugovor primjene opći pravni principi, *lex mercatoria* ili neka slična formulacija.¹² Iako za njihov nastanak nisu korišteni privatno-pravni propisi zemalja, mora se naglasiti da je značajan uticaj imao UCC i *Restatement (Second) of the Law of Contracts* iz SAD-a.¹³

⁹ M. J. Bonell, „UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the same Purposes?“, ur. M. Evans, *Uniform law review*, 1996/2, 230-231.

¹⁰ F. Bartolotti, „The UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals“, ur. H. Kronke, *Uniform law review*, 2000-1, 151, ICC partial award of 1995 in case 7110, in *Unif. L. Rev.* (1997), 812.

¹¹ *Ibid.*

¹² „Rečima profesora Bonela, predsjedavajućeg komisije, se navodi da su u samoj grupi postojali zagovornici „tradicionalističkog“, koji su želeli da se drže postojećih rešenja, posebno ako dolaze iz njihovog nacionalnog prava, i „inovatori“, koji su bili spremni da prihvate savremena rešenja i tendencije čak i kada su dolazili iz prakse nekog njima stranog pravnog sistema i kada nisu bili općeprihvaćeni. Kompromis postignut između ova dva tabora u radnoj grupi rezultirao je umerno progresivnim pravilima, koja uz poštovanje onoga što se smatra klasičnim u znatnoj meri usvajaju i modernija shvatanja“. (M. D. Živković, 136.)

¹³ „Amerikanci koriste poseban metod da bi učinili *common law* koherentnijim i pristupačnijim, donošenjem tzv. *Restatement of law* kao posebnih zbirki pravila u određenoj materiji. Ove Zbirke donosi Američki pravni institut (*American Law Institute*). *Restatements* ne predstavljaju izvore prava u formalnom smislu tako da ih ne obavezuje na primenu, ali ih uzimaju u obzir zbog „materijalnog autoriteta koji zavisi od ugleda Instituta“. (V. G. Popović/R. D. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Pravni fakultet u Banja Luci i Centar za pravo Evropske unije u Kragujevcu, Banja Luka-Kragujevac, 2010, 18 fn. 38.)

CISG je svojevremeno poslužila kao način da se napravi sažetak aktuelne metode *restatementa*.¹⁴ Međutim, UPICC su otišli korak dalje kako od CISG tako i američkog uzora, uvrštavajući u konačni dokument samo najbolje od postojećih propisa (*dernier cri de la jurisprudence*)¹⁵ i time utemeljili metodu kojom će se voditi sve naredne inicijative. Među mnogim naučnicima su se pojavile brojne nedoumice i sumnje u pogledu kvaliteta UPICC iako se u *lex mercatoria* ubrajaju i drugi principi tako da se pogrešno tumačila pravna priroda UPICC. U vezi s tim je donesen zaključak da *restatements* ne mogu označavati pravila koja ukazuju na međunarodno trgovinsko pravo. Oni su bez obzira na sve mogućnosti ujedno i pokušaj da se izbjegne mehanički karakter ugovora i da se u njih unese moral i pravičnost kako bi univerzalna pravila bila predodređena za masovnu upotrebu.¹⁶ Zbog toga se i navodi da svojom sadržinom i namjenom ne predstavljaju *restatement* po uzoru na američki model, nego samo *pre-statement* pravila.¹⁷

U vezi sa primjenom UPICC bitno je istaći da nacionalni sudovi ne mogu primjenjivati UPICC ali se njihova primjena zagovara u arbitražama. U prilog tome ide koncept zasnovan na slobodi ugovaranja mjerodavnog prava. Bilo je različitih ideja da se izjednači primjena državnog i nedržavnog prava od kojih je i prijedlog Uredbe RIM 1 ali je na kraju prevagnula primjena državnog prava. Ponekad i arbitraže mogu poslužiti redovnim sudovima u zauzimanju konačnog stava po određenom pravnom pitanju.

Novi dopunjeni UPICC iz 2010. godine su objavljeni u vidu zbornika, čiji su članovi praćeni odgovarajućim komentarima. Ako se uzme u obzir cjelokupan sadržaj može se izvesti zaključak da UPICC sadrže opća

¹⁴ Metoda u američkom pravu kojom se objedinjuju načela proteklog *case law*.

¹⁵ Protokol sjednice od 23.04.1968 u: *Annuaire UNIDROIT 1967-68 Tome II*, 254, 268.

¹⁶ E. C. Ritaine, „Nouvelle tendances en droit des obligations“, ur. serije H. Kronke, *Uniform law review*, 2008-1/2, 99.

¹⁷ H. Kronke, The UN Sales convention, *The UNIDROIT Contract Principles and the way beyond*, 488 fn. 22. <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Kronke.pdf>, (13.01.2013).; K. P. Berger, „The UNIDROIT Principles and new *lex mercatoria*“, ur. H. Kronke, *Uniform law review*, 2000-1, 169.

pravna pravila koja se odnose ne samo na ugovor o prodaji robe, nego i na druge trgovinske ugovore. Oni su postigli veliki uspjeh o čemu svjedoči veliki broj publikacija u cijelom svijetu, kao i u primjerima arbitražnih i sudskih odluka. Oni se ne odnose samo na ugovore nego i na trostrane pravne odnose među kojima je zastupanje ili ustupanje, ali i pitanja koja se tradicionalno regulišu imperativnim normama, kao što je zastarjelost.¹⁸ S obzirom na sadržaj i institute koji vode porijeklo iz evropsko-kontinentalne pravne tradicije, može se reći da su sačinjeni više u duhu zakona evropsko-kontinentalne tradicije nego kao pravila common law sistema.¹⁹ UPICC mogu pomoći sucima ili arbitrima u potrazi za odgovarajućim i fer rješenjem ukoliko se javi spor između dvije strane po pitanju određivanja nacionalnog prava, ili kada se *lex fori* ne može odrediti. U tom smislu, UPICC se mogu smatrati kao novi *ius commune*.²⁰

2. Neispunjenje ugovora u UPICC

Poglavlje 7 UPICC²¹ nosi naziv neispunjenje ugovora, a sastoji se od četiri odjeljka. Kroz navedene odjeljke mogu se uočiti pojmovi koji čine sintezu najpraktičnijih pitanja iz ugovornog prava koja zasigurno zavređuju pažnju kod domaćih i inostranih zakonodavaca. Pravila UPICC su tako postavljena na pravičan način²² da kada nastanu otežane okolnosti za ispunjenje, potiču stranke da otklone nedostatke, koji su nastali zakašnjenjem ili neurednim ispunjenjem i to produženjem vremena ispunjenja (davanjem naknadnog roka) kako bi se omogućilo strani koja kasni s ispunjenjem da je pravilno ispuni. Kada nastupe prepreke za ispunjenje koje se ne mogu savladati ni izbjeći, UPICC prvo

¹⁸ S. Fišer-Šobot, „Odgovornost prodavca za isporuku robe u međunarodnom i domaćem pravu“, doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad 2009., 12-13.

¹⁹ W. Tetley, „Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded)“, ur. H. Kronke, *Uniform law review*, 1999-3, 597 i dalje.

²⁰ M. J. Bonell, „UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the Same Purpose?“, *Uniform law review*, 1996/2, 245.

²¹ A. Rosset, „UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law, Focus on Chapter Seven“, ur. serije, M. Evans, *Uniform Law Review*, 1997-3, 441-450.

²² E. C. Ritaine, „Nouvelle tendances ed droit des obligations“, ur. H. Kronke, *Unifrom law review*, 2008-1/2, 99.

omogućavaju privremenu suspenziju obaveza, a ne neposredan raskid ugovora. Naime, u poglavlju 7 je zasebno regulisan institut neispunjenja koji se bavi svim aspektima neispunjenja ugovora te daje odgovor na brojne diskusije rješavanjem često i nepredvidljivih situacija. Kako iz prethodnog izlaganja proizilazi, oni usvajaju jedinstven koncept neispunjenja.²³ Prema definiciji iz člana 7.1.1, neispunjenje postoji kada jedna strana ne izvrši bilo koju od svojih ugovornih obaveza, uključujući neuredno ispunjenje i ispunjenje s docnjom. Za razliku od ostalih modela, UPICC previđaju institut bitnog neispunjenja obaveze (*fundamental non-performance, inexecution essentielle*) koji je u svojim osnovnim polazištima, blizak pojmu bitne povrede ugovora u CISG.

Ako se uzme u razmatranje institut neispunjenja, jedna ugovorna strana uvijek snosi rizik u odnosu na drugu ugovornu stranu zbog mogućeg neispunjenja koje može nastati kao posljedica činjenja, nečinjenja ili nekog drugog događaja.²⁴ Pravilo istovremenog ispunjenja obaveze nalaže da jedna strana uvijek može uskratiti ispunjenje svoje obaveze sve dok druga strana ne ispuni svoju obavezu.²⁵ Često dolazi i do situacija gdje se obaveze ispunjavaju sukcesivno, te strana koja treba ispuniti svoju obavezu nakon prve ugovorne strane može pridržati svoje ispunjenje sve dok svoju obavezu na ispuni prva strana.²⁶ Ovaj član oslikava refleksiju odredbi iz evropskog civilnog prava s velikim sličnostima i našem ZOO, poznatom od ranije kao koncept *exemptio non adimpleti contractus*.²⁷ Važno je napomenuti da UPICC ne sadrže posebnu odredbu o raskidu ugovora s uzastopnim obavezama. Oštećenoj strani je ostavljena mogućnost da obavijesti drugu stranu, te da joj se ostavi dodatni rok

²³ J. Rajski, „New Developments in International Commercial and Consumer Law“, ur. J. B. Ziegel, *Challenges of Adapting Law to Market Economies in Post-communist Central European Countries*, Hart publishing, Oxford 1998., 383-395.

²⁴ Član 7.1.2 UPICC.

²⁵ Član 7.1.3 (1) UPICC.

²⁶ U slučaju broj (2007) Hai Min Chu Zi No. 1839 od 28.06.2007. godine pri Beijing Haidian District People's Court između Beijing Tongwei Fangyuan Ceramics Trade Centre v. Beijing Hongjian Decoration Engineering Co., Ltd. Republika Kina, je primjenjen član 7.1.3 (2). www.unilex.com (23.11.2012.)

²⁷ Iako institut pridržaj vlastitog ispunjenja (*withholding performance*) nije decidno regulisan u ZOO, ipak se može pronaći dodirna tačka sa članom 122. ZOO u vezi sa pravilima istovremenog ispunjenja.

razumne dužine (*period of time of reasonable length, délai supplémentaire de durée raisonnable*) za ispunjenje ugovorne obaveze. Strana koja nije uredno ispunila obavezu u ugovorenom roku zadržava pravo da može o svom trošku otkloniti neispunjenje pod uvjetom da bez potrebnih odgađanja obavijesti drugu stranu o predloženom načinu i vremenu ispunjenja. Ugovorna strana koja je uredno ispunila svoju obavezu nema legitimnih interesa da odbije naknadno ispunjenje ugovorne obaveze s tim da se obaveza mora odmah izvršiti.²⁸ Bez obzira na naknadno ispunjenje ugovorne obaveze (neovisno o tome da li se radi o docnji ili neurednom ispunjenju), oštećena ugovorna strana ima pravo na naknadu štete zbog docnje, odnosno neurednog ispunjenja obaveze, kao i zbog bilo kojeg vida štete koja je nastala ili nije spriječena naknadnim ispunjenjem.²⁹ Iz svega navedenog proizilazi da je davanjem naknadnog roka za ispunjenje obaveze, ispoštovano načelo *pacta sunt servanda* kao jedno od osnovnih načela ugovornog prava koja predstavlja prekretnicu i oslonac ugovornim stranama u trgovinskim sporovima.

Neispunjenje ugovorne obaveze se može opravdati, ukoliko ugovorna strana koja nije ispunila obavezu dokaže posljedicu određenog djelovanja koje je izvan njene kontrole (više sile), kao i da takvo djelovanje nije mogla razumno očekivati obzirom na vrijeme zaključenja ugovora, ili da je razumno smatrala da će moći spriječiti takvo djelovanje kao i posljedice tog djelovanja. Ugovorna strana koja zbog više sile ne može da ispuni svoju obavezu, dužna je da drugu stranu obavijesti o tim preprekama kao i o njegovom uticaju na nemogućnost ispunjenja ugovorne obaveze.³⁰ Ukoliko strana koja nije ispunila ugovornu obavezu obavijesti drugu stranu da neće ispuniti obavezu ni u naknadnom roku, oštećenoj ugovornoj strani stoje na raspolaganju pravna sredstva kao što je raskid ugovora i naknada štete. Bitno je istaći da za neznatni nedostatak ispunjenja, oštećena strana nema pravo na raskid ugovora. Da se mora

²⁸ Član 7.1.4 UPICC. (Naknadno izvršenje obaveze od strane dužnika).

²⁹ Član 7.1.5 UPICC. (Naknadni rok za ispunjenje).

³⁰ „Federalni arbitražni sud Volgo-Vyatsky Distrikta Ruske federacije“. www.unilex.com (23.11.2012.)

poštovati svrha ugovora i opravdano očekivanje stranaka govore i klauzule izuzeća koje daju mogućnost strani koja nije ispunila ugovor da ga djelimično izmjeni i na taj način ispuni obavezu.³¹ Oni su u velikom obimu potaknuli praksu gdje su donesena zanimljiva stajališta na način da je prošireno polje djelovanja i na ugovore koji nemaju trgovinski karakter.³²

Po pitanju prava na ispunjenje posebno je navedeno neispunjenje novčanih i nenovčanih obaveza. Poput CISG i engleskog prava, za povredu ugovora se ne traži element krivice jedne ugovorne strane. Pravo na ispunjenje podrazumjeva: ispunjenje nenovčanih obaveza (u naturi)³³ i zamjenu ili otklanjanje oštećene stvari. Oba ova pravna sredstva su taksativno određena³⁴ mada član 7.2.2 govori o pravu na ispunjenje nenovčanih obaveza koje trpi značajna ograničenja.³⁵ Inače, pravila UPICC su takve strukture da prilikom nastanka poteškoća tokom ispunjenja, potiču stranke da otklone nedostatke, koje su nastale zakašnjenjem ili neurednim ispunjenjem, i to produženjem vremena ispunjenja (*additional period of time*), kako bi se omogućilo strani koja nije blagovremeno ispunila obavezu, da ispuni obaveze. Izuzimanjem kaznenih klauzula održava se dosljednost poštivanja legitimne svrhe ugovora i mogućnost da se preduprijedi nepoštivanje načela savjesnosti i poštenja.³⁶

³¹ Član 7.1.6 UPICC. (Klauzule izuzeća).

³² „Odluka Vijeća povjerenika od 23.09.2007. godine između Vlade Iraka i Upravnog vijeća UN za potraživanja šteta nastalih iz iračke invazije i okupacije Kuvajta može se analizirati primjena UPICC. Pri dosudi troškova koji su nastali ublažavanjem štete primjenjena je odredba člana 7.4.8 (1) i (2) UPICC“. www.unilex.com (23.11.2012.)

³³ Slijedeći pristup iz člana 46. CISG, „specific performance“ iz člana 7.2.2 UPICC predstavlja pravo povjerenika da u okviru prava na ispunjenje, zahtijeva od dužnika ispunjenje nenovčanih obaveza.

³⁴ A. Rosett, „UNIDROIT-Principles and Harmonization of International Commercial Law, Focus on Chapter Seven“, ur.serije M. Evans, *Uniform law review*, 1997/3, 448.

³⁵ „Npr. u engleskom pravu ispunjenje u naturi (*specific performance*) postoji, ali samo kao izuzetak od opšeg pravila, pre svega u sistemu *equity*. Do izvršenja u naturi najčešće dolazi u onim slučajevima kada naknada štete ne može biti adekvatna (npr. predmet obaveza je jedinstven, kao u sporovima povodom nepokretnosti), ili je visina pretrpljene štete nedorečena, ili ju je teško odmeriti. (D. Pavić, Opšti pogled na neizvršenje ugovora u Principima evropskog ugovornog prava, „Načela Evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo“, ur. R. D. Vukadinović, Pravni fakultet u Kragujevcu 2001., 223 fn. 34.)

³⁶ *Ibid.*, 447-449.

Postupak raskida ugovora kao segmenta neispunjenja u UPICC je mnogo pojednostavljen i praktičan. UPICC predviđaju vansudski sistem raskida ugovora koji se ostvaruje izjavom o raskidu upućenoj drugoj ugovornoj strani kao napredno rješenje radi ekspeditivnijeg rješavanja sporova. Prema članu 7.3.2 pravo jedne ugovorne strane da raskine ugovor ostvaruje se davanjem obavještenja suprotnoj strani (st.1). Ukoliko ponuda za ispunjenje ugovora bude dostavljena sa zakašnjenjem ili da na neki način nije u skladu s ugovorom, povjerilac gubi pravo na raskid ugovora osim ako je o tome dostavio obavještenje suprotnoj strani u razumnom vremenu na ime ponude ili nesaobraznog ispunjenja (st.2). Naime, ispunjenje ugovora mora postati imperativ, jer se po svaku cijenu treba omogućiti ispunjenje savjesnoj strani. Ukoliko pak ne dođe do ispunjenja ugovora, osnova da povjerilac može raskinuti ugovor jeste princip bitnog neispunjenja obaveze, gdje su *exempli causa* navedeni kriterijumi za utvrđivanje postojanja bitnog neispunjenja. U okviru kriterijuma koje je potrebno imati u vidu, principi alternativno navode namjerno neispunjenje s jedne strane,³⁷ kao i slučaj kada se oštećena strana ne može osloniti na ispunjenje obaveze dužnika.³⁸ U ovom drugom slučaju daje se osnov za primjenu instituta predvidljivosti neispunjenja (*anticipatory non-performance*). Dakle, pravo na raskid ugovora ostvaruje se ukoliko se radi o bitnom neispunjenju obaveze, gdje će se obratiti pažnja na okolnosti da li neispunjenje bitno lišava oštećenu stranu onoga što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takav rezultat nije unaprijed predviđen, da li se radi o nekoj obavezi koja predstavlja suštinu ugovora, da li je neispunjenje namjerno ili je posljedica nepažnje, da li neispunjenje predstavlja razlog za ubjeđenje da se obaveza neće ispuniti, u smislu da se oštećena strana ne može oslanjati na ispunjenje u budućnosti, da li je došlo do nesrazmjernosti (povreda načela ekvivalentnosti) i sl.³⁹ U svakom slučaju, obaveza oštećene strane jeste da

³⁷ Član 7.3.1 (2) c. UPICC, (Neispunjenje je namjerno ili bezobzirno).

³⁸ Član 7.3.1 (2) d. UPICC, (Neispunjenje daje oštećenoj strani razlog da se ne može osloniti na buduće ispunjenje druge strane).

³⁹ Član 7.3.1 UPICC. (Pravo na raskid ugovora).

dostavi pismenu obavijest radi raskida ugovora. Ukoliko obavijest bude poslata sa zakašnjenjem ili bude nesaobrazna sa ugovorom, oštećena strana gubi pravo na raskid ugovora izuzev ako u obavještenju nudi razuman rok (*reasonable notice*) za otklanjanje nedostataka. Identičan primjer postoji i za slučaj otklanjanja nedostataka kod nesaobraznog ispunjenja.⁴⁰ Ako se prije datuma ispunjenja utvrdi bitno neispunjenje, druga strana također ima pravo na raskid ugovora.⁴¹

Sastavni dio UPICC čine i pravila o prijevremenom ispunjenju. Može se reći da pojam prijevremeno ispunjenje⁴² predstavlja ispunjenje obaveze prije ugovorenog roka, jer jedna strana može da primi ili odbije ispunjenje u skladu s legitimnim očekivanjima,⁴³ ali se sve tretira u okviru načela savjesnosti i poštenja. Sva prava i obaveze koje proisteknu iz ugovora u slučaju prijevremenog ispunjenja i njegovog prihvatanja od strane povjerioca neće biti relevantne, jer će se smatrati da od ugovorenog roka teku sva prava i obaveze. Samim tim je jasno naglašen kvalitet i pažnja kreatora UPICC jer se strogo vodi briga da se jedna strana ne dovede u zabludu. Može se reći da su pravila o prijevremenom ispunjenju ugovora opravdana, naročito ako se uzmu i primjeri iz nekih drugih pravila od kojih je zanimljivo poglavlje 2-609 (1) UCC,⁴⁴ na temelju kojih postoji obaveza stranke da ne umanjuje legitimna očekivanja da će ugovor biti uredno izvršen. Da bi se otklonile bilo kakve dileme, postoji mogućnost da se zaključenjem ugovora definiraju i određena sredstva obezbjeđenja ispunjenja ugovora. Ukoliko se ne sprovedu mjere na obezbjeđenju ispunjenja, zainteresovana strana može raskinuti ugovor. U svakom slučaju je predviđena restitucija a ukoliko nije moguće vratiti stvari onda se uzima u obzir novčana protuvrijednost. Nova redakcija iz 2010.g. sadrži odredbe koje ukazuju da se primatelj ispunjenja neće obavezivati

⁴⁰ Član 7.3.2 UPICC.

⁴¹ Član 7.3.3 UPICC.

⁴² Član 6.1.5 (1), (2) i (3) UPICC.

⁴³ „Vrhovni sud Španije u predmetu broj: 1092/2008 od 12.03.2008“. www.unilex.com (23.11.2012.)

⁴⁴ Uniform Commercial Code § 2-609. Pravo na adekvatno obezbjeđenje ispunjenja.

na povrat uključujući i troškove⁴⁵ koji su potrebni za očuvanje tih primljenih stvari⁴⁶ ukoliko je za to odgovorna neka druga strana.

Svaki segment neispunjenja obaveze daje isključivo pravo oštećenoj strani na naknadu štete samostalno ili u kombinaciji s drugim sredstvima. Naknada štete podrazumjeva i izmaklu dobit mada oštećena strana zadržava pravo i na naknadu nematerijalne štete za fizičku i duševnu bol zbog neugodnosti koje je pretrpila zbog neispunjenja. Naknada štete kod zemalja evropsko-kontinentalne tradicije je definirana kao obična šteta (*damnum emergens*) i izgubljena dobit (*lucrum cessans*). Međutim, kod UPICC je malo jednostavnija regulacija mada oštećena strana ima punu naknadu kao i naknadu za izgubljenu dobit koju je opravdano očekivala od ugovora (*loss of bargain, consequential damages*).⁴⁷ Naknada štete podrazumjeva i buduću štetu s razumnim stepenom izvjesnosti da će nastati kao i gubitak prilike za sklapanjem ugovora koja je mogla da bude s drugom ugovornom stranom. Odredbe oko gubitka prilike nisu decidno navedene i predstavlja *questio facti*.⁴⁸ Ako se iznos štete ne može izraziti u dovoljnoj mjeri, procjena i naknada štete je prepuštena sudu koji će izvršiti kvantificiranje štete. Odgovornost za štetu, podrazumjeva i onu štetu koja je nastala od strane koja je mogla predvidjeti njen nastanak prilikom zaključenja ugovora.⁴⁹ Gubici nastali poslije zaključenja ugovora cijenit će se prema subjektivnim kriterijima, tj. prema savjesnosti prodavca u vrijeme zaključenja ugovora.⁵⁰

Također, oštećena strana koja je raskinula ugovor, ili ako je napravljena zamjenska obaveza, može zahtijevati doplatu do ugovorene cijene, kao i naknadu za buduću štetu.⁵¹ Sve u svemu, oštećena strana nema pravo na

⁴⁵ Član 7.3.5 UPICC.

⁴⁶ Član 7.3.6 (1), (2), (3), i (4) UPICC.

⁴⁷ Član 7.4.2 UPICC.

⁴⁸ Član 7.4.3 UPICC.

⁴⁹ Član 7.4.4 UPICC.

⁵⁰ S. Fišer-Šobot, 235.

⁵¹ Član 7.4.5 UPICC.

štetu ukoliko u momentu nastanka štetnog događaja nije preduzela korake na smanjenju štete. To se odnosi i na troškove koji nastaju pri poduzimanju koraka za smanjenjem štete na teret druge strane. Ukoliko se ne isplati šteta na vrijeme plaća se kamata koja se mjeri kao kamata za kratkoročne kredite u mjestu plaćanja ili ako u toj državi nema te stope onda u zemlji plaćanja. U teoriji su se otvorila opsežna razmatranja u vezi s članom 7.4.9 u kojem je navedeno da ovaj način računanja kamate nije prikladan i da se ista ima računati po *lex nationalis* prodavatelja.⁵² U vezi sa štetom, predviđena je i dodatna šteta ako nastanu enormne štetne okolnosti za drugu stranu. Šteta na nenovčane obaveze je paušalna. U svakom slučaju se šteta može i ugovarati kao i smanjivati ako se pokaže da navedene okolnosti nisu značajno uticale za nastanak štete. Naknada štete je predviđena alternativno u valuti u kojoj je izražena novčana obaveza ili u valuti u kojoj je pretrpljena šteta, u zavisnosti šta je prikladnije.⁵³ Naknada štete se odmjerava prema okolnostima slučaja i interesima oštećene strane. Prof. Sieg Eiselen je istakao svoje mišljenje i ukazao da CISG i UPICC ne sadrže izričitu odredbu o načinu i vremenu u kojem se šteta obračunava. Ipak, temeljni princip koji je izražen u članu 76 CISG i članu 7.4.6 UPICC upućuju na trenutne cijene robe prilikom obračuna iznosa štete. To bi značilo da se šteta obračunava kada je tužitelj podnio zahtjev, a ne u vrijeme povrede. Zanimljivo je i mišljenje prof. Brune Zeller koji navodi da član 7.4.6 UPICC koristi jednostavan jezik te bi bilo korisno pomenute odredbe UPICC proučiti prije analize člana 76. CISG pri pokušaju da se donese rješenje. Na kraju je zaključeno da je bitan momenat za obračun štete, ono vrijeme raskida ugovora, kada je povreda utvrđena od druge strane.⁵⁴ Ovdje je prikazan izuzetno strog način protiv strane koje nije izvršila obavezu što je pomalo i nerazumno obzirom da su ostavljene izuzetno velike mogućnosti za pitanje štete. Bez obzira na sve navedene prednosti, u odredbi člana 7.4.13 UPICC mogu se zapaziti prekomjerne mogućnosti koje se pružaju jednoj ugovornoj strani

⁵² „Arbitražna odluka od 15.06.1994 godine donesena od Međunarodnog arbitražnog suda Federalne privredne komore u Beču u sporu između austrijske i njemačke kompanije“. www.unilex.com (23.11.2012.)

⁵³ Član 7.4.12 UPICC.

⁵⁴ „Međunarodno ekonomsko i trgovačko vijeće Narodne Republike Kine“. www.unilex.com (23.11.2012.)

te bi se ova nastojanja trebala dovesti na jedan razuman nivo. Naknada štete kod međunarodne i domaće prodaje robe treba da obešteti kupca i nema kazneni, penalni karakter. Osnovni cilj naknade štete jeste da se oštećena strana stavi u isti ekonomski (materijalni) položaj u kome bi bila da je druga ugovorna strana uredno izvršila svoju ugovornu obavezu (načelo pozitivnog ugovornog interesa).⁵⁵ Ovom regulacijom je obezbeđen sistem zaštite da se oštećenoj strani naknadi obična šteta i izgubljena dobit, a nikako da se kroz štetu omogućava obeštećenje koji vodi do bogaćenja.⁵⁶

3. Koncept neispunjenja iz UPICC kao primjer za harmonizaciju ugovornog prava

Glavno pitanje kojem se oduvijek pokušava pronaći odgovor odnosi se na globalizaciju za koju UPICC nude praktična rješenja. Poglavlje 7 UPICC je već uveliko postalo *in medias res* razmatranja u međunarodnim trgovinskim odnosima, jer reguliše oblast neispunjenja ugovora. Međutim, *lex mercatoria* nije jasno definisana i formalno postavljena tako da se mnoge zasluge pridaju i ostalim principima pri čemu svaki od njih ima svoj *raison d'être*. Stoga se ne može umanjivati njihov značaj, jer oni predstavljaju oponente UPICC zbog svojih kvalitativnih i kvantitativnih osobina. Ono što najviše privlači pažnju jeste i činjenica da je u njihovoj izradi učestvovala grupa naučnika koji su nesebično radili na stvaranju pravila novog vremena kako bi se otklonile barijere u nacionalnim zakonodavstvima. Put ka globalizaciji pravne misli je počeo 1980. godine donošenjem Konvencije UN o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija, CISG). Među mnogim državama koje su ratifikovale CISG bila je i Jugoslavija, preko koje je BiH putem sukcesije preuzela obaveze 6. marta 1992. godine.⁵⁷ CISG reguliše neispunjenje u poglavlju III CISG

⁵⁵ S. Fišer-Šobot, 219.

⁵⁶ UNIDROIT Principles International Commercial Contract 2010, 268.

⁵⁷ „Kao izvor jugoslovenskog prava u ovom domenu opravdano bi se mogla svrstati i Bečka konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe, koja je ratifikacijom postala sastavni deo našeg pozitivnog prava

sa institutom bitne povrede ugovora. Ova koncepcija se razlikuje od engleske „bitne povrede“ i sa tom doktrinom nema mnogo sličnosti.

Još prije stupanja na snagu CISG, danski profesor Ole Lando na simpoziju 1974. godine pod nazivom „Nove perspektive za zajedničko pravo Evrope“ je postavio temelje za stvaranje jedinstvenog Evropskog trgovinskog zakonika ili Evropskog ugovornog zakonika.⁵⁸ Dakle, ambicija Komisije za evropsko ugovorno pravo je bila da se utvrde opća pravila ugovornog prava koja se mogu smatrati zajedničkom jezgrom svih nacionalnih sistema Evropske Unije. Ideja je riješena analogno američkom *Restatement of Law*⁵⁹ kao *soft law* sa razlikama u pogledu cilja donošenja. PECL alternativno propisuju fundamentalnu (bitnu) povredu u tri slučaja.⁶⁰

Poseban značaj u okvirima moderne *lex mercatoria* zauzima DCFR koji predstavlja do sada najznačajniju inicijativu za stvaranjem jedinstvenog Evropskog ugovornog prava. Uzor za nastanak DCFR može se pripisati PECL sa izvjesnim odstupanjima.⁶¹ Za slučaj neispunjenja primjenjuje se institut bitnog neispunjenja ugovora.⁶²

Javila su se i oprečna mišljenja da opcionim instrumentom prema tački 14. Uredbe RIM 1 nije DCFR nego Prijedlog Uredbe za Evropsko zajedničko pravo prodaje (*Common European Sales Law*) koju je 11.10.2001. godine prezentirala Komisija EU navodeći da se može primjenjivati kao

(Službeni list SFRJ, dodatak međunarodni ugovori br. 10/1/84),“ (D. Pavić, „Opšti pogled na neizvršenje ugovora u Principima evropskog ugovornog prava“, *Načela Evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*“, ur. R. D. Vukadinović, Pravni fakultet u Kragujevcu 2001., 216 fn. 3.)

⁵⁸ M. J. Bonell, „The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?“, *Unifrom law review*, 1996/2, ur. M. Evans, 232.

⁵⁹ S. Petrić, Uvod u Načela evropskog ugovornog prava (Landova načela), *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (1991)* v. 29, br. 1. 2008 1, 27 fn. 110, <http://hrcaak.srce.hr/file/39996>, (07.12.2012.)

⁶⁰ Član 8.103 PECL.

⁶¹ M. B. M. Loos, *Sales law in the DCFR*, 1-2, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1640525## (19.09.2012.)

⁶² Član III-3:502(1) DCFR.

nedržavno pravo. I ovaj instrument reguliše jedinstveni pojam neispunjenja u smislu bitnog neispunjenja ugovora.⁶³

Naime, CISG je poslužila kao startna osnova za nastanak PECL a samim tim i za DCFR dok je potrošačka Direktiva 99/44 prilagođena da bi se obezbjedio minimum zaštite potrošača. Direktiva 1999/44/EC o određenim aspektima prodaje potrošačke robe i garancijama obrađuje materiju ugovornog prava. Sam DCFR predstavlja simbiozu PECL i Direktive 99/44. Kod direktive prodavac mora voditi računa da ispuni saobraznost robe jer u suprotnom se generira osnov za raskid ugovor. U ovom segmentu zaštite, potrošaču su data iznimna prava što ponekad odstupa od osnovnih ugovornih načela.

No, njezin sadržaj na području privatnog prava dobija sasvim novu dimenziju. Ona je dobar primjer onoga što se naziva kvalitativnim razvojem postupka ujednačavanja prava država članica.⁶⁴ Direktiva na području privatnog prava, gubi svoje provobitno značenje pukog sredstva ujednačavanja, te se svojim sadržajem i svojim učinkom sve više približava nekoj vrsti zakona Evropske zajednice.⁶⁵ To ponajprije može potvrditi činjenica da je u toku izrade Prijedlog Zakona o zaštiti potrošača Republike Srbije u kojem bi se proširila primjena i na ostale subjekte.⁶⁶

Kolika su nastojanja na brisanju granica između domaćeg i međunarodnog prava, govori i činjenica da je novi draft člana 2 UCC pretrpio izmjene kako bi bio koherentan s odredbama CISG, UPICC, INCOTERMS⁶⁷ i drugih međunarodnih izvora. Čak su i pitanja oko neispunjenja regulisana u poglavlju 26 UCC i to odredbe o neispunjenju

⁶³ Član 114 (1) CESL.

⁶⁴ N. Gavella, *et al.*, *Evropsko privatno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb 2002., 173-174.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Z. Meškić, *et al.*, „Consumer sales directive (99/44)“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu*, Knjiga 3. Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Beograd 2010., 519-520.

⁶⁷ Radi se o redefiniranim trgovinskim pravilima od strane Međunarodne trgovinske komore (International Chamber of Commerce, skr. ICC.)

ugovora zajedno s posljedicama koje proizilaze.⁶⁸ Joachim Bonell je nastojao da UPICC postanu međunarodni restatement ugovornog prava koji će se moći primjenjivati u duhu propisa koji nemaju osnovu u nacionalnim zakonodavstvima.⁶⁹ Ova nastojanja su se opravdavala činjenicom da su različiti trgovinski odnosi doprinijeli na direktan ili indirektan način harmoniziranju pravila, a kroz teoriju su predstavljeni unifromni običaji i praksa nastala prilikom zaključivanja različitih ugovora. Najbolji primjer proizišao je kod ugovora o kreditu kao primjer prakse u kreditnom poslovanju gdje su se u pojedinačno zaključene ugovore umetale odredbe UPICC. Dakle, iz pojedinačnih odnosa se razvijala praksa koja je dosegla daleko iznad normativa države i njenog angažmana u rješavanju ovih odnosa. Zbog toga se često govori da je intervencija države u ovoj oblasti svedena na minimum.⁷⁰

3.1. *Recepcija UPICC*

Svojim prihvatljivim sadržajem i ciljem kojim se vodio njihov tvorac, UPICC su poslužili kao referenca za nastanak novih kodifikacija među kojima su najzapaženije: novi Građanski zakonik Holandije, novi Građanski zakonik Kvebeka i novi Građanski zakonik Rusije. Oni su bili prepoznati u mnogim zemljama tako da su izvršene reforme zakonodavstava gdje se naročito izdvajaju Estonija, Litvanija, Češka Republika, Škotska, Tunis, Novi Zeland, SAD. UPICC su poslužili i za elaboraciju jedinstvenog zakona iz oblasti trgovačkog prava od OHADA koja je okupila 15 frankofonskih zemalja.⁷¹ Može se reći da je cjelokupna reforma značajno inspirisana američkim *Restatementom* pa se nedvojbeno može reći da je namjera tvorca UPICC u većem obimu i realizirana.⁷²

⁶⁸ J. White/R. Summers, *Uniform commercial code*, Poglavlje 26 UCC Neizvršenje i posljedice neizvršenja ugovora.

⁶⁹ A. Rosett, (1997 a), 446.

⁷⁰ *Ibid.*, 441.

⁷¹ M. J. Bonell, „UNIDROIT Principles in Practice: The First Two Years“, ur. Malcolm Evans, *Uniform law review*, 1997-1, 45.

⁷² E. A. Farnsworth, „The American Provenance of the UNIDROIT Principles“, ur. H. Kronke, *Uniform law review*, 1998-2/3, 397 i dalje.

Važno je istaknuti da UPICC i PECL ne predstavljaju obavezujuće dokumente. Neki smatraju da bi se ova dva instrumenta mogla spojiti u jedan, ali je to nerealistično zbog razlika u područjima njihove primjene.⁷³ UPICC bi u budućnosti mogli prerasti u konvenciju te bi PECL postali praktično neupotrebljivi, ali bi mogli primjera radi, da posluže u domaćem i prekograničnom prometu između prodavca i potrošača koji nije pokriven s UPICC. Uostalom oni bi mogli da postanu i dio budućeg Općeg evropskog građanskog zakonika iz oblasti privatnog prava koji je donesen od strane Evropskog parlamenta i koji je objavljen u dvije rezolucije. Dakle, UPICC bi bili aktuelizirani na globalnom nivou, primjenjivi u skoro svim državama svijeta dok bi se primjena PECL shodno nazivu ograničila samo na Evropu.⁷⁴ Ako se uporede prilike koje su vladale u pojedinim zemljama koje baštine istu ili sličnu tradiciju i napravi prospekcija i na BiH koja je pokazala interes na putu ka EU, rezultat će zaključcima koji bi bili korisni i za cjelokupnu reformu našeg prava.⁷⁵

Malcom Evans je učinio sve napore i uveliko se zalagao za stvaranjem jedinstvenog zakonika koji bi dao odgovore na sve praktične potrebe. Međutim, protekom vremena može se primjetiti da se stvari kreću u datom cilju, jer uspjeh u praksi UPICC je iznad očekivanja. Kao dodatan praktični razlog navodi se u citatu iskusnog američkog advokata koji je rekao da postoji veliki značaj UPICC svim stranama u postupku zbog njihove širine i dostupnosti sudu. Vizija pravnog poretka 21. vijeka i jeste sve izražajnije približavanje između međunarodnog i domaćeg prava.⁷⁶ Obzirom na njihov opći karakter uslijedile su reforme u mnogim sistemima koje su nagnale zakonodavce da izvrše reforme svojih

⁷³ M. J. Bonell, „UNIDROIT Principles and European Principles: Similar Rules for the Same Purpose?“, ur. M. Evans, *Uniform law review*, 1996/2, 244.

⁷⁴ *Ibid.*, 244-245.

⁷⁵ D. Vuletić, *Konkurencija i državna pomoć: Bosna i Hercegovina*, 2004., 6).

<http://www.mozaik.ba/html/pdf%20konkurencija%20i%20drzavna%20pomoc.pdf>.

⁷⁶ F. K. Juenger, „The lex mercatoria an private international law,“ ur. H. Kronke, *Unifrom law review*, 2000-1, 171.

građanskih zakona u smislu prilagođavanja propisa međunarodnim trgovinskim tokovima. Krizom 90-tih godina i slabljenjem socijalističkog režima mnoge zemlje su napravile radikalni zaokret i bez većih poteškoća se okrenule tržišnom sistemu privređivanja.⁷⁷ Od svih zemalja koje su prepoznale nastojanja unifikacije i harmonizacije kao šireg svjetskog trenda posebno u pogledu poglavlja 7 se izdvaja Estonija.

Kao zemlja u tranziciji koja se nosila s krizom privrednog sektora, poduzela je mjere na reformi obligacionog prava s posebnim akcentom na institut neispunjenja ugovora. Reforma je značajno izašla iz tradicionalnog okvira, prihvatanjem općih pravnih principa tako da Estonski zakon o obligacijama (*Law of Obligations Act*)⁷⁸ sada u svojim odredbama sadrži jedinstveni koncept neispunjenja kakav je predstavljen u članu 7.1.7 UPICC.⁷⁹ Ne može se isključiti uticaj i ostalih međunarodnih principa po pitanju neispunjenja ugovora od kojih je naročito došao do izražaja član 79. CISG i član 8:108 PECL. U okviru segmenta neispunjenja evidentna su dva nova pojma, bitno i nebitno neispunjenje.⁸⁰ Pri analizi uticaja UPICC i PECL prilikom formiranja strukture Estonskog zakona o obligacijama i uticaj pravnih transplatacija u društvu, ne treba zaboraviti da su oba modela predstavljala zakone u obliku „principa“ kao skupovi pravila koji sadrže najznačajnije principe ugovornog prava. Zbog toga estonski zakon prepoznaje jedinstveni koncept neispunjenja obveze slično članu 7.1.1 UPICC, gdje korištenje

⁷⁷ „Zakoni usvojeni u različitim srednjoevropskim postkomunističkim zemljama, iako prikazuju temeljne sličnosti, često se razlikuju (ponekad u velikoj mjeri), kako u zakonodavnom obliku tako i u njenom sadržaju.“ (The Challenges of Adapting Law to Market Economies in Post-communist Central European Countries Jerzy Rajska str 383-395. New Developments in International Commercial and Consumer Law Proceedings of the 8th Biennial Conference of the International Academy of Commercial and Consumer Law, Edited by JACOB S. ZIEGEL Professor of Law Emeritus, University of Toronto, Hart publishing, Oxford 1998., 385.)

⁷⁸ Stupio je na snagu 01.07.2002. sa nekoliko amandmana a sada ima ukupno 1068 članova.

⁷⁹ I. Kull, *European and Estonian Law of Obligations - Transposition of Law or Mutual Influence?* 32-44, <http://www.juridicainternacional.eu/?id=12614> (20.01.2013.)

⁸⁰ *Ibid.*

prava ugovornih strana zavisi o karakteru neispunjenja, tj. da li se radi o bitnom ili nebitnom neispunjenju.⁸¹

ZOO Estonije propisuje da je neispunjenje objektivna činjenica i da se mora cijeniti u konkretnom slučaju u zavisnosti da li je ugovor uredno ispunjen ili nije. Središnji koncept pravnog reguliranja raskida ugovora je bitno neispunjenje, što u osnovi odgovara sadržaju navedenom u članu 25. CISG. Neispunjenje ugovora je regulisano u poglavlju 5, a opće odredbe se nalaze u 1. odjeljku. U slučaju neispunjenja ugovora, povjerilac može pružiti određene mogućnosti suprotnoj strani, čija primjena može zavisiti od različitih okolnosti. Skoro na identičan način UPICC, povjerilac može u vezi s ugovorom odbiti ispunjenje sve dok druga strana ne ispuni svoju obavezu. U svakom slučaju povjeriocu stoji na raspolaganju da zahtijeva ispunjenje ili sniženje cijene, a u krajnjem slučaju može da zahtijeva raskid ugovora i naknadu štete.

Estonski zakonodavac je pomno pratio ideje oko Nacrta evropskog građanskog zakonika, koji bi trebao u cijelosti da obuhvati privatno pravo kroz jedinstvena pravila, dajući mogućnost da se različita pravila svih pravnih poredaka objedine, tako da institut sukoba zakona izgubi na značaju. Danas vladaju interesi da se približavanje pravnih sistema kroz navedene mehanizme realizuje u skorijoj budućnosti. Primjena sadržaja odredbi i pravila pod određenim okolnostima, i dalje će uveliko ovisiti o pravnim kulturama i svakom pravnom poretku bilo koje zemlje. Doprinos Estonije razvoju jedinstvenog građanskog prava nije ostvaren kroz opsežnu pravnu praksu, nego kroz dobro postavljena programska rješenja sistema kroz propise i kvalitetnu pravnu regulaciju.⁸² Struktura estonskog zakona je sistematski regulisana na identičan način kao u UPICC. Osim općeg dijela koji ukazuje na neispunjenje, tu se nalaze objedinjeni

⁸¹ U članu 100. Estonskog građanskog zakonika se nalazi identična definicija pojma neispunjanja sa pojmom iz UPICC. Ne može se zapaziti što konkretno predstavlja bitno neispunjenje nego se to pitanje tretira kao *questio facti*.

⁸² Vidi: <http://www.legaltext.ee> (20.01.2013.)

potrošački ugovori kao i poseban dio koji reguliše pojedine ugovore. Navedeni zakon je osim regulisanja pitanja neispunjenja u općim odredbama obratio pažnju i na institut neispunjenja kod ugovora o prodaji, osiguranju, lizingu, zakupu i drugim ugovorima. Ugovor o prodaji je regulisan na poseban način gdje je taksativno nabrojano koja su bitna neispunjenja prodavca i kupca. Dakle, pregledom se može prijetiti široka lepeza propisa koji regulišu obligacionu oblast objedinjenu u obligacioni kodeks. Estonija je jako zanimljiva zbog svog uspješnog preobražaja u zakonskim rješenjima što bi moglo izazvati interesovanje i za slučaj radikalnijih izmjena ZOO BiH.

4. Obligaciono pravo u BiH⁸³

4.1. Institut neispunjenja u ZOO BiH

Iz dosadašnjih analiza je evidentno da su odredbe u međunarodnim instrumentima koje govore o neispunjenju regulisane kao poseban skup pravila kako bi se omogućila što praktičnija primjena. Za razliku od koncepta koji potiče iz angloameričkog pravnog sistema, institut neispunjenja u našem pravu ima svoje korijene u rimskom pravu gdje neispunjenje nastaje uglavnom zbog fizičkih i pravnih nedostataka, objektivne i subjektivne te početne i naknadne nemogućnosti ispunjenja.⁸⁴ Raniji propisi koji su predstavljali formalni izvor prava bili su: Austrijski građanski zakonik od 1811, Srpski građanski zakonik od 1844, i Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru od 1888. godine. Ovi propisi su 1946. godine izgubili pravnu snagu u dijelu u kojem ne ispunjavaju uvjete predviđene Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. oktobra 1946. godine. Nakon toga su se koristili propisi koji su široko

⁸³ Zakon o obligacionim odnosima FBiH i Zakon o obligacionim odnosima RS. („Službeni list SFRJ“, broj 29/78, 39/85, 45/89, 57/89), („Službeni list RBiH“, broj 2/92, 13/93 i 13/94) i („Službeni list RS“, broj 17/93 i 3/96). Važno je istaći da je Zakon o obligacionim odnosima donesen 30. marta 1978. godine, a stupio je na snagu 1. oktobra 1978. godine. („Službeni list SFRJ“ br. 29/78 od 26.05.1978.)

⁸⁴ M. Šarac/Z. Lučić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2009. godine. 180 i dalje.

polje obligacionih odnosa regulisale parcijalno kao što je pitanje zastarjelosti regulisano po Zakonu o zastarjelosti potraživanja od 1953. To je bio razlog da se sve više primjenjivala sudska praksa. Važno mjesto su zauzimala i Opšte uzanse za promet robom od 1954. godine koje su bile na snazi do donošenja ZOO. Bez obzira što nisu tretirane poput zakona one su imale dosta elemenata kojima su regulisani obligacioni odnosi. Obzirom da nisu bile pretvorene u zakonski tekst, ove uzanse se nisu mogle tretirati kao „čvrst“ pisani izvor obligacionog prava, ali su predstavljale pogodno tlo za stvaranje zakona.⁸⁵ Kada se govori o strukturi ZOO bitno je istaći da je preteča tadašnjeg ZOO bila Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima koja je u članovima 93-100, poglavlja VI regulisala institut bitne povrede ugovora. Bez obzira što su mnoge odredbe Skice veoma slične odredbama ZOO možemo se složiti s mišljenjem dr. Perovića da je učinjen veliki propust tadašnjeg zakonodavca zbog izostavljanja odredaba o bitnoj povredi (neispunjenju) ugovora⁸⁶ koji bi doprinio znatnijoj evoluciji instituta da bi se poistovjetio sa sličnim institutima u UPICC.⁸⁷ Dakle, ideja začetnika važećeg ZOO dr. Konstantinovića je bila vizionarska na što smo se uvjerali analizirajući ovaj institut u UPICC i ostalim principima. Sa sadašnje tačke gledišta može se reći da se radi o konceptualno različitim aspektima pravne zaštite i mehanizama ostvarivanja prava iz ugovora.

Obligacioni odnos u svakom slučaju mora biti zasnovan na dosljednom poštivanju osnovnih principa obligacionog prava obiju ugovornih strana.⁸⁸ Obzirom da su odredbe ZOO predviđene i za trgovinske ugovore, s razlogom se može reći da se radi o univerzalnom propisu⁸⁹ lex

⁸⁵ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Privredna štampa Beograd 1980., 38-39.

⁸⁶ Član 94.1 Skice.

⁸⁷ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list, Beograd 1996., 39.

⁸⁸ „Načela obligacionog prava: sloboda uređivanja ugovornih odnosa, savjesnost i poštenje, ravnopravnost strana, načela jednakih davanja, dužnost ispunjenja obaveza, pažljivo ponašanje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava, primjena dobrih poslovnih običaja i jedinstvenost regulisanja ugovornih odnosa“. www.cest.ba (30.11.2012.)

⁸⁹ B. Vizner, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga 2, Zagreb 1978., 107-109.

generalis. Bliskost obligacionog i trgovinskog prava zasniva se na načelu jedinstvenog regulisanja u našem pravu, odnosno da su opća pravila obligacionog prava, kao i pravila trgovinskog prava, utvrđena jednim i jedinstvenim propisom.⁹⁰ Iz navedenog propisa proizilazi da su za postojanje ugovora u privredi potrebna dva uslova: da je zaključen od subjekata koji obavljaju privrednu djelatnost i da se odnosi na djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima. Objedinjenost obligacionog i trgovinskog prava se može analizirati i upoređivati sa nekim zemljama koje imaju posebne zakone za trgovinske sporove kao što je Trgovinski zakon Njemačke (Handelsgesetzbuch, skr. HGB) ili Trgovinski zakon Francuske (Code de commerce, skr. CC). No, uvjerali smo se da trenutno vlada opći trend stvaranja zakonika koji ćemo podržavati i u tom pravcu iznalaziti mogućnosti. Odredbe u pogledu zaštite potrošača se ne nalaze u ZOO jer je zaštita potrošača zasebno regulisana u Zakonu o zaštiti potrošača o kojem će se naknadno govoriti.

Odredbe ZOO⁹¹ koje ukazuju na neispunjenje nemaju strukturalnih sličnosti kako sa poglavljem 7 UPICC tako i drugim međunarodnim instrumentima mada po kapacitetu pravne zaštite ugovornih strana predstavlja propis koji po svojoj kvaliteti nadilazi i mnoge evropske propise.⁹² Da bismo mogli govoriti o neispunjenju nužno je poći od općeg ugovornog pravila koje govori da u dvostranim ugovorima jedna ugovorna strana nije dužna ispuniti svoju obavezu dok druga strana ne ispuni ili nije spremna istovremeno ispuniti svoju obavezu izuzev ako je nešto drugačije ugovoreno ili zakonom određeno, ili ako šta drugo proističe iz prirode posla.⁹³ Bitno je istaknuti da kontinentalni sistemi kao

⁹⁰ „Trgovinsko pravo pokazuje više posebnosti naročito u statusnom pravu (preduzeća, trgovci, trgovačka društva i druge trgovinske organizacije), bankarskom pravu (pravni poslovi u vezi sa prometom novca), pravu hartija od vrednosti, zastarelosti (kraći rokovi zastarelosti). U ugovornom pravu, pravila su u osnovi ista kao u obligacionom, uz određene specifičnosti“. (O. Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009., 20.)

⁹¹ Zakona o obligacionim odnosima (“Službeni list SFRJ”, broj 39/78,) preuzet u pravni sistem BiH na osnovu Uredbe sa zakonskom snagom (“Sl. list RBiH”, br. 2/92, 13/93 i 13/94).

⁹² Npr. Code civile (CC) u Francuskoj.

⁹³ Član 123. stav 1. ZOO.

i član 262. ZOO, dijele povrede prema faktičkim obilježjima. Najvažniji kriterij su obim i način povrede, mada i značaj ima važnu ulogu. Osnovno pravilo kontinentalnih pravnih sistema jeste da nevinna strana može zahtijevati naknadno ispunjenje ugovora u primjerenom roku i naknadu štete zbog neurednog ispunjenja. Ako naknadni primjereni rok protekne bez uspjeha, nevinna strana može raskinuti ugovor, ukoliko se on već po samom zakonu smatra raskinutim, i tražiti naknadu štete shodno članu 124. ZOO.⁹⁴

Po pitanju docnje naš ZOO je prihvatio objektivnu koncepciju dužničke docnje koja je svojstvena trgovinskim ugovorima.⁹⁵ Ako se radi o neispunjenju obaveze prodavca kod nefiksni poslova dužnik može održati ugovor na snazi uz obavezu prodavca da nadoknadi štetu izazvanu docnjom.⁹⁶ U slučaju da se ugovor ne ispuni ni u naknadnom roku, nastupaju posljedice kao da je rok bitan element ugovora⁹⁷ s tim da se ugovor raskida automatski (*ipso iure*). Važno je istaknuti da nema apsolutnog pravila, da povjerilac mora dužniku ostaviti dodatni rok za ispunjenje, jer bi to bilo protivno načelu autonomije volje.⁹⁸ U svakom slučaju povjerilac koji raskida ugovor dužan je dati saopćenje suprotnoj strani bez odlaganja.⁹⁹ Kod ugovora s nefiksni rokom u vezi s odredbom člana 130. ZOO kao i člana 125. (3). koristi se pretpostavka da ukoliko dužnik ne ispuni obavezu i u naknadnom roku mogu se primjeniti i pravila koja važe za fiksne rokove.¹⁰⁰ Dužnik ne može raskinuti ugovor

⁹⁴ M. Trifković, *Međunarodno poslovno pravo*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2001., 180 i dalje.

⁹⁵ „Međutim, dužnik može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da je docnja nastupila usljed okolnosti koje on nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći (čl. 263. Zakona)“ (J. Perović, 196 fn. 272.)

⁹⁶ M. Trifković, *et al.*, 85.

⁹⁷ Član 126. stav 3.

⁹⁸ „To pravo mu propada kada iz dužnikova držanja proizilazi da neće izvršiti ni u naknadnom roku (član 127. ZOO). Druga situacija jeste ako iz okolnosti posla je vidljivo da dužnik ne može izvršiti isporuku ni u naknadno primjerenom roku (član 128. ZOO). Treći slučaj podrazumjeva fiksnu prodaju (član 125. ZOO)“ (M. Trifković, *et al.*, 86.)

⁹⁹ Član 130. ZOO.

¹⁰⁰ „Od ovog pravila postoje tri izuzetka: Reč je o ugovorima sa fiksni rokom iz člana 125. ZOO, situaciji kada iz dužnikovog držanja proizilazi da on svoju obavezu neće ispuniti ni u naknadnom roku iz člana 127. ZOO, kao i u slučaju raskida ugovora prije isteka roka iz člana 128. ZOO“ (J. Perović, 349-350.)

ukoliko se radi o neispunjenju neznatne obaveze iz ugovora.¹⁰¹ Na sličan način je propisano i u slučaju neispunjenja ugovora s uzastopnim obavezama. Prema ZOO, obaveza ostavljanja naknadnog roka ne postoji ni u slučaju kad iz dužnikovog držanja proizilazi da on svoju obavezu neće ispuniti ni u naknadnom roku.¹⁰² U ovim stanovištima se ZOO približava pojmu anticipativne povrede ugovora svojstvene odredbama UPICC.

Kod ugovora s naknadom svaki ugovarač odgovara za materijalne nedostatke svog ispunjenja.¹⁰³ Ako dođe do raskida ugovora primijenit će se opća pravila ZOO o raskidu ugovora zbog materijalnih nedostataka (čl. 479-491). Veoma je bitno napraviti razliku između vidljivih i skrivenih nedostataka. Kod vidljivih nedostataka kupac je dužan po obavljenom pregledu obavijestiti prodavca u roku od osam dana, a za ugovore u privredi bez odlaganja u protivnom gubi pravo koje mu pripada. Ako su pregledu stvari prisutna oba ugovarača, kupac je dužan odmah obavijestiti prodavca o utvrđenim nedostacima.¹⁰⁴ Kod skrivenih nedostataka koji se nisu mogli uočiti uobičajenim pregledom, kupac je dužan obavijestiti prodavca u roku od osam dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja, računajući od momenta otkrivanja nedostatka. Prodavac ne odgovara za skrivene nedostatke po proteku perioda od šest mjeseci od predaje stvari izuzev ako nije ugovoren duži rok.¹⁰⁵

Odgovornost za pravne nedostatke (zaštita od evikcije) je regulisana u članu 508. ZOO u kojem je navedeno da se prodavac obavezuje da isporuči robu slobodnu od prava ili potraživanja trećih lica, izuzev ako se isporuci robe sa pravnim nedostacima ne saglasi kupac. Ovo pravilo je

¹⁰¹ Član 131. ZOO.

¹⁰² Član 127. ZOO.

¹⁰³ A. Šabić, „Odgovornost za materijalne nedostatke stvari kod ugovora o prodaji“, *Pravni savjetnik*, broj 12, decembar 2003. god.

¹⁰⁴ A. Bikić, 23.

¹⁰⁵ Član 481. i 482. ZOO.

prisutno i u uporednom pravu.¹⁰⁶ Za slučaj potpune evikcije, tj. kad je stvar oduzeta od kupca, svrha ugovora se ne može ostvariti i u takvom slučaju se predviđa prestanak ugovora po samom zakonu.¹⁰⁷

U ovoj oblasti prava osnovna obaveza kupca je isplata cijene u roku, a ukoliko taj rok nije utvrđen ugovorom niti se on može odrediti putem drugačijih običaja, plaćanje se vrši u času u kome se vrši predaja stvari.¹⁰⁸ Navedno pravilo trpi i određene izuzetke naročito kod prodaje s obročnim otplatama i kod uzastopnih isporuka.¹⁰⁹ Docnja u isplati cijene neće predstavljati osnov za raskid ugovora izuzev ako se radi o fiksno određenom roku. Iz tog razloga se može postavljati pitanje može li osnov za raskid ugovora zbog docnje u isplati cijene biti izvan slučajeva u kojima je isplata u roku izričito predviđena kao bitan element ugovora. Kao i u ranije navedenim slučajevima može se izvesti zaključak da će se konstituisati bitna povreda ugovora ukoliko iz okolnosti slučaja proizilazi da kupac neće isplatiti cijenu i za slučaj ostavljanja naknadnog roka za ispunjenje.

Za slučaj neispunjenja u kome rok za ispunjenje nije bitan sastojak ugovora, dužnik može zadržati da i poslije tog roka ispuni svoju obavezu, s tim da povjerilac može i dalje zahtijevati njeno ispunjenje. Međutim, ukoliko povjerilac želi raskinuti ugovor, on mora dužniku ostaviti naknadni primjereni rok za ispunjenje. Ovo je kontradiktorno sa općim pravilom o raskidu ugovora prostom izjavom povjerioca. Dužina roka se

¹⁰⁶ Npr. Njemački Građanski zakonik, čl. 434; francuski Građanski zakonik, čl. 1625, 1626 i ostali, švajcarski Zakonik o obligacijama, čl. 192-196; grčki Građanski zakonik, čl. 514; portugalski Građanski zakonik, čl. 1581, španski Građanski zakonik, čl. 1474-1484, austrijski Građanski zakonik, čl. 923; Jednoobrazni trgovački zakonik SAD, čl. 2-312 (1); jugoslovenski Zakon o obligacionim odnosima.

¹⁰⁷ Član 510. stav 1. i 2. „Kada je riječ o djelimičnoj evikciji, kupcu je ostavljena sloboda opcije između raskida ugovora s jedne i zahtjeva za srazmjernim sniženjem cijene s druge strane. Međutim, u stavu 2. ZOO predviđa da kupac može raskinuti ugovor ako se zbog postojanja pravnog nedostatka „njegova svrha ne može ostvariti“, a prodavac ne udovolji kupčevom zahtjevu da u razumnom roku oslobodi stvar od prava ili pretenzija trećeg.“ (*Okružni sud Zagreb, broj: Gž-2697/93, od 21. 9. 1993. godine - Pravo u gospodarstvu, broj 1996/1-2, 156.*)

¹⁰⁸ Član 516. ZOO.

¹⁰⁹ A. Bikić, 35.

veže za okolnosti pravnog posla mada ZOO predviđa određivanje „primjerenog roka“. Njegova dužina se određuje u skladu s okolnostima slučaja, uzimajući u obzir prirodu ugovornog odnosa, spremnosti dužnika da potpuno ispunji obavezu, prirode njegove obaveze. Kao jedan od motiva davanja primjerenog roka jeste i plaćanja kamata.

U ovoj situaciji kupac ima pravo da zahtijeva izvršenje obaveze isporuke, s tim da se kupac u navedenoj situaciji javlja kao povjerilac, ali se prema ZOO, javlja istovremeno i kao dužnik s obzirom da je na njemu obaveza preuzimanja robe.¹¹⁰ Naime, ove odredbe se čine nedovoljno fleksibilnim zbog potrebe postojanja uvjeta: kao prvo da je kupac bez opravdanog razloga odbio da preuzme stvar čija mu je predaja ponuđena na ugovoren ili uobičajen način kao i da prodavac ima osnovanog razloga da posumnja da kupac neće isplatiti cijenu. Stiče se utisak da je ova odredba preuzeta iz Jednoobraznog zakona u kome neizvršenje preuzimanja robe predstavlja bitnu povredu ugovora. Pored ovih obaveza postoje i druge obaveze kao npr. obaveza kupca da prodavcu dostavi određene podatke, planove ili dokumenta prije otpočinjanja proizvodnje koja može biti od suštinskog značaja za prodavca ukoliko otpočinjanje proizvodnje ili njen nastanak zavise od blagovremenog prijema ugovorenih dokumenta ili potrebnih podataka.¹¹¹

Padom kupca u docnju s prijemom isporuke prodavac je obavezan da robu čuva pažnjom dobrog privrednika na rizik i trošak kupca (član 520. (1) ZOO). Te svoje obaveze prodavac ima pravo da oslobodi predajom stvari na čuvanje¹¹² ili prodajom.¹¹³

Kao primjer ostalih obaveza koje moraju biti izričito, ili prećutno ugovorene odnose se i na odgovornost za docnju sa slanjem ambalaže.

¹¹⁰ Član 519. st. 1. ZOO.

¹¹¹ J. Perović, „Raskid ugovora zbog neispunjenja u međunarodnoj prodaji robe“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2002, 260 fn. 252.

¹¹² Član 522. ZOO.

¹¹³ Član 327-332. ZOO.

Ova regulacija nije uspostavljena odredbama ZOO nego članom 229 Opšte uzanse za promet robom.¹¹⁴ Dakle, kupac je prodavcu dužan da dostavi ambalažu prije roka za isporuku kako bi prodavac mogao blagovremeno izvršiti pakovanje i isporuku. Suprotno ovim odredbama kupac pada u docnju i odgovoran je zbog neblagovremene dostave ambalaže zajedno s ostalim pretpostavkama uključujući i krivicu. U ovoj situaciji će se primjeniti uzanse, opće i posebne odredbe ZOO na način da će se prodavcu ostaviti na raspolaganju dvije mogućnosti: održanje ugovora na snazi ili njegov raskid kumulirano sa zahtjevom za naknadu štete.

Polazeći od temeljnih principa regulisanim u obligacionim odnosima proizilazi načelo koje podrazumijeva zabranu prouzrokovanja štete.¹¹⁵ Pravila o naknadi štete uglavnom vrijede za obje ugovorne strane. Kupac ima pravo na naknadu štete prema općim pravilima obligacionog prava¹¹⁶ koja se ispoljava kao obična šteta (umanjenje nečije imovine) i izmakla dobit (sprečavanje njenog povećanja). U poslovnom prometu dužnik može zahtijevati razliku između cijene određene ugovorom i tržišne cijene.¹¹⁷ Osim ove dvije navedene predviđena je i kupovina radi pokrića, jer povjerilac može kupiti robu od drugog lica s tim da je dužnik dužan isplatiti razliku cijene.¹¹⁸ U vezi s tim napominjemo da u međunarodnoj poslovnoj praksi mehanizam pravne zaštite se kako smo vidjeli može ostvariti ne samo pri redovnim sudovima nego i pri arbitražama kao vid alternativnog rješavanja sporova što ne sputava mogućnost da se primjenjuje važeći ZOO.¹¹⁹ U svakom slučaju stoji prepostavka da je

¹¹⁴ Opšte uzanse za promet robom („Sl. list FNRJ“, br. 15/54).

¹¹⁵ Član 16. ZOO. (Poštivanje obaveze *neminim laedere*).

¹¹⁶ Član 523. ZOO.

¹¹⁷ Član 524. ZOO.

¹¹⁸ Član 526. ZOO.

¹¹⁹ „FZPP ne sadrži odredbe preuzetog Zakona o parničnom postupku bivše SFR Jugoslavije (dalje – ZPPJ) o mogućnosti osnivanja stalnog arbitražnog suda pri privrednim komorama jer je pitanje institucionalnih arbitraža trebalo urediti posebnim propisima. Temeljem odredbe člana 20. st 1. Zakona o vanjskotrgovinskoj komori Bosne i Hercegovine, predviđeno je da se pri VTK organizira arbitražni sud. U tom smilu je Upravni odbor VTK, na sjednici održanoj 17. jula 2003. godine, donio Pravilnik o

odnos u obligaciji uvijek *inter partes*¹²⁰ mada nemogućnost ispunjenja može biti prouzrokovana i protupravnim ponašanjem trećeg lica. Poštujući pravila savjesnosti i poštenja, dužnik koji nije kriv za nastalu nemogućnost ispunjenja dužan je povjeriocu ustupiti prava koja polaže prema trećem licu.¹²¹ Ovo pravo povjerioca se naziva kao tzv. nadomještavajuća korist.¹²²

Raskid ugovora predstavlja značajan korak koji treba preduzeti kako bi došlo do odustanka od ugovora. Postoji podjela na sisteme koji predviđaju jednostavan odustanak (vansudski raskid) kao i sistemu koji predviđaju sudski raskid.¹²³ Kao napoznatiji primjer koji koristi sudski raskid jeste francuski Code Civile. Povjerilac u ugovornom odnosu ima pravo od suda da zahtijeva da se izrekne raskid ugovornog dejstva i ta odluka ima konstitutivno dejstvo. Ovaj mehanizam je ocjenjen od strane kritičara kao neefikasan i neekonomičan. Na sličan način se i u našem sistemu bilježi ovakva percepcija raskida. Vansudski raskid je interesantan zbog njegove brzine i ekonomičnosti za razliku od sudskog raskida ugovora. Shodno načelu autonomije stranaka u ugovornom odnosu, prihvaćen je princip vansudskog raskida ugovora¹²⁴ koji nastupa bez intervencije suda.¹²⁵ Zakon predviđa da se saopćenje o raskidu¹²⁶ mora učiniti bez odlaganja i bez ikakve forme u kojoj mora biti saopćena izjava o raskidu. Bilo je različitih dilema u pogledu činjenice da li se raskid može učiniti i konkludentnim radnjama. Na tom stanovištu je i zauzet stav sudske prakse prema kojoj nije dovoljno da kupac samo čuti duže vrijeme, već

organizaciji i radu arbitražnog suda“. (J. Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo 2009., 896.)

¹²⁰ O. Antić, 454 i dalje.

¹²¹ Član 356. ZOO.

¹²² B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knjiga 2, Zagreb 1978., 1275.

¹²³ J. Perović, Izjava o raskidu kao uslov za raskid ugovora zbog neispunjenja obaveze, „Pravni život“, ur. Slobodan Perović, Udruženje pravika Srbije, Beograd, 2005., 498.

¹²⁴ Ovaj sistem je preuzet iz skice (čl. 93-100), sa određenim izmjenama koja se, u osnovi, svode na činjnicu da Zakonom o obligacionim odnosima nije prihvaćena koncepcija bitne povrede ugovora.

¹²⁵ „To su npr. Austrijski GZ, v. Paragraf 920, njemački GZ, v. Paragraf 325; švajcarski Zakonik o obligacijama, v. član 107; italijanski GZ, v. član 1453, stav. 1. Ipak i u ovim sistemima ima izuzetaka, npr. kada su u pitanju ugovori u određenim vrstama nepokretnosti, ugovori o radu i sl., v. npr stav 2. člana 1453. italijanskog GZ“. (Ibid., 440-441 fn. 1441.)

¹²⁶ Član 124. ZOO.

moraju nastati takve prilike na osnovu kojih će se kupčeva duga ćutnja cijeliti kao prećutni odustanak od ugovora.¹²⁷

4.2. Zakon o zaštiti potrošaća u BiH

Kada se govori o zaštiti potrošaća koja je aktuelizirana donošenjem potrošaćkih direktiva,¹²⁸ može se reći da su mnoge zemlje članice i nećlanice EU poduzele određene aktivnosti što govori o velikom znaćaju ovog segmenta pravne zaštite.¹²⁹ BiH je na putu ka ćlanstvu u EU te je pratila sva kretanja na globalnom nivou u pogledu zaštite potrošaća, implementirajući sve direktive u zadovoljavajućem obimu kroz odredbe minimalne harmonizacije. U svakom slućaju zaštita potrošaća je na određeni naćin obezbjećena kroz usvajanje Zakona o zaštiti potrošaća iz 2002. godine u kojem su striktno navedene odredbe o zaštiti potrošaća, kao i donošenjem novog Zakona o zaštiti potrošaća iz 2006. godine.¹³⁰ Mećutim, pomenute odredbe za razliku od ZOO koji reguliše transakcije B2B, B2C, P2P, regulišu samo transakcije B2C.¹³¹ Da bismo mogli govoriti o navedenoj temi treba reći da se navedeni zakon ogranićava na zaštitu fizićkih lica kao potrošaća. Svi ovi navodi potvrćuju interpolaciju direktiva u obimu propisane minimalne harmonizacije¹³² u nacionalno pravo.¹³³ U ćlanu 11. pomenute Direktive se navodi da će države ćlanice donijeti zakone, propise i upravne odredbe potrebne za usaglašavanje s ovom direktivom najkasnije do 1. januara 2002. godine s obavezom

¹²⁷ „Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 81/56. Zbirka sudakih odluka, knj. I, sv. I, br. 245“. (J. Perović, 338 fn. 110.)

¹²⁸ „Zelena knjiga o potrošaćkom pravu 2007. se zasniva na provjeri 8 potrošaćkih direktiva EU. Sve navedene direktive su koncipirane kao tzv. „minimalne direktive“. (Z. Meškić, 547-548.)

¹²⁹ D.Ž. Radonćić, Analiza transpozicije Direktive 90/314 u zakonodavstva Bosne i Hercegovine, Republike Hrvatske i Republike Srbije, http://prf.unze.ba/v2/docs/anali/godina_5_broj_8/09%20Radoncic.pdf (14.12.2012.)

¹³⁰ Zakon o zaštiti potrošaća, Sl.glasnik BiH, broj 25/06.

¹³¹ Ćlan 1. (3) ZZZP: „Potrošać je svako fizićko lice koje kupuje, stiće ili koristi proizvode ili usluge za svoje lićne potrebe i za potrebe svog domaćinstva“.

¹³² Ćlan 8. Nacionalni zakon i minimalna zaštita, www.prevodi.gov.me/15.20.40/31999L0044.pdf (14.04.2012.)

¹³³ T. Ćapeta, „Interpretativni ućinak evropskog prava u ćlanstvu i prije ćlanstva u EU“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 5/2006, 1443. i dalje.

obavještavanja Komisije. Naime, u mnogim evropskim zemljama, implementacija navedene Direktive nije provedena na identičan način.

Zaštita potrošača je obezbijedena kroz obavezu trgovca da poštuje sve odredbe zakona pod prijetnjom novčanih sankcija. Nadzor nad primjenom zakona će se pratiti preko subjekata za zaštitu potrošača.¹³⁴ Odgovornost prodavca podliježe, kako je navedeno, zakonskim sankcijama i mimo odgovornosti za neispunjenje ugovora. Zakon je jasno uredio posebna pravila kada se radi o rasprodaji robe gdje je naznačeno da proizvod treba biti jasno i vidljivo označen cijenom. Naime, zakon je postavio širok spektar mjera kojih se mora pridržavati svaki trgovac. Potrošač u svakom slučaju mora da dobije informaciju o proizvodu i trgovcu, jer u suprotnom ima pravo na raskid ugovora.¹³⁵ Trgovac je dužan isporučiti proizvode bez materijalnih i pravnih nedostataka. U slučaju nedostatka na proizvodu, trgovac je, na zahtjev i po izboru potrošača, dužan: a) zamijeniti proizvod s nedostatkom drugim istovjetnim novim ispravnim proizvodom; b) vratiti plaćeni iznos i nadoknaditi stvarne razumne troškove vraćanja proizvoda s nedostatkom; ili c) ukloniti nedostatak na proizvodu o svom trošku.¹³⁶ Trgovac je odgovoran za nedostatke na robi koji postoje u trenutku prijenosa rizika na potrošača, bez obzira da li je on svjestan ove činjenice u skladu s odredbama zakona kojima se uređuju obligacioni odnosi u BiH.¹³⁷ Također, proizvođač će biti odgovoran za štetu prouzrokovanu greškom u njegovom proizvodu u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuju obligacioni odnosi u BiH.¹³⁸ Potrošač ima pravo na raskid ugovora u ostavljenom roku od 14 dana bez

¹³⁴ „Subjeki odgovorni za zaštitu potrošača u Bosni i Hercegovini su: a) Ministarstvo vanjske trgovine i ekonomskih odnosa BiH (u daljnjem tekstu: Ministarstvo); b) Ombudsmen za zaštitu potrošača u BiH; c) Vijeće za zaštitu potrošača BiH; d) Konkurencijsko vijeće BiH; e) nadležni organi entiteta i Brčko Distrikta BiH; f) Ured za konkurenciju i zaštitu potrošača u Federaciji BiH i Republici Srpskoj (u daljnjem tekstu: UKZP entiteta); g) udruženja potrošača; h) obrazovne institucije i mediji; i) inspekcijски i drugi organi u skladu sa zakonom“. (Član 98. Zakona o zaštiti potrošača).

¹³⁵ Član 54. (1) ZZZP.

¹³⁶ Član 18. (1) ZZZP.

¹³⁷ Član 25. Zakona o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik BiH broj: 25/06.

¹³⁸ Član 24. ZZZP.

ikakvog obrazloženja.¹³⁹ Ovim mogućnostima je ostavljen kupcu dodatni rok da razmisli o novoj ponudi, *cooling off* period. Dakle, ostavljene su velike mogućnosti potrošaču što stvara i određene dileme.

4.3. NZOO iz 2010. i komentari de lege lata i de lege ferenda

Uređenje BiH je veoma složeno jer u svojoj strukturi ima dva entiteta i dva različita ZOO-a.¹⁴⁰ Član 217. NZOO 2010. je otišao korak dalje od postojećeg ZOO u kojima propisuje posebne vidove naknade troškova što je pokušaj značajnog unapređenja zakona. U vezi s tim je napravljen značajan iskorak u skladu s odredbama koje se nalaze u općim pravnim principima. Jedna iznimna mogućnost o kojoj smo govorili u UPICC i ostalim principima govori i član 226. koji je predvidio da se i neke koristi koje bi imao oštećeni prilikom nastanka štete uračunaju u naknadu štete što predstavlja pravično i pravedno rješenje. Prisutna je i nova odredba propisana u članu 428. koja govori o zastarjevanju naknade štete nastale neispravnim proizvodom. Interesantna je stvar da su se odredbe djelimično izmijenile i u članu 479. shodno novonastalim okolnostima i zahtjevima prakse uključujući odredbe koje ukazuju na prava kupca.

Međutim, sva rješenja konkretnih pitanja se ne mogu zanemariti, jer su znatno ispred rješenja npr. francuskog zakonodavstva koji uključuje i pitanje kauze koja je predmet brojnih kritika u ugovornim odnosima. Stoga je ZOO moderna kodifikacija koja je inkorporirala moderne tekovine uporednog zakonodavstva, kao i HZ (haških zakona), koje su donekle inspirisali i UPICC i PEUP. Važno je istaknuti da je posljednji NZOO i dalje zadržao identična pravila kako za obligacione tako i za privredne ugovore. Samom interpolacijom odredaba o zaštiti potrošača pravi se

¹³⁹ Član 44. a-k. Zakona o zaštiti potrošača Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik BiH broj 25/06.

¹⁴⁰ „Pomenimo najznačajnije: francuski Građanski zakonik (1804), austrijski Građanski zakonik (1811), nemački Građanski zakonik (1900), švajcarski Građanski zakonik odnosno Zakonik o obligacijama (1911), i tako redom, sve do najnovijih kodifikacija koje smo već pomenuli: Načela evropskog ugovornog prava, drugi međunarodni dokumenti, kao i Zakon o obligacionim odnosima Jugoslavije (1978) koji je poslužio kao podloga Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske.“ (S. Perović, Stručno mišljenje o nacrtu Zakona o obligacionim odnosima FBiH/RS, knjiga 1, Opšti deo, sa stanjem 28. januara 2003. Beograd 15. februar 2003. godine, 19.)

radikalan iskorak u prevazilaženju tradicionalnog sistema. Posljednji NZOO predstavlja samo neuspjeli pokušaj na putu ka prevazilaženju barijera, istina uz brojna unapređenja važećeg ZOO. Međutim, ostaju neprimjećene opće tendencije koje su izložene u prethodnom izlaganju o kojima se sve više vode rasprave i u zemljama u regionu (Slovenija,¹⁴¹ Hrvatska). Dobar primjer za naše pravo su nedostaci u ispunjenju. Ako su u pitanju kvantitativni nedostaci, dužnik će se naći u docnji. Ako se radi o kvalitativnim nedostacima, odgovaraće za materijalne nedostatke ispunjenja. Položaj ugovornih strana u pogledu njihovih prava i obaveza, uvjeta i rokova pod kojim se ostvaruju, daleko je od toga da bi bio isti u oba slučaja. U praksi ponekad nije lako odgovoriti na pitanja da li je druga dimenzija građevinskog materijala kvantitativni ili kvalitativni nedotatak.¹⁴² U UPICC je prihvaćen anglosaksonski koncept, usavršen kroz HZ i CISG, zasnovan na dvije jednostavne ideje: neispunjenje i pravna sredstva zbog neispunjenja. Ipak, značajna novost koju donosi Nacrt odnosi se na institut pravične naknade nematerijalne štete¹⁴³ u oblasti ugovornih obligacija što je slučaj i u UPICC kao i regulacija prava na naknadu troškova kroz preduzimanja razumnih mjera na smanjenju štete.¹⁴⁴ U odnosu na važeći zakon napravljen je iskorak u terminološkom smislu mada se generalno struktura zakona nije primjenila te se ne može dovoditi u vezu s općim principima i modernim kodifikacijama. U narednom periodu bi nužno bilo prilikom izrade zakona uzeti u obzir moderne evropske i svjetske kodifikacije. Također treba uzeti u obzir prospekciju *de lege late* i *de lege ferenda* zaobilazeći krutost prethodnog sistema¹⁴⁵ koji je bio zasnovan na tada popularnom i konstruktivnom elementu socijalnosti na kome se zasnivala sudska praksa, i napraviti prelaz na moderni sistem tržišnog načina privređivanja koji karakterišu ponuda i potražnja, tržišna utakmica, antimonopolsko djelovanje, dobri

¹⁴¹ Uradni list. RS, št. 83/2001, 32/2004., <http://www.uradni-list.si>.

¹⁴² D. Pavić, „Opšti pogled na neizvršenje ugovora u principima evropskog ugovornog prava“, *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo*, ur. R.D. Vukadinović, Pravni fakultet u Kragujevcu 2001., 223-224.

¹⁴³ Član 309. NZOO.

¹⁴⁴ Član 224. NZOO.

¹⁴⁵ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Privredna štampa Beograd, 1980., 38 i dalje.

poslovni običaji. U oblasti potrošača napravljen je značaj iskorak jer su u NZOO navedene i odredebe u zaštiti potrošača koji je najprimjereniji definiciji koja potiče iz direktive.¹⁴⁶ I dalje bi se primjenjivali instituti kao što su docnja u ispunjenju, materijalni nedostaci, rokovi što je suprotno modernim tendencijama za stvaranjem novih pravila. Važno je istaknuti da sadašnji ZZP iz 2006. godine koristi termin raskid mada se u NZOO 2010. godine spominje naziv opoziv ugovora.

Ovaj prijedlog odgovara u potpunosti nužnim ili minimalnim elementima radi pristupanja EU mada ne prati savremene trendove nužne za unifikaciju i harmonizaciju prava.¹⁴⁷ Zakon bi trebalo učiniti što jasnijim i preglednijim suprotno nastojanjima iz sedamdesetih godina prilikom stvaranja, da ZOO bude što obimniji. Hitnu korekciju svakako zahtijeva odredba o pravu na zateznu kamatu u slučaju restitucije prilikom raskida ugovora zbog neadekvatnosti trenutnog rješenja.¹⁴⁸ Također bi bilo značajno limitirati visinu zatezne kamate kako bi se obezbijedila pravna sigurnost, jer prema sadašnjoj regulaciji zakonska kamata može prelaziti vrijednost glavnog duga.¹⁴⁹ U sada dostupnoj verziji je izuzeta odredba o prebijanju nakon ispunjenja.¹⁵⁰ Ipak, pohvalu zaslužuje uvođenje “pravične naknade nematerijalne štete” u oblast ugovornih obligacija¹⁵¹ kao i regulacija prava na naknadu troškova kod

¹⁴⁶ Član 15. Prijedloga ZOO 2010: “Potrošač, u smislu ovog zakona, je svaki subjekt koji zaključuje neki pravni posao u svrhu koja ne spada u njegovu privrednu ili samostalnu profesionalnu djelatnost.” Čl. 16. Nacrta ZOO 2006.: “Potrošač je svako fizičko lice koje zaključuje neki pravni posao u svrhu koja ne spada u njegovu privrednu ili samostalnu profesionalnu djelatnost”.

¹⁴⁷ P. Brazil, „Reception of Uniform Law into National Law: An Exercise in Good Faith,“ ur. M. Evans, *Unifrom law review*, 1998-2/3, 319.

¹⁴⁸ Član 167. st. 5. N ZOO odnosno čl. 132. st. 5. ZOO; Vidi 7.8. Povrat plaćenog novca.

¹⁴⁹ „Član 401. ZOO je brisan izmjenama ZOO iz 1989. god. (Sl.I.SFRJ br. 57/89)“: (A. Bikić/E. Bikić/A. Šabić, *Kako riješiti obligacioni slučaj*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006, 174); Pitanje kamate je regulisano propisima kao što je Zakon o visini stope zatezne kamate na neizmirena dugovanja FBiH koji ne propisuje ograničenja visine kamate dok je Zakon o visini stope zatezne kamate RS odredio gornju granicu visine kamate koja ne može prelaziti vrijednost glavnice.

¹⁵⁰ „Izjava o raskidu zbog neispunjenja obaveze nema pravno dejstvo, ako se dužnik mogao osloboditi obaveze prebijanjem i ako bez odlaganja nakon prijema izjave o raskidu izjavi prebijanje“ – Izvorno preuzeta iz BGB-a.

¹⁵¹ Član 309. NZOO.

preduzimanja razumnih mjera na smanjenju štete.¹⁵² No, smatramo da je ovdje predloženi koncept koji bi *expressis verbis* uređivao i pitanje povećanja štete usljed razumnih mjera preduzetih u dobroj vjeri – adekvatan i trebao bi biti prihvaćen.

U ostalim odredbama zabilježen je pomak, jer se vansudski način raskida ugovora potencira čak na tri mjesta¹⁵³ što je za jedan član više nego do sada. Novi draft ZOO iz 2010.¹⁵⁴ nije uticao na značajnu izmjenu odredaba ZOO koje se odnose na neispunjenje ugovora,¹⁵⁵ pravo na povrat kod potrošačkih ugovora¹⁵⁶ i pravne posljedice opoziva i povrata.¹⁵⁷ Međutim, ne može se u vezi toga u potpunosti razbiti sumnja prisutna u sudskoj praksi o “deklaratornoj/konstitutivnoj” prirodi sudske presude. Može se reći da je institut neispunjenja u ZOO znatno iza rješenje predloženog u Skici.

5. Implementacija poglavlja 7 UPICC u obligaciono pravo BiH

5.1. Prednosti implementacije

Svi navedeni problemi su već odavno mnoge nagnali na razmišljanje oko potrebe sagledavanja novih inicijativa u svjetlu postojećih propisa. Zbog sveopće krutosti državnih propisa često nazvanih u pravnoj nauci kao „*hard law*“, stekli su se utisci da bi opća pravila mogla poslužiti kao neka vrsta zamjenskog supstrata pozitivnim propisima posebno za međunarodne trgovinske odnose. Počevši od Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima kada se prvi puta začela ideja o stvaranju jedinstvenog ZOO, obezbijedit će se pravilna percepcija ZOO BiH na

¹⁵² Član 224. NZOO.

¹⁵³ Član 141, 147 i 150. NZOO 2008.

¹⁵⁴ Z. Meškić/A. Brkić, „Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi-usklađivanje obligacionog prava sa direktivom 93/13/EEZ“, izvorni naučni rad, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, broj 5, godina 3, maj 2010., 53 i dalje.

¹⁵⁵ Član 146. NZOO 2010. Opoziv potrošačkog ugovora.

¹⁵⁶ Član 147. NZOO 2010. Pravo na povrat kod potrošačkih ugovora.

¹⁵⁷ Član 148. NZOO 2010. Pravne posljedice opoziva i povrata.

razmeđi dva različita sistema. Dakle, opravdanost primjene bitnog neispunjenja ugovora se može dovesti u vezu s odredbama u Skici (čl. 93-100).¹⁵⁸ Međutim, Skica nije u potpunosti prihvaćena jer su joj izuzete odredbe među kojima je i institut bitne povrede ugovora na kojoj se zasniva ovo istraživanje. Razlozi za odustankom od bitnog neispunjenja mogu udovoljiti u strukturalnom smislu jer bi institut bitne povrede povlačio i promjenu strukture zakona grupisanjem odredbi koje ukazuju na neispunjenje.¹⁵⁹ Stiče se utisak, da bi u vezi s tendencijama tog vremena, pravnom tradicijom, jačanjem samoupravljanja i socijalističkog društva, odredba bitne povrede ugovora zadovoljavala kriterije tržišnog koncepta privređivanja te ne bi bila u duhu planskog koncepta privređivanja.

Sadašnja struktura odredaba koje se primjenjuju za slučaj neispunjenja nije pretrpila izmjene. Čak i NZOO iz 2010. godine, kao posljednji pokušaj reforme obligacionog prava u BiH, ne sadrži rekonstrukciju članova kako bi odredbe u vezi s neispunjenjem ugovora bile na jednom mjestu. Obzirom da NZOO iz 2010. godine nije usvojen, i dalje se otvaraju mogućnosti za ideje koje idu u korak s vremenom u cilju ujednačavanja prava kako na unutrašnjem nivou zbog interlokalnog sukoba zakona,¹⁶⁰ tako i na međunarodnom nivou zbog globalizacije prava. Ne treba zanemariti da u BiH postoje dva ZOO, jer su Feredacija BiH i Republika Srpska preuzele ZOO SFRJ iz 1978. godine.¹⁶¹ Ovi

¹⁵⁸ „Skica razlikuje dvije situacije: kad je neispunjenje o roku bitna povreda ugovora (čl. 94) i kad neispunjenje o roku nije bitna povreda ugovora“. (J. Perović, 188.)

¹⁵⁹ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori - Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Klasići jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 1996, 34.

¹⁶⁰ B. Morait/A. Bikić, *Objašnjenja uz nacrt Zakona o obligacionim odnosima*, Javna ustanova Centar za edukaciju sudija i tužilaca in Cooperation with GTZ, Sarajevo, 2006., 9.

¹⁶¹ „Pomenimo najznačajnije: Francuski građanski zakonik (1804), Austrijski građanski zakonik (1811), Nemački građanski zakonik (1900), Švajcarski građanski zakonik odnosno Zakonik o obligacijama (1911), i tako redom, sve do najnovijih kodifikacija koje smo već pomenuli: Načela evropskog ugovornog prava, drugi međunarodni dokumenti, kao i Zakon o obligacionim odnosima Jugoslavije (1978) je poslužio kao podloga Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske“. (S. Perović, *Stručno mišljenje o nacrtu Zakona o obligacionim odnosima FBiH/RS*, knjiga 1, Opšti deo, sa stanjem 28. januara 2003. Beograd 15. februar 2003., 19.)

zakoni jesu slični ali nisu identični, jer su izvršene određene izmjene i dopune kako u Federaciji BiH, tako i u Republici Srpskoj. Međutim, određeni pomaci su napravljeni u ZOO RS dok je ZOO FBiH i dalje ostao na odredbama i terminima iz prošlog sistema. Izmjene nisu učinjene na jedinstven način te se razlikuju u 20 članova.¹⁶² Iz tog razloga bi primjena UPICC doprinijela unifikaciji prava u pravnom okviru BiH na način da bi potpomogla da se reformiše obligaciono pravo. Ujedno bi se stvorile pretpostavke za objedinjavanje obligacionog prava BiH u jedinstveni kodeks predodređen za primjenu u nacionalnim i međunarodnim sudovima.

Može se sa sigurnošću istaći da važeći ZOO predstavlja propis koji u pogledu raskida akceptira kombinovani model¹⁶³ koji nudi kvalitetan nivo zaštite i koji je prilagođen potrebama novijeg vremena.¹⁶⁴ Vidjeli smo da s materijalnog aspekta sadrži gotovo sve institute koji su sadržani u navedenim pravnim principima izuzev nekih instituta koji se moraju izvoditi iz zakona. Međutim, s aspekta forme, prikazana je neodgovarajuća sistematika pravila (čl. 125. 126. i 130), gdje zakon stvara sliku nejasnih rješenja koja izazivaju određene kritike, a predstavljaju izvor spornih situacija i pravne nesigurnosti.¹⁶⁵ Za razliku od kontinentalnog pravnog sistema u kojem se pravi razlika između različitih osnova za raskid ugovora, institut bitnog neispunjenja, materijalne ili bitne povrede (*material breach, fundamental breach*) posebno je svojstven common law sistemima i obuhvata jedinstvenu sankciju za slučaj „težeg“ nepoštivanja ugovornih obaveza. Strana koja je dosljedna ugovoru dobija legitimitet da iz njega izađe skrivljenim ponašanjem druge strane, kada svrha održanja ugovora za nju prestane da

¹⁶² „Najznačajnija razlika se odnosi na opći zastarni rok iz člana 371. koji u ZOO FBiH iznosi 5 godina dok u RS iznosi 10 godina. Razlog tome je činjenica da je ZOO FBiH preuzeo odredbe iz bivšeg ZOO Jugoslavije a RS je preuzela ZOO Srbije i Crne Gore sa izmjenama iz 1993. gdje je opći zastarni rok povećan sa 5 na 10 godina“. (B. Morait, A. Bikić, 9.)

¹⁶³ „Radi se o sistemu ostvarenja raskida, opredjeljujući se za raskid po samom pravu i raskid putem izjave dužniku uz ostavljanje naknadnog roka, u zavisnosti od težine konkretnog neispunjenja“. (J. Perović, (2002) 362.)

¹⁶⁴ J. Perović, (2005), 498.

¹⁶⁵ J. Perović, (2002), 362.

postoji. U takvom slučaju, ona ne mora ulaziti u ocjenu da li je riječ o potpunom ili djelimičnom neizvršenju, o materijalnim ili pravnim nedostacima odnosno isporuci druge stvari. Ono što mora dokazati jeste da je usljed izvršene povrede ugovora, ma u čemu se ona sastojala, pretrpjela štetu koja je suštinski lišava onoga što je opravdano očekivala od ugovora. S druge strane, bitna povreda ugovora pruža dosta osnova za odlučivanje od slučaja do slučaja, dok će sudija odnosno arbitar dobiti široka ovlaštenja prilikom tumačenja ugovora i u vezi s tim, da ocjeni dozvoljenost raskida ugovora.¹⁶⁶

Kao jedan od dodatnih razloga za implementaciju se ogleda u činjenici da se veoma često dešava da sudovi u sudskim postupcima pogrešno primjenjuju materijalno pravo, a u većini slučajeva uzroke treba tražiti i u razbacanosti materijalnih propisa, nepostojanju jedinstvenog građanskog zakonika i čestim izmjenama postojećih materijalnih propisa.¹⁶⁷

U svakom slučaju najbolja afirmacija UPICC se može postići kroz akademske krugove, jer bi se na taj način mogao ostvariti indirektan uticaj na zakonodavca kako bi se stvorile prilike za snažniji zamah privrede i osujetile moguće konsekvence koje proizvode različita ekonomska kretanja. Kroz akademske krugove bi se analizirali stavovi već zasnovane sudske prakse po pitanju neispunjenja, koja bi imala osnov za primjenu u našem pravnom sistemu tako da bi se mogla dovoditi u kontekst sa odlukama nacionalnog suda. UPICC bi bili izuzetno rješenje u arbitražnim postupcima, jer bi zbog svoje provjerene kvalitete mogli proizvesti dodatne efekte na način da bi se afirmisala njihova primjena u arbitražama. Tradicija našeg podneblja ponekad se čini da odaje jedan kverulantski mentalitet jer sve ono što se učini spornim dobiva iznimne dimenzije i obično završava u sudnicama pri čemu se vode dugogodišnji i izrazito skupi sudski postupci. Pri tome se ispoljava negativan efekat na

¹⁶⁶ *Ibid.*, 179.

¹⁶⁷ S. Mulabdić, *Gradansko procesno pravo*, Grin Gračanica, Tuzla, 2010., 396.

privredne sporove jer tržišnim kretanjima izostaje institucionalna potpora. UPICC bi označili sasvim novi pogled jer bi se težilo da osim zadovoljavanja kriterija pravičnosti bude zadovoljen i moralni kriterij pravednosti što u našoj teoriji a pogotovo praksi predstavljaju oprečne pojmove. Razlog više jeste dogmatsko shvatanje da se pojam pravednosti spominje i relativizira. Nova pravna shvatanja koja prate savremena kretanja ostavljaju po strani ideološka uporišta, te bi se kroz ova nimalo jednostavna tranzicijska vremena moglo razmišljati o promjeni koja bi vodila izgradnji nečeg drugačijeg što isijava iz UPICC. Ujedno bi se opravdale misli poznatih učenjaka među kojima je zapažen bio Seneka koji je rekao da zakon treba da bude kratak i jasan, kako bi ga svi razumjeli. Također, on treba da bude sličan božanskoj poruci što je u suštini i opravdano iz praktičnih razloga.

5.2. Problemi implementacije

Da li smo u potpunosti spremni za izazov kakav je predstavljen u prethodnim glavama je pitanje o kojem se malo raspravljalo i o kojem će se dugo raspravljati. U dosadašnjim primjerima se mogao vidjeti izraz volje državnih struktura BiH za harmonizaciju pravnog sistema s pravom EU (*ius commune europaeum*). Ovaj proces se odvija veoma sporo i otežano iako se radi o pravu EU koje obavezuje svakog zakonodavca koji ima aspiracije prema EU. Zato se javlja sumnja da će zbog tekovina rimske pravne tradicije, donošenje propisa koji predviđaju izuzetne transformacije zakona, proći ležerno i neopaženo.

Ujedinjavanje država na tlu Evrope podrazumijeva uspostavljanje odnosa u vezi s problemom prevazilaženja historijskih, kulturnih, društvenih, političkih, pravnih i ekonomskih razlika. U ovom polju istraživanja najznačajnije je polje prilagodbi koje predstavlja usklađivanje unutrašnjeg tržišta i trgovine kako bi mogli da govorimo o međunarodnoj trgovini i svim njenim implikacijama. Za opće pravne principe se još uvijek ne pronalazi mjesto u Ustavu, jer u sferi trgovinskih odnosa Ustav

BiH kao temeljni akt nema dovoljan kapacitet da bi podržao sve procese usklađivanja prava. Bez obzira na mjere koje se zagovaraju u integracijskom procesu, pravni sistem BiH s ustavnog aspekta nema predviđenu mogućnost za direktnu aplikaciju općih pravnih principa ili bi se opći pravni principi mogli izvoditi tumačeći član III/3. (b) Ustava BiH.¹⁶⁸ Konfuziju ovakvom zaključivanju stvara član VI/3. (c) u kojem se spominju opća pravila međunarodnog javnog prava. Dakle, primjena međunarodnih principa nije omogućena izuzev međunarodnih konvencija, koje zajedno sa tekstom Ustava čine Ustav u materijalnom smislu.¹⁶⁹ Ovaj podatak ne djeluje ohrabrujuće mada mnogi drugi propisi BiH koji nisu usklađeni s konvencijama. Zbog toga je potreba pravilne implementacije svih mjera postala prioritet te će pasti velika obaveza na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast za ispravnu implementaciju i provođenje prava EU. Pasivnost struktura vlasti izaziva zabrinutost jer izostaje potpora reorganizaciji sistema, podripanju ekonomskih sloboda kao i ekspanziji stranih investicija. Kada se ovim pitanjima pristupi na seriozan način, ovo pitanje će postati aktuelno, jer će nastati potreba za stvaranjem jednog novog koncepta koji će u svakom segmentu da podrži tržišni sistem privređivanja. Kakav će model biti osmišljen i dalje ostaje dilema. Ne preostaje ništa drugo nego da se sagledaju iskustva u drugim sistemima. U nekim evropskim zemljama kao što je Velika Britanija i Njemačka¹⁷⁰ različiti procesi reformi i usklađivanja su izazvali burna negodovanja i

¹⁶⁸ Član III/3 (b) Ustava BiH govori da su Opšta načela međunarodnog prava sastavni dio pravnog poretka Bosne i Hercegovine i entiteta. Međutim, u članu VI/3 (c) Ustava utvrđuje se nadležnost Ustavnog suda: c) Ustavni sud je nadležan u pitanjima koja mu je proslijedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka ovisi, kompatibilan sa ovim Ustavom, sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine; ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda. http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_bos.pdf (07.03.2013.)

¹⁶⁹ Aneks 4. Općeg okvirnog sporazuma za mir u Bosni i Hercegovini predstavlja Ustav Bosne i Hercegovine koji je usvojen u Daytonu 21. novembra 1995, a potpisan u Parizu 14. decembra 1995.

¹⁷⁰ „Nemački Gradanski zakonik i njegovo prihvatanje anglosaksonske koncepcije *anticipatory breach* izvršili su značajan uticaj na nemačku jurisprudenciju i doktrinu. Odluke nemačkih sudova izražavaju stanovište prava prema kojem je poverilac ovlašćen da raskine ugovor i pre isteka roka samo ukoliko je reč o neizvršenju koje osujećuje svrhu ugovora. Nasuprot tome, u slučaju delimičnog neispunjenja odnosno neispunjenja obaveza koje nisu od suštinskog značaja, poverilac, prema nemačkom pravu nije ovlašćen za upotrebu ovog pravnog sredstva“. (J. Perović, 283.)

odbacivanja koja su se opravdavala činjenicom da se razbija pravna tradicija koja se baštini stotinama godina. Kao primjer svakako može poslužiti i Francuska koja je zbog svog tradicionalnog obilježja sa velikim uspjehom pružala izuzetan otpor bilo kojim mjerama koji vode usklađivanju prava. Bez obzira što se radi o jednom od najstarijih kodifikacija, posljednji primjeri ukazuju na razmatranje oko primjene UPICC u svjetlu instituta autonomije volje. Ovakvo postupanje se može opravdati činjenicom da je pravo živa stvar i da je zbog potreba stvarnog života neminovan iskorak koji ide u pozitivnom pravcu.

U pravnoj doktrini se veoma često može primjetiti da se institut neispunjenja pretjerano teoretizira često pružajući sliku apstraktnih propisa, mada primjeri iz sudske prakse pokazuju drugačije, pridavajući im veliki značaj. Međutim, uvođenje i primjena tog instituta ne daje osnov za jednako odlučivanje što će značiti da se arbitru daju velike mogućnosti odlučivanja po subjektivnoj ocjeni za svaki slučaj. Na taj način bi se sudiji ili arbitru dale velike mogućnosti prilikom tumačenja ugovora kako bi se cijeno neispunjenje ugovora. Drugim riječima, utvrđivanje postojanja bitne povrede ili neispunjenja zavisi isključivo od pogleda sudije odnosno arbitra na konkretan slučaj, jer sudija postaje „zakon“ što može odvesti u proizvoljnost i pravnu nesigurnost.¹⁷¹ Ono što je najinteresantnije kod ovog instituta jeste i činjenica da strana koja je napravila povredu ugovora, u najvećem broju slučajeva neće biti sigurna da li je reč o bitnoj ili nebitnoj povredi, odnosno da li može izjaviti da raskida, ili treba da upotrebi neko drugo pravno sredstvo koje joj stoji na raspolaganju. U slučaju takve nesigurnosti, ona se sama izlaže riziku da postupanjem i sama napravi bitnu povredu ugovora i da zbog toga snosi pravne posljedice.¹⁷² Zbog toga ugovorne strane trebaju izraziti svoju volju prilikom zaključivanja ugovora na jasan način tako da se tumačenje svede na najmanju mjeru. Ove težnje idu ka tome da glavna premisa svih trgovinskih ugovora bude autonomija volje ugovornih strana.

¹⁷¹ J. Perović, (2002), 179-180.

¹⁷² *Ibid.*, 178.

Naš sistem se u naučnim krugovima nalazi na razmeđi na dva dijemetralno suprotna sistema, pa je dobio i neformalan naziv “kvazi-*precedentni sistem*” koji sa anglosaksonskim *common law* sistemom nema nikakvih dodirnih tačaka.¹⁷³ Danas sve više podsjeća na ranije pomenute mješovite pravne sisteme (*mixed legal systems*) kao što je pokrajna Kvebek (Kanada) gdje se pravo izvodi iz civilnog i *common law* sistema ili primjer Egipta gdje se pravo izvodi iz civilnog sistema i religijskih običaja.¹⁷⁴ S aspekta kontinentalne pravne tradicije zasnovane na rimsko-pandektnim kategorijama, zauzet je stav da sudska praksa nije formalan izvor prava.¹⁷⁵ Tu činjenicu oslikava situacija jer se najčešće dešava da sudije prilikom presuđivanja i ne ulaze u suštinu presuđene stvari po pitanju ispravnosti koje je dato u nekoj sudskoj odluci. Možda je razlog takvom postupanju donekle i opravdan jer se svaki sudija pribojava za opstanak vlastite sudske oduke. Zbog toga se često zanemaruje i legalitet cjelokupnog postupka, primjenom neispravnog stava sudske prakse. Takvu percepciju sudova podržavaju i učesnici u postupku jer je time uspjeh u sporu, ako ne zagarantovan, onda barem izvjesniji.¹⁷⁶ Taj konkludentni način uvođenja sudske prakse u sistem odlučivanja navodi na različita razmišljanja. Međutim, to ne treba djelovati obeshrabrujuće, jer ovakav pristup treba shvatiti kao jedan vid evolucije prava dok se u potpunosti ne formalizira sudska praksa i napravi koncept koji u potpunosti odgovara novom tržišnom tonu. U svakom slučaju će se ukazati nužnom konceptualizacija u mješoviti pravni sistem koji u strukturi ima elemente evopsko-kontinentalnog i angloameričkog pravnog sistema. Posljednja reforma pravosuđa nije provedena na dosljedan način. U ovom smislu postoje poteškoće jer na državnom nivou nemamo uspostavljenu instituciju analognu instituciji Vrhovnog suda koja bi ujednačavala primjenu prava i osigurala ravnopravnost subjekata na

¹⁷³ A. Gagula, „Pravne posljedice raskida ugovora prema pravu Bosne i Hercegovine i načelima Evropskog ugovornogprava“, magistarski rad, Pravni fakultet Univeziteta u Sarajevu 2009, 55.

¹⁷⁴ W. Tetley, „Mixed jurisdiction: common law vs civil law (codified and uncodified) (Part 1), ur. serije M. Evans, *UniformLaw Review*, 1993-3, 597.

¹⁷⁵ M. Vasiljević, *Poslovno pravo*, Savremena administracija d.d., Beograd 1999., 14-15.

¹⁷⁶ A. Gagula, *ibid.*

cijelom prostoru države.¹⁷⁷ Samo uspostavljanje Vrhovnog suda bi omogućilo i kreiranje sudske prakse kako u pogledu svih pravnih pitanja tako i u pogledu općih principa koje predstavljaju UPICC.

S druge strane, pružanje tolike diskrecije sudiji u našem pravnom sistemu koje se već dugo bori sa pošastima ovog vremena, bi se činila pomalo i preambicioznom. Zbog čestih političkih uticaja, potrebno će biti mnogo vremena da se osigura nezavisnost pravosuđa u punom značenju riječi. Na taj način bi se steklo iznimo povjerenje u rad pravosuđa te bi se ova ideja naposljetku objektivizirala. Prelaskom na novi sistem pravila, znatno bi se udaljili od tradicionalnog modela prema novom konceptu koji podsjeća na case law sistem gdje bi zakoni bili sažeti i jasni, obogaćeni sudskom praksom a bi sudija svojom diskrecijom bio substitut i samom zakonu. Zapaženim stanovištima iz teorije i prakse se pojačava ubjeđenje da UPICC predstavljaju modernu *lex mercatoria* što daje osnova za široko polje primjene.

Naročiti benefiti bi se dobili u promociji arbitraža kao alternativnih načina rješavanja sporova koje u odnosu na sudove imaju određene prednosti koje su naročito prepoznatljive u svim trgovinskim sporovima. Aspekt materijalnog prava u međunarodnim trgovinskim sporovima, uglavnom sačinjavaju opće pravne norme među kojima se ističe UPICC. Zbog toga su arbitraže dobile svoj dignitet, afirmacijom na široj svjetskoj sceni. U pravnoj tradiciji BiH arbitraže i ostali alternativni načini rješavanja sporova nisu dovoljno afirmisani jer se sigurnost može dobiti u postupku pred sudom kao besprijekornom djeliocu pravde. Zbog toga danas imamo slučajeve da su svi sudovi preopterećeni i neefikasni da blagovremeno osiguraju pravnu zaštitu. U vezi s tim se arbitraže izdvajaju pogotovu u trgovinskim odnosima jer imaju zapažen historijski razvoj s velikim spektrom pravnih mogućnosti. Kada smo već uzeli u obzir globalna kretanja, vidjeli smo da ovaj vid rješavanja sporova zauzima

¹⁷⁷ K. Trnka, *Ustavno pravo*, Fakultet za javnu upravu Sarajevo, Sarajevo 2006., 346.

važno mjesto u međunarodnim trgovinskim ugovorima. ZPP FBiH je u članovima 434-453. predvidio set pravila prilikom vođenja postupka pred izabranim sudom.¹⁷⁸ Značaj arbitražne presude je naglašen u članu 449. ZPP gdje je poistovjećena s pravosnažnom presudom, ako ugovorom nije predviđena mogućnost pobijanja pred arbitražom višeg stepena.¹⁷⁹ Zbog toga se i arbitraže tretira kao sud. Istaknuti su primjeri koji ukazuju da se UPICC mogu primjenjivati samo ukoliko budu predviđeni sporazumom stranaka. Iz strukture ZPP se može primjetiti da BiH nije dosljedno implementirala Evropsku konvenciju o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži gdje se prema odredbi člana VII stav 2. ostavlja mogućnost strankama da ugovore nacionalno pravo koje će arbitražni sud da primjeni na konkretni spor. Ukoliko stranke ne odluče koje će pravo primjeniti, na njihov pravni odnos će se primjeniti *lex mercatoria*. Kao primjer se može navesti odredba člana 1496. Zakonske uredbe o izmjeni francuskog Zakona o parničnom postupku (*Code de Procédure Civile*) od 12.05.1981. godine koji propisuje da u slučaju kada stranke ne ugovore po kojem će se materijalnom pravu razriješiti njihov spor, arbitri neće primjeniti pravo na koje upućuje prikladno koliziono pravilo međunarodnog privatno prava, nego će ga oni neposredno odrediti. Holandski građanski zakonik je još precizniji jer postoji slična odredba koja se nalazi u članu 1054. (2) ZPP gdje je ostavljena mogućnost arbitrima da ne primjenjuju samo nacionalno pravo nego i pravna pravila sa ekskluzivnim pravom da se primjene UPICC. Osim državnih zakona primjena *lex mercatoria* se pominje i u članu 42. (1) Konvencije o rješavanju investicionih sporova između država i građana drugih država (Vašingtonske konvencije), članu 28. (1) Model Zakona UNICTRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži kao i u članu 17. Pravilnika MTK o arbitraži koji je na snazi od 01.01.1998. godine.

Oslobađanje od predrasuda će biti neminovna stvar kako bi se država mogla uključiti u snažniji integracijski proces, jer bi u protivnom

¹⁷⁸ J. Čizmić, *Komentar zakona parničnom postupku FBiH*, Privredna štampa d.o.o. Sarajevo, Sarajevo 2010., 895 i dalje.

¹⁷⁹ *Ibid.*

imala nesagledive posljedice izostankom minimalnih uslova za integraciju.¹⁸⁰ Međutim, trend reformi obligacionog prava i definiranja posebnog instituta neispunjenja uveliko traje te su u mnogim zemljama uslijedile izmjene građanskih zakonika. Iz prednjih izlaganja se može vidjeti opći respekt prema UPICC u mnogim pravnim krugovima izuzev manjeg broja pravnih skeptika koji im pristupaju sa određenom dozom nesigurnost često se pozivajući na nacionalni osnov i nemogućnost primjene. Stoga bi korisno bilo u duhu poglavlja 7 UPICC izvršiti izmjene i prilagođavanja postojećeg obligacionog prava. Shodno pregledu zakonodavstava modernih država, kao i globalnim trendovima unifikacije prava, može se reći da u BiH ne postoji jedinstvena kodifikacija građanskog (civilnog) prava, niti je postojala na području bivše Jugoslavije. Mnogi instituti koji obično dolaze u opći dio građanskog zakonika se nalaze u općem dijelu Nacrta. Neizbježno se osvrnuti i na zemlje iz okruženja. Naime, Slovenija je donijela 2002. godine, Zakonik o obligacijama (Obligacijski zakonik) ali to i pored promjene naziva ne predstavlja kodifikaciju građanskog (civilnog) prava, nego samo kodifikaciju obligacija.¹⁸¹ Struktura zakona u pogledu segmenta neispunjenja je ostala nepromijenjena. Reforme obligacionog prava bi se mogle uporediti i s Hrvatskom, članicom EU, gdje je evidentno interpoliranje odredbi koje govore o zaštiti potrošača. Strukturalnija izmjena sadržaja zakona u pogledu odredaba koje govore o neispunjenju nije bitnije izmijenjena te je još uvijek zadržan propis koji ima najznačajnije konture propisa iz bivše savezne države.

ZAKLJUČAK

Rezultati istraživanja navode na zaključak da je proces globalizacije krajem XX i početkom XXI vijeka na izvjestan način svakodnevna pojava pa je s razlogom postao uslov bez kojeg se ne može (*conditio sine qua*

¹⁸⁰ Presuda Frankovich (Sud EU, 19.11.1991, povezani predmeti C-6/90 i C-9/90, Andrea Frankovich i Danila Bonifaci i drugi/Republika Italija (Frankovich), Sig. 1991, I-5357.

¹⁸¹ Uradni list. RS, št. 83/2001, 32/2004., <http://www.uradni-list.si>.

non). Razlog tome nije samo u normativnosti propisa nego prevashodno u praktičnim potrebama. Analitičkim istraživanjima detektovani su modeli kao oponenti nacionalnim pravima, kolokvijalnog naziva *lex mercatoria*. O UPICC-u kao sastavnom dijelu *lex mercatoria* pretežno vladaju pozitivne kritike jer predstavljaju najpopularniji model u procesu globalizacije. Na osnovu tih kritika bi se mogla napraviti podloga za reformu propisa u smislu nastanka obligacionog kodeksa gdje bi se objedinila opća pravila, pravila za trgovinske i potrošačke ugovore. Navednim objedinjavanjem propisa stvorile bi se mogućnosti za primjenu potrošačkih ugovora i u odnosima između potrošača (C2C) i prodavaca (B2B).

UPICC s razlogom mogu zadržati ulogu za koju su predodređeni u preambuli. Posljednjom redakcijom UPICC 2010. godine napravljen je zapažen pravni okvir koji je prilagođen zakonodavstvima mnogih država. Bez obzira što njihova primjena nije prihvaćena pred nacionalnim sudovima, UPICC je postigao veliki značaj, jer u materijalnom smislu u potpunosti odgovaraju američkom UCC. Njihov kvalitativni karakter nam pouzdano govori da će *pro futuro* da izbrišu mnoge granice kako bi i formalno postali *lex mercatoria*.

U svakom slučaju primjena UPICC pred arbitražnim sudovima je načelno dopuštena uključujući i principe pravičnosti (*ex aequo et bono*) što otvara mogućnost za primjenu i pri institucionalnoj arbitraži koja je uspostavljena pri Vanjskotrgovinskoj komori BiH. Međutim, da bi se izbjegla primjena kolizionih normi u korist *lex mercatoria* - UPICC potrebno je izvršiti ustavnu regulaciju te definisati sadržaj u kojim bi se jasno i decidno omogućila primjena općih pravnih principa. Sadašnjom regulacijom u Ustavu BiH nameće se pitanje šta je *ratio* navedne odredbe. Ako bi se tretirali kao opći pravni principi ušli bi u polje proizvoljnosti i ostali bi nedorečeni. U svakom slučaju je potrebno osigurati mjesto općih pravnih principa u pravnom poretku BiH jer kao „*soft law*“ predstavljaju

međunarodni trend. Samim tim bi nastala potreba za izmjenom ZPP-a gdje će se umetnuti odredba o primjeni općih pravnih pravila (*lex mercatoria*) za slučaj neizbora prava od strane ugovornih strana. Na taj način bi se osigurala potpuna afirmacija primjene *lex mercatoria* - UPICC što bi vodilo i nastanku sudske prakse u trgovinskoj oblasti. Ujedno bi se dala potpora da se ugovorne strane naročito podvrgavaju alternativnim načinima rješavanja spora putem arbitraža u kojima bi stranke bile *domini litis*. Predodređenost primjene u tim odnosima bi pogodovalo donošenju kvalitetnijih odluka u odnosu na sudske odluke koje često znaju da budu s brojnim propustima zbog velikog broja predmeta i preopterećenosti rada suda.

Reforma obligacionog prava u BiH predstavlja složeno pitanje. Bilježe se brojni bezuspješni pokušaji reformisanja obligacionog prava. Pogodnost implementacije UPICC u multikulturalnim sistemima omogućila bi i da naš zakonodavac na osnovu naučnih spoznaja i komparativnih analiza pristupi izradi zakona multinacionalnog karaktera. Ne može se dopuštati da se zbog složene regulative sputaju ideje i ciljevi svakog poslovnog čovjeka kako plaćanjem visokih taksi tako i enormnih troškova pravnih savjetnika-advokata. Zapravo daje se smisao ideji da se kroz institucionalnu potporu promovira liberalniji odnos i pruži prilika za razvoj privrede, a samim tim i tržišta koja u sadašnjim konstelacijama pravnih odnosa poprima karakter pravnog apsurd.

BiH je država koja je preuzela tržišni koncept privređivanja, mada je zadržala propise koje nemaju dosljedan tržišni ton, što ukazuje na nužnost reforme ili stvaranja jednog modernog obligacionog kodeksa po uzoru na neke zemlje. Dakle, postoji potreba da se na temelju postojeće strukture sagladaju najzapaženija rješenja koja su uspješno realizirana na primjerima zemalja nastalih raspadom Sovjetskog saveza. Prikladan uzor za reformu obligacionog prava BiH bi bio Građanski zakonik Estonije. On je interesantan, jer nudi zanimljiva rješenja u pogledu instituta

neispunjenja općih ugovornih odredaba tako i u pogledu regulacije neispunjenja svakog ugovora.

U pogledu reformi odredaba o neispunjenju i instituta bitnog i nebitnog neispunjenja glavno pitanje na koje bi se trebala obratiti pažnja jeste činjenica da je jedna strana ispunjenjem ugovora preuzela vlasništvo na stvari. U vezi s pravilom *pacta sunt servanda*, problem se može pojaviti ako stvar npr. nema očekivanu vrijednost zbog lošeg kvaliteta. U toj situaciji bi se uveo generalan pojam nesaobraznosti robe koji bi svojom normativnošću apsorbovao i institut odgovornosti za materijalne nedostatke. To bi dovelo do ukidanje zasebnog instituta odgovornosti za materijalne nedostatke iz člana 488. ZOO. U vezi s tim instituti koji predstavljaju osnov za neispunjenje (docnja, materijalni i pravni nedostaci, naknada štete i dr.) gube svoj značaj u strukturnom smislu jer se oni mogu posmatrati samo u okviru jedinstvenog koncepta bitnog neispunjenja ugovora. Indikativno jeste da se ruši višedecenijska tradicija postojanja ZOO BiH i na njemu zasnovanim društvenim vrijednostima međutim evolucija prava je svakako značana jer mora da prati zakonitosti života.

U tom slučaju bi se odgovornost za nesaobraznost robe mogla tražiti samo pod uvjetom da je stvar predata. Uvest će se novi instituti i napraviti razlika između bitnog od nebitnog neispunjenja ugovora. Napravila bi se jedinstvena regulacija rokova. Opće pravilo za vidljive nedostatke bi bilo 8 dana ili bez odlaganja, a za skrivene nedostatke 6 mjeseci. Samo bi se na taj način stvorilo rješenje koje bi vodilo ukidanju samostalnih instituta kao što je slučaj kod docnje, jer neispunjenje kod fiksnih rokova može predstavljati bitno neispunjenje ugovora, a ukoliko se radi o nefiksnim rokovima neispunjenje predstavljat će nebitno neispunjenje ugovora. U slučaju bitnog neispunjenja raskid ugovora zajedno sa ostalim posljedicama bi nastupio *ipso iure*, dok bi se kod nebitnog neispunjenja zadržalo bi pravo na ispunjenje ugovora u naknadnom razumnom roku.

Svako drugačije postupanje bi dovelo do raskida ugovora i naknade štete. Pitanje nebitnog neispunjenja ugovora bi omogućilo da povjerilac zadrži pravo na ispunjenje svoje obaveze u naknadno određenom roku koji mora biti razumne dužine. Regulisala bi se i brojna druga pitanja u različitim pravnim situacijama koja zbog izostanka normativnog supstrata podrazumjevaju primjenu trgovinskih uzansi. Praktični značaj bi se dobio jer bi se u strukturnom smislu pitanja neispunjanja regulisala u jednom poglavlju koje bi se sastojalo od više odjeljaka počevši od pojma neispunjenja, prava povjerioca, raskida ugovora, naknada štete. To bi imalo za posljedicu prestrukturiranje važećeg ZOO te bi se na taj način opravdala teza da zakon bude pregledniji i jednostavniji.

U pronalaženju mjesta pravnog sistema BiH u svijetu pravne doktrine ne bi se mogao dobiti precizan odgovor. Analizirajući primjere iz prakse može se zaključiti da pravni sistem u BiH sve više sadrži primjese precedentnog sistema, mada je pravna doktrina zauzela konačan stav da naš sistem pripada kontinentalnoj pravnoj tradiciji zasnovanoj na institutima koji vode porijeklo iz rimskog prava. Kroz praksu se može primjetiti da se sve više udaljavamo od tradicije i sve više ulazimo u sistem anglosaksonske pravne tradicije. Za razliku od akademskih mišljenja da je zauzet stav da sudska praksa nije izvor prava, evidentno je da sudovi sve više uvode u obrazloženja svojih odluka stavove kako domaće sudske prakse tako i sudske prakse iz regiona. Takav pristup često dovodi u pitanje i zakonitost postupanja gdje kao sudska praksa koriste sudske presude u kojima se mogu često zapaziti i pogrešna primjena odredaba ZOO. Postupanje suda koji sve više sadrži primjese common law pravne tradicije, ukazuje da je pravo živa stvar, a odredbe isuviše krute što pruža mogućnost sudiji da koristi svoju diskreciju te da postupa i po principu pravičnosti. Dolazimo do onog momenta gdje se sudiji daju ovlaštenja da odlučuje po vlastitoj diskreciji. Time je, htjeli mi to priznati ili ne, evolucija prava uveliko započela tako da i uticaj UPICC na naše obligaciono pravo u neko dogledno vrijeme neće predstavljati iznenađenje.

Bez obzira na svoju zapaženu kvalitetu, UPICC nisu u potpunosti zadovoljili kriterije tako da se kritike protivnika njihove primjene čine dobrim dijelom i osnovanim. Oni nisu obogaćeni sadržajem koji bi omogućio njihovu višestruku primjenu jer smo vidjeli da postoje i daleko kompletniji projekti. Posljednji projekat naučnika nazvan DCFR je ostavio najbolji dojam, jer predstavlja naučno djelo koje objedinjuje pravila vezana za obligacione odnose, međunarodne trgovinske odnose kao i odredbe o zaštiti potrošača. Oni bi mogli da pruže odgovor na mnoga pitanja i probleme u okviru moderne *lex mercatoria*. DCFR predstavlja dobar primjer unifikacije pravila i zbog toga bi trebalo ovaj instrument u potpunosti podržavati i istrajavati u njihovoj primjeni kako bi se obezbijedio jedan novi obligacioni kodeks u duhu savremenih tendencija.

INEXECUTION DU CONTRAT DANS PRINCIPES D'UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DROIT INTERNE

RÉSUMÉ

Les Principes d'UNIDROIT (Abr. UPICC) comme un concept unique de la *lex mercatoria* représentent matériel académique de l'harmonisation et l'unification du droit dans de nombreux pays. Leur application est plus large et principalement liée à la zone d'accords commerciaux internationaux que le monde des affaires est un défi et une vision pour résoudre les problèmes dans les relations commerciales transfrontalières.

Institut de non performance du contrat du chapitre 7 UPICC est noté comme un ensemble très clair et concis des règles pour générer un nouveau concept d'inexécution essentielle du contrat. Ce concept a été enregistrée dans d'autres instruments, à quelques exceptions près.

En cherchant des moyens la possibilité de mise en œuvre du chapitre 7 de UPICC dans notre système juridique, en tirer de grands bénéfices mais de créer et de difficultés. Rend évidemment clair que le temps des règlements rigides passé et qu'il ya une tendance générale à la rationalisation de la réglementation. Règles rigides freinent vues libérales sur les flux commerciaux nationaux et transnationaux. La tendance de créer des règles simples et compréhensible qui tentent de réduire les coûts des interprétations juridiques de la réglementation internationale et de stimuler les hypothèses de coopération commerciales transfrontalières qui vont vers plausibilité. Règlement extrajudiciaire des différends (arbitrage) serait accordée à l'importance et donc à accélérer la résolution des différends. Toutefois, des problèmes avec la mise en œuvre se manifeste principalement dans l'absence de réglementation constitutionnelle. Cette idée implique, après tout, l'ensemble des modifications apportées au système comme une nouvelle approche de système au cas de plus près. Les lois sont courtes, cas sont une source notable de loi, tandis que le rôle du juge affirme à niveau qui se substitue à la loi. Un modèle pourrait ressembler principalement dans certains pays qui ont adopté la même voie et qui est maintenant connu comme étant les pays qui réussissent, comme l'Estonie. Solutions iraient vers la création d'un code unique sur les contrats contractuels, commerciaux et de consommation. Cela signifierait également l'évolution structurelle des instituts relatives à la non-exécution du contrat parce que toutes les dispositions réunissant en un seul endroit, alors que certains et à éliminer. Une analyse plus détaillée montre que UPICC présentent certains inconvénients en termes de champ d'application. Parmi les principes et leurs similitudes, cependant, apparaît comme l'instrument le plus compact DCFR avec un cadre normatif .

Mots-clés : l'harmonisation, l'unification, la réception, l'inexécution essentielle du contrat, l'arbitrage.