

Dr Nenad Grujić*

PRAVO NA UGOVORNU KAZNU U SLUČAJU RASKIDA UGOVORA ZBOG NEISPUNJENJA

Apstrakt: Autor članak započinje predstavljanjem različite prakse sudova u Republici Srbiji u vezi sa pitanjem prava na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze a nakon što dođe do raskida ugovora zbog neispunjenja. Pri tome zaključuje da je takvo različito postupanje ne samo različitih sudova već i jednog istog suda veoma opasno sa stanovišta pravne sigurnosti. Potom iznosi stavove pravne nauke o ovom pitanju, iz kojih zaključuje da, uprkos prividnom nejedinstvu, svi autori koji se specifično bave ovom temom ne dovode u pitanje mogućnost naplate ugovorne kazne nakon raskida ugovora.

Analizirajući stavove pravne nauke i sudova, autor dalje zaključuje da je osnovni uzrok različitih stavova, kako sudova tako i nauke, pogrešno, odnosno nepotpuno postavljena početna premisa. Naime, autor tvrdi da sudovi i autori koji odriču postojanje prava na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora polaze od pogrešno postavljene početne premise da se u slučaju raskida ugovora ugovorne strane oslobađaju svih obaveza. S druge strane, oni sudovi i autori koji zastupaju suprotan stav, iako polaze od pravilno postavljene početne premise da u slučaju raskida ugovora postoje određena prava i obaveze koje preživljavaju raskid ugovora, propuštaju da se pozovu na konkretan institut ugovornog prava koji to dozvoljava. Zaključujući da je taj institut delimični raskid ugovora zbog neispunjenja, koji je uglavnom nepoznat pravnicima u Republici Srbiji, autor čini nespornim da pojedine obaveze, odnosno prava mogu da nastave da dejstvuju i nakon što dođe do raskida ugovora zbog neispunjenja.

Na temelju tako postavljene početne premise autor dalje analizira pravo na ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja kao jedno subjektivno pravo, preobražajno po svojoj prirodi, i upoređuje ga sa ostalim subjektivnim ovlašćenjima koja poverilac stiče činjenicom neispunjenja ugovorne obaveze od strane dužnika.

Potom autor, analizirajući funkciju ugovorne kazne kao instituta, zaključuje da ukoliko pravo na ugovornu kaznu (ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze) ne bi postojalo nakon raskida ugovora, funkcija koju ugovorna kazna kao institut treba da vrši u pravnom poretku ne bi bila ostvarena. Idući dalje i analizirajući konkretne hipotetičke slučajeve, autor izvodi zaključak da ne samo da je ugovornu kaznu (za slučaj neispunjenja) moguće naplatiti nakon raskida ugovora već da je

* Direktor Sektora pravne podrške Generali Osiguranje Srbija a.d.o. Beograd
e-mail: nenad.grujic@pravnikafakultet.rs

raskid ugovora condicio sine qua non prava na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze. Pri tome, naglašava autor, raskid u tom smislu ne podrazumeva raskid čitavog ugovora, već samo u odnosu na obavezu koja je bila obezbeđena ugovornom kaznom.

U zaključnim razmatranjima autor iznosi mišljenje da ukoliko se sudska praksa ne izjednači, i to u pravcu priznavanja prava na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora, ugovorna kazna za slučaj neispunjenja s vremenom će isčeznuti iz našeg pravnog sistema, pri čemu će mnogi učesnici tržišta, nesvesni okolnosti o neefikasnosti ovog pravnog instituta, pretrpeti značajne materijalne gubitke. Kao alternativno rešenje, autor predlaže da se, po uzoru na neke međunarodne izvore prava, u našem zakonodavstvu izričito precizira da nakon raskida ugovora zbog neispunjenja poverilac zadržava pravo na naplatu ugovorne kazne ukoliko je bila ugovorena za slučaj neispunjenja.

Ključne reči: ugovorna kazna, ugovorna kazna za slučaj neispunjenja, raskid ugovora, delimični raskid ugovora, zadocnjenje, subjektivno pravo, sudska praksa.

1. UVOD

Pravna nesigurnost iz ma kog uzroka da nastaje nije pojava koja je poželjna za bilo koji pravni poredak i svaki pravni poredak treba da teži da u što je moguće većoj meri otkloni njene uzroke. Kako ti uzroci mogu biti različiti, lakše ili teže otklonjivi, nije uvek jednostavno i moguće ostvariti željeni nivo pravne sigurnosti kojem treba da teži svaki pravni poredak. Međutim, čini se da je uzroke pravne nesigurnosti koji izviru iz različitog tumačenja pravnih normi od strane istog suda ili različitih sudova lakše otkloniti nego neke druge. Upravo jedna takva pravna nesigurnost, koje sam svedok u poslednje vreme, naterala me je da pokušam da ustanovim koji joj je uzrok, šta je potrebno uraditi da bi bila otklonjena i koje bi bile posledice neotklanjanja.

Reč je o pravu na ugovornu kaznu koje, iako spada u jedan od klasičnih instituta obligacionog ili uže ugovornog prava, izaziva jednu vrstu pravne nesigurnosti u našoj sudskoj praksi. To svakako nije dobro, budući da pravni subjekti u bitno sličnim situacijama ne mogu da računaju na jednaku zaštitu svojih subjektivnih prava. Kao što je poznato, u našem pravu postoje dve vrste ugovorne kazne: ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze i ugovorna kazna za slučaj zadocnjenja u ispunjenju.¹ Kod ugovorne kazne za slučaj zadocnjenja u ispunjenju oba-

¹ Videti: član 270. Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

veze dužnik se obavezuje da isplati poveriocu određeni novčani iznos ili pribavi kakvu drugu materijalnu korist u slučaju da zakasni sa ispunjenjem (nenovčane) obaveze. S druge strane, kod ugovorne kazne za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze, dužnik se obavezuje da isplati poveriocu određeni novčani iznos ili pribavi kakvu drugu materijalnu korist u slučaju da ne ispunji (nenovčanu) obavezu.² Dakle, da bi poverilac imao pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj zadocnjenja u ispunjenju obaveze, potrebno je da je dužnik ispunio obavezu ali sa zakašnjenjem, dok je pretpostavka za naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze činjenica da dužnik nije ispunio ugovornu obavezu. Pri tome, poverilac u čiju korist je ugovorena ugovorna kazna za slučaj neispunjenja, u slučaju da dođe do neispunjenja ima pravo ili da traži ispunjenje ugovorne obaveze ili ugovornu kaznu, ne može i jedno i drugo.³ Ako je optirao za isplatu ugovorne kazne, on gubi pravo da traži ispunjenje.⁴ S druge strane, poverilac ugovorne kazne za slučaj zakašnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze može zahtevati i ugovornu kaznu i ispunjenje obaveze.⁵ Međutim, imajući u vidu akcesornu prirodu ugovorne kazne, koja kaže da sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu obaveze na čije se ispunjenje odnosi,⁶ postavlja se pitanje šta se dešava sa pravom na ugovornu kaznu u slučaju raskida ugovora zbog neispunjenja? Postavljeno iz drugog ugla, pitanje glasi: da li poverilac koji je optirao za isplatu ugovorne kazne a ne za ispunjenje obaveze ima pravo da raskine ugovor i da traži ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja, ili ugovornu kaznu može naplatiti samo u slučaju da nije raskinuo ugovor?

- 2 Detaljnije o vrstama ugovornih kazni, sličnostima, razlikama i pravnom režimu, vidi: Radišić, J., 2000, *Obligaciono pravo*, Beograd, str. 319–320.
- 3 Videti: član 273. stav 1. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG* br. 1/03 – Ustavna povelja. Reč je o tzv. preobražajnom pravu (ili pravu moći) koje poverioca ovlašćuje da jednostranom izjavom volje izmeni postojeći pravni (ugovorni) odnos između njega i dužnika. O pojmu preobražajnih prava, vidi: Vodinelic, V. V., 2012, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, str. 213–215
- 4 Videti: član 273. stav 2. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG* br. 1/03 – Ustavna povelja. Obrnuto pri tome ne važi, poverilac koji je zahtevao ispunjenje ugovora u svako doba može svoj izbor promeniti i zahtevati isplatu ugovorne kazne zbog neispunjenja. Isto: Blagojević, B., Krulj, V., 1980, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Beograd, str. 683. Za suprotan stav videti: Perović, S., 1995, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Beograd, str. 633. i Mitrović, T., 2016, *Oblici ugovorne kazne, Zbornik radova studenata doktorskih studija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, str. 280.
- 5 Videti: član 273. stav 4. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG* br. 1/03 – Ustavna povelja.
- 6 Videti: član 272. stav 1. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG* br. 1/03 – Ustavna povelja.

U odgovoru na postavljeno pitanje naša sudska praksa, a u određenoj meri i nauka, daju različite odgovore, praveći pri tome razliku između ugovorne kazne za slučaj neispunjenja i za slučaj zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze.⁷

Pravo na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze, a nakon raskida ugovora, uglavnom nije sporno u našoj pravnoj teoriji niti, što je još važnije, sudskoj praksi. Tako većina pisaca ističe da u tom slučaju poverilac nema pravo na naplatu ugovorne kazne, obrazlažući stav time da je ugovorna kazna za slučaj zadocnjenja akcesorno pravo i da jednako kao i ugovorna obaveza čijem obezbeđenju služi prestaje momentom raskida ugovora.⁸ Prihvatajući ovakav stav u potpunosti, dodao bih samo da ugovornu kaznu za slučaj zadocnjenja nije moguće naplatiti nakon raskida ugovora, ne samo zato što je prestala da postoji glavna obaveza, čijem obezbeđenju je ugovorna kazna služila, već i zbog toga što nije ispunjena osnovna pretpostavka za njenu naplatu, nije došlo do zakasnelog ispunjenja ugovorne obaveze. Drugim rečima, pravo na ugovornu kaznu kao subjektivno pravo, pravo potraživanja po svojoj prirodi, u tom slučaju nije ni nastalo jer ugovorna obaveza čijem obezbeđenju je ugovorna kazna služila nije ispunjena. Treba napomenuti da je u pravnoj teoriji iznet i stav da bi poverilac, čak i kada je reč o ugovornoj kazni za slučaj zadocnjenja, imao pravo nakon raskida ugovora na naplatu ugovorne kazne za period od pada dužnika u docnju do momenta raskida.⁹ Međutim, čini se da ovakav stav nema utemeljenje u zakonskim odredbama i da se stoga ne može prihvatiti. Naime, raskidom ugovora dužnikova obaveza definitivno ostaje neispunjena, a ugovorna kazna ugovorena za zadocnjenje u ispunjenju obaveze se može naplatiti samo zajedno sa glavnom obavezom čijem obezbeđenju služi.¹⁰

Naša sudska praksa uglavnom jednoobrazno prihvata preovlađujući stav pravne nauke i, pozivajući se uglavnom na akcesornu prirodu ugovorne kazne, odlučno odbija poveriocu pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj zadocnjenja nakon što dođe do raskida ugovora.¹¹

7 Isto: Hiber, D., Živković, M., 2015, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd, str. 422.

8 Tako: Hiber, D., Živković, M., 2015; Danilović, T., 2011, *Ugovorna kazna u pravu, praksi i teoriji*, Beograd, str. 231–232; Jankovec, I., 1993, *Ugovorna odgovornost*, Beograd, str. 305.

9 Videti: Jankovec, I., 1993.

10 O ovom i drugim razlozima neprihvatanja stava o pravu na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj zadocnjenja, a za period od pada dužnika u docnju do momenta raskida ugovora, videti: Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 422.

11 U tom smislu: „[...] ugovorna kazna predviđena za slučaj zakašnjenja u ispunjenju ugovora gasi se raskidom ugovora, jer zbog svoje akcesorne prirode deli pravnu sud-

2. UGOVORNA KAZNA ZA SLUČAJ NEISPUNJENJA UGOVORNE OBAVEZE NAKON RASKIDA UGOVORA U NAŠOJ SUDSKOJ PRAKSI

S druge strane, kada je u pitanju ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze, sudska praksa je veoma neujednačena. Polazeći od akcesorne prirode ugovorne kazne, s jedne strane, i posledica raskida ugovora zbog neispunjenja, odnosno pravila da se raskidom ugovora ugovorne strane oslobađaju svojih obaveza, s druge strane, dobar deo naših sudova izričito odbija poveriocu pravo na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja nakon raskida ugovora. U tom smislu: „Iz navedenog proizlazi da ugovorna kazna ne može biti aktivirana niti se može tražiti njena isplata nakon raskida ugovora.”;¹² „Kako je nesporno da je Ugovor o prodaji društvenog kapitala raskinut zbog neispunjenja ugovorenih obaveza kupca subjekta privatizacije, a tužilac je isplatu ugovorne kazne tražio nakon raskida ugovora, to sledi, a imajući u vidu čl. 272. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, kojim je propisano da sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje on odnosi, da zahtev tužioca nije osnovan i da tužilac nakon raskida ugovora ne može da traži isplatu ugovorne kazne [...]”;¹³ „Kada otpadne osnov (raskidom, poništenjem, itd.) poverilac nema pravo da traži naplatu ugovorne kazne, jer se njen osnov ugasio iz napred navedenih razloga [...] a raskidom ugovora otpao je osnov za naplatu ugovorne kazne [...]”;¹⁴ „[...] stranke su pri zaključenju ugovora o prodaji društvenog kapitala ugovorile ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja. Raskidom navedenog ugovora zbog neispunjenja [...] prestale su sve obaveze po citiranom ugovoru pa time shodno čl. 272. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima i sporazum o ugovornoj kazni koji deli pravnu sudbinu obaveze na čije obezbeđenje

binu obaveze na čije se osiguranje odnosi.” Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 6675/2011 od 5. 6. 2013; „Ugovorna kazna predviđena za slučaj zakašnjenja u ispunjenju ugovora gasi se raskidom ugovora jer zbog svoje akcesorne prirode deli pravnu sudbinu obaveze na čije se osiguranje odnosi.” Presuda Opštinskog suda u Nišu, P. 5865/2006, sve dostupno na www.paragrafLex.com; „Ugovorna kazna predviđena za slučaj zadocnjenja u ispunjenju gasi se raskidom ugovora, jer zbog svoje akcesorne prirode deli pravnu sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje odnosi.” Presuda Vrhovnog suda Srbije, REv. 965778/2002 od 12. 6. 2002. navedeno prema: Hiber, D., Živković, M., 2015.

12 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 10340/2011(1) od 17. 5. 2012, (www.paragrafLex.com).

13 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 9664/2013 od 20. 3. 2015, (www.paragrafLex.com).

14 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 3692/2013 od 3. 6. 2015, (www.paragrafLex.com).

se odnosi.”¹⁵ „U konkretnom slučaju [...] ugovorna kazna predviđena za slučaj neispunjenja ugovorenih obaveza. Kako tužilac nije tražio izvršenje ugovora, već je ugovor raskinuo u tom slučaju imajući u vidu akcesornost ugovorne kazne, odnosno da sporazum o ugovornoj kazni deli sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje odnosi, proizlazi da se ugovorna kazna ne može aktivirati, odnosno ne može tražiti njena isplata nakon raskida ugovora”;¹⁶ „Sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje odnosi [...]. Iz izloženog proizlazi da ugovorna kazna ne može biti aktivirana niti se može tražiti njena isplata nakon raskida ugovora.”¹⁷

Kao što se vidi, sve citirane presude zasnivaju se uglavnom na dve premise: da je ugovorna kazna akcesorne prirode te sledi pravnu sudbinu obaveze čijem obezbeđenju služi i da raskidom ugovora prestaju *sve* obaveze ugovornih strana. Takođe, ovakav stav se može naći kako u odlukama najviše instance sudske vlasti kod nas – Vrhovnog kasacionog suda, tako i u odlukama Apelacionog suda u Beogradu, ali i Privrednog apelacionog suda, što je veoma važno zbog učestalosti ugovaranja ugovorne kazne u ugovorima u privredi.

Međutim, u nekim drugim odlukama navedenih sudova može se naći dijametralno suprotan stav. Tako: „Kada je ugovor raskinut zbog neispunjenja, poverilac ne gubi pravo da zahteva ugovornu kaznu, koja predstavlja ugovorenu pretpostavljenu naknadu štete, koju poverilac može potraživati i u slučaju raskida ugovora, prema čl. 132. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima”;¹⁸ „Određbe ZOO koje se odnose na ugovornu kaznu zbog neispunjenja ne uslovljavaju pravo na naplatu ugovorne kazne održanjem ugovora na snazi, jer poverilac u slučaju neispunjenja obaveze može zahtevati raskid ugovora prema čl. 125. ZOO”;¹⁹ „Kada je ugovorna kazna predviđena samo za slučaj docnje u ispunjenju obaveze ne i zbog neispunjenja, a ugovor je raskinut i zbog neispunjenja, nije osnovan zahtev za isplatu ugovorne kazne.”²⁰ „[...] tužilac ima pravo da zahteva ispla-

15 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev. 138/2015 od 24. 9. 2015, (<http://www.vk.sud.rs/sr/sudska-praksa>).

16 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev. 157/2013 od 29. 5. 2014, (<http://www.vk.sud.rs/sr/sudska-praksa>).

17 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 2413/12 od 17. 5. 2012, *Izbor sudske prakse*, 2013, 7–8, str. 58.

18 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 6351/2012 od 25. 7. 2013, (www.paragrafLex.com).

19 Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 4924/2013 od 22. 5. 2014, (www.paragrafLex.com).

20 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 875/85, (www.paragrafLex.com). U navedenoj presudi Vrhovni sud Srbije, iako izričito ne konstatuje da u slučaju raskida ugovora

tu ugovorne kazne zbog neispunjenja obaveze, koja predstavlja unapred određeni iznos štete zbog povrede ugovora. Sporazum o ugovornoj kazni ovlašćuje poverioca da traži isplatu ugovorne kazne uz jedinu obavezu da dokaže postojanje povrede obaveze [...]. U konkretnom slučaju, do raskida ugovora je došlo [...], što oslobađa stranke glavnih obaveza, ali dužnika ne oslobađa obaveze plaćanja ugovorne kazne, jer u suprotnom ne bi bila ispunjena svrha ovog instituta.”²¹

Kao što se vidi, obrazloženja koja sudovi iznose prilikom branjenja stava da poverilac ima pravo na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora kreću se od toga da je ugovorna kazna unapred određen iznos naknade štete a da poverilac i nakon raskida ugovora ima pravo na naknadu štete, preko toga da poverilac time što je raskinuo ugovor u stvari je konzumirao svoje pravo izbora između zahteva za ispunjenje ugovorne obaveze i naplatu ugovorne kazne iz člana 273. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), do svrhe ugovorne kazne kao instituta koja u suprotnom (nepriznavanjem prava na naplatu nakon raskida ugovora) ne bi bila ostvarena. Iako sva tri argumenta deluju u načelu tačno, ipak čini se da ne pružaju zadovoljavajući odgovor koji bi bio podoban da obrazloži zašto ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze „preživljava” raskid ugovora.

Pre nego što razmotrim argumente pravne teorije, naglasio bih samo da ovako suprotni stavovi najviših sudova u Republici Srbiji nisu dobri ni sa stanovišta pravne sigurnosti ni sa stanovišta jednakog tržišnog poslovanja za sve učesnike tržišta, ali ni za ugled i reputaciju sudova.

3. STAV PRAVNE TEORIJE

Već iz letimičnog pogleda na stavove pravnih pisaca po ovom pitanju može se zaključiti da, iako postoje različiti stavovi koji donekle odražavaju stanje u sudskoj praksi, ipak preovlađuju stavovi koji imaju afirmativan stav prema pravu na naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja, a nakon raskida ugovora. Oni pravni pisci koji zastupaju stav da poverilac nakon raskida ugovora nema pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj

poverilac ima pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja već konstatuje da nakon raskida ugovora poverilac nema pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj docnje, iz obrazloženja se može zaključiti da je stav suda da poverilac u slučaju ugovorne kazne za neispunjenje nakon raskida ugovora ima pravo na naplatu ugovorne kazne, budući da se u obrazloženju svog stava izričito ograđuje da se navedeni stav odnosi na ugovornu kaznu za slučaj docnje.

21 Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 1724/2013 od 13. 6. 2014, (www.paragrafLex.com).

neispunjenja, svoje argumente uglavnom temelje na dosledno sprovedenom načelu akcesornosti ugovorne kazne i dejstvima raskida ugovora koja dovode do prestanka svih ugovornih obaveza.²² Ovaj stav se u suštini svodi na konstataciju da raskidom ugovora prestaju sva prava i obaveze iz ugovora, pa samim tim i pravo na ugovornu kaznu koje je kao akcesorno pravo služilo obezbeđenju neke od obaveza iz ugovora.²³ Čini se ipak da ovakvo gledište predstavlja suviše pojednostavljeno posmatranje problema,²⁴ jer niti su dejstva raskida ugovora zbog neispunjenja tako jednostavna niti je načelo akcesornosti prava na ugovornu kaznu bez izuzetka.

S druge strane, kao što sam napomenuo, preovlađuju autori koji zastupaju stanovište da je nakon raskida ugovora poverilac i dalje ovlašćen da naplati ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze. Razlika između njih je utoliko što takav stav obrazlažu različitim argumentima. Tako neki od njih, ne ulazeći dublje u prirodu prava na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja i pravne posledice raskida ugovora, ističu da poverilac ima pravo na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja nakon raskida ugovora, iz razloga što je ona upravo i ugovorena za slučaj neispunjenja.²⁵ Pri tome, zadržavajući svoju argumentaciju uglavnom na terenu razlike između ugovorne kazne za slučaj neispunjenja i za slučaj zadocnjenja, gde ovoj drugoj odlučno odriču mogućnost naplate nakon raskida ugovora, ističu da je ugovornu kaznu za zadocnjenje moguće zahtevati samo uz zahtev za ispunjenje ugovorne obaveze, za razliku od ugovorne kazne za slučaj neispunjenja koju je moguće zahtevati samostalno,

22 Pri tome treba naglasiti da većina ovih autora, za koje se uobičajeno u literaturi navodi da zastupaju ovaj stav, i ne razmatra specifično pitanje prava na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja nakon raskida ugovora, već se pre svega bave akcesornom prirodom ugovorne kazne. Oni, naime, obrazlažući načelo akcesornosti ugovorne kazne, zastupaju stav o njegovom apsolutnom dejstvu navodeći da ugovorna kazna prestaje u svim slučajevima prestanka glavne obaveze čijem obezbeđenju služi, bez prepoznavanja izuzetaka od tog pravila (pa ni za slučaj ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze). Iz takvog stava posredno se izvodi zaključak o njihovom nepriznavanju prava na naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja nakon raskida ugovora.

23 Videti: Radišić, J., 2000, str. 319; Strezovski S., u: V. Blagojević, B., Krulj, V., 1983, str. 951; Mitrović, T., 2016, str. 276; Milošević, Lj., 1977, *Obligaciono pravo*, Beograd, str. 112. Za nemačko pravo videti: Pichon de Bury, M., *La clause pénale en droit française et en droit allemand*, p. 30, (http://www.juripole.fr/memoires/compare/Marc_Pichon/, 9. 10. 2016).

24 Isto: Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 422.

25 Videti: Jankovec, I., 1993, str. 304; Danilović, T., 2011, str. 231–233; Orlić, M., 1985, *Ugovorna kazna*, *Pravni život*, 5, str. 546–547; Stojanović, S., 1986, *Ugovorna kazna u švajcarskom pravu*, *Pravni život*, 3, str. 361; Becker, H., 1974, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183)*, *Berner Kommentar, Band VI*, Bern, p. 747, navedeno prema: Stojanović, S., 1986, str. 361; Cigoj, S., 1984, *Komentar obligacijskih razmerij, II knjiga*, Ljubljana, str. 970.

pa i nakon raskida ugovora jer je ona i ugovorena za taj slučaj (neispunjenje). Navedeni stavovi, iako prema mom mišljenju tačni u krajnjem ishodištu, čini se ipak ne objašnjavaju sa dovoljno argumenata zbog čega pravo na ugovornu kaznu, koja je ugovorena za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze, postoji i nakon raskida ugovora, imajući u vidu akcesornu prirodu ugovorne kazne propisanu odredbom člana 272. stav 1. ZOO.

Za razliku od njih, neki drugi autori znatno argumentovanije obrazlažu zašto pravo na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja postoji i nakon raskida ugovora. Ovi autori ističu da ugovorna kazna za slučaj neispunjenja jednako kao i neke druge odredbe ugovora (npr. sporazum o nadležnosti, sporazum o posledicama raskida itd.) „preživljavaju” raskid ugovora. Argumente za to nalaze u samostalnosti sporazuma o ugovornoj kazni u momentu dospelosti ugovorne obaveze i odštetnom karakteru ugovorne kazne. Momentom dospelosti ugovorne obaveze, ističu ovi autori, ugovorna kazna postaje samostalno pravo i gubi svoj akcesorni karakter te „ukoliko bi se nakon tog trenutka glavna obaveza ugasila (čak i raskidom, *prim. aut.*) pravo na ugovornu kaznu bi i dalje moglo da postoji”.^{26 27} Odštetni karakter ugovorne kazne²⁸ takođe, smatraju neki autori, podoban je da opravda činjenicu da ugovorna kazna za slučaj neispunjenja „preživljava” raskid ugovora. Suština ovog stava se svodi na to da ugovorna kazna predstavlja (i) unapred utvrđeni iznos štete zbog povrede ugovorne obaveze, a pravo na naknadu štete ne prestaje raskidom ugovora, te ne prestaje samim tim ni pravo na naplatu ugovorne kazne.²⁹

26 S. Stojanović, 1986.

27 Videti: Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 423; Becker, H., 1974, str. 747, navedeno prema Stojanović, S., 1986; Malinvaud, P., 2007, *Droit des obligations*, Paris, p. 362; Stojanović, S., 1986. Nevezano za postojanje prava na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora, čini se da se ovakav stav ne može prihvatiti. Naime, iako momentom dospelosti glavne ugovorne obaveze ugovorna kazna postaje samostalna, tj. tada se rađa kao zasebno i samostalno subjektivno pravo, to ne znači da ona ni na koji način nije više zavisna u odnosu na glavnu ugovornu obavezu čijem obezbeđenju služi. Ona tada stiže određenu ali ne potpunu samostalnost. Ovo zbog toga što bi čak i tada pravo na ugovornu kaznu prestalo ukoliko bi bila utvrđena ništavost glavne ugovorne obaveze ili ukoliko bi glavna ugovorna obaveza bila poništena. Dakle, dospećem glavne ugovorne obaveze ne dolazi do potpune suspenzije načela akcesornosti ugovorne kazne, ono delimično i dalje važi, iako, počev od tog momenta u određenim slučajevima prestanka glavne ugovorne obaveze (na prvom mestu u slučaju raskida zbog neispunjenja) neće doći do istovremenog prestanka prava na ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze.

28 U smislu da ona predstavlja unapred određen iznos štete zbog neispunjenja ili manjkavog ispunjenja ugovorne obaveze. Više o pravnoj prirodi ugovorne kazne, videti: Radišić, J., 2000, str. 321.

29 U tom smislu pravo na ugovornu kaznu nakon raskida ugovora obrazlažu: Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 423, Mazeud, D., 1992, *La notion de clause pénale*, Paris, p.

Iako navedeni argumenti deluju dosta ubedljivije od prethodno navedenih, opet prema mom mišljenju nisu dovoljni da objasne zbog čega pravo na ugovornu kaznu zbog neispunjenja postoji i nakon raskida ugovora. Ovo zbog toga što argumenti koji se zasnivaju na odštetnom karakteru ugovorne kazne, iako u osnovi tačni, nisu potpuni. Naime, odštetni karakter ugovorne kazne važi jednako za obe vrste ugovorne kazne, kako za ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze tako i za ugovornu kaznu za slučaj zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze.³⁰ I u jednom i u drugom slučaju ugovorna kazna ima jednako odštetni karakter, otuda i pravilo da se ni jedna ni druga ne mogu „sabitati” sa štetom.³¹ Imajući to u vidu, ako prihvatimo da odštetni karakter ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze opravdava pravo na njenu naplatu i nakon raskida ugovora, nema valjanog razloga da isto ne važi i za ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj zadocnjenja u ispunjenju. U oba slučaja, posmatrano sa stanovišta odšetnog karaktera ugovorne kazne, ona ima istu funkciju, pa ako „preživljava” u jednom slučaju (kada je ugovorena za neispunjenje), treba da preživi i u drugom slučaju (kada je ugovorena za zadocnjenje), jer argument kojim se opravdava „preživljavanje” jednako važi u oba slučaja. Pa ipak, autori koji zastupaju stav da odštetni karakter ugovorne kazne za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze opravdava pravo na njenu naplatu i nakon raskida ugovora, to pravo izričito odriču kada je u pitanju ugovorna kazna za slučaj zadocnjenja.³² Iz tog razloga smatram da ovaj argument, koji se zasniva na odštetnom karakteru ugovorne kazne, iako ima određenu snagu, nije dovoljno specifičan za ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze da opravda razliku u odnosu na ugovornu kaznu za slučaj zadocnjenja, a sa stanovišta njihovog postojanja nakon raskida ugovora zbog neispunjenja.

Što se tiče argumenata koji postojanje prava na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora opravdavaju time da neke ugovorne klauzule važe i nakon raskida ugovora, a da je jedna od tih klauzula i ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze, opet se čini da takvi argumenti, iako u osnovi u potpunosti tačni, ipak ne zadovoljavaju u dovoljnoj meri. Ovo zbog toga što oni, iako pravilno konstatuju da neke klauzule, pa i klauzula o ugovornoj kazni, važe nakon raskida ugovora, ne pružaju

101; Hiber, D., Pavić, V., 2013, Contractual Penalty Clauses in Recent Serbian Arbitration Practice, *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3, str. 73–74.

30 Isto: Radišić, J., 2000, str. 321; Orlić, M., 1985, str. 547–548.

31 Član 275. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

32 Što je inače nesporno kako u pravnoj nauci tako i u sudskoj praksi, uz jedan izuzetak ograničenog domašaja. Za izuzetak videti: fusnote br. 9 i 10 (više o tome: videti: Jankovec, I., 1993, str. 305).

objašnjenje zašto je to tako. Osim konstatacije da važe i nakon raskida ugovora, ovi autori ne navode razloge zašto je to tako, zašto neke klauzule imaju „moć” da prežive raskid ugovora i da nastave da obavezuju ugovorne strane, te se utoliko ova argumentacija ne može prihvatiti kao dovoljna. Čini se da je upravo ta nepotpunost ovih argumenata bila osnovni razlog zbog kojeg je deo naše sudske prakse zauzeo stav da se pravo na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze gasi momentom raskida ugovora. Ovo zbog toga što nasuprot ovoj nepotpunoj argumentaciji koja se nalazi u delima pravnih pisaca stoje vrlo jasne i precizne zakonske odredbe o akcesornosti ugovorne kazne (član 271. stav 1. ZOO) i oslobađanju od obaveza nakon raskida ugovora (član 132. stav 1. ZOO) koje, čini se, ako se tumače isključivo jezičkom metodom tumačenja, ne poznaju izuzetke.

Na kraju, u literaturi se mogu naći i stavovi da se pravo na ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze i ne može ostvariti pre nego što poverilac raskine ugovor, budući da je sve do tog momenta dužnik ovlašćen da ispuni obavezu za čije je obezbeđenje ugovorena ugovorna kazna.³³ U suštini ovo stanovište posmatra raskid ugovora zbog neispunjenja kao *condicio sine qua non* prava na naplatu ugovorne kazne. Ovo stanovište, za koje ne može da se kaže da je netačno, naprotiv (ali o tome više u nastavku), čini se ima isti nedostatak kao neka od prethodno navedenih, odnosno ne objašnjava zašto pravo na ugovornu kaznu preživljava raskid ugovora, tj. pravničkim rečnikom rečeno po kom pravnom osnovu je u tom slučaju moguće naplatiti ugovornu kaznu i zašto ugovorna kazna nije zahvaćena posledicama prestanka ugovora, a u skladu sa načelom akcesornosti ugovorne kazne.

4. DELIMIČNI RASKID UGOVORA KAO NEDOSTAJUĆA PREMISA

Da bi se pravo na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja a nakon raskida ugovora analiziralo na pravi način, odnosno da bi se utvrdilo da li uopšte postoji, potrebno je prethodno postaviti ispravne, odnosno potpune početne premise. Upravo u postavljanju pogrešnih i nepotpunih početnih premisa vidim osnovne uzroke ne samo teorijskog dualizma već i nejedinstvene prakse naših sudova. Naime, čini se da predstavnici stava da ugovornu kaznu nije moguće naplatiti nakon raskida ugovora, kako oni

33 U tom smislu: Attias, A., 2006, Ugovorna kazna, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 4, str. 312–315, Jankovec, I., 1993, str. 304.

iz redova pravnih pisaca tako i iz sudske prakse polaze od jedne pogrešne premise, zbog čega dolaze do pogrešnog zaključka da pravo na ugovornu kaznu ne postoji nakon raskida ugovora. S druge strane, pravni pisci i sudovi koji priznaju to pravo polaze od nepotpune premise, zbog čega, čini se, nisu u stanju da dovoljno argumentovano obrazlože stav o postojanju prava na naplatu ugovorne kazne (ugovorene za slučaj neispunjenja) nakon raskida ugovora.

Reč je o tome da pristalice nepriznavanja prava na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora polaze od pretpostavke da raskidom ugovora dolazi do prestanka *svih* obaveza ugovornih strana³⁴ (član 132. stav 1. ZOO). Zaista, ako se pođe od ovakve početne premise, pa ako se još ima u vidu akcesorna priroda prava na ugovornu kaznu propisana odredbom člana 272. stav 1. ZOO, zaista je teško prihvatiti da pravo na ugovornu kaznu postoji i nakon raskida ugovora, bilo da je ugovorena za slučaj neispunjenja ili za slučaj zadocnjenja. Navedene zakonske odredbe nam kažu da pravo na ugovornu kaznu deli pravnu sudbinu ugovorne obaveze na čije se ispunjenje odnosi, a ako nakon raskida ugovora prestaju *sve* obaveze ugovornih strana, logična posledica raskida ugovora je da prestaje i pravo na ugovornu kaznu.

Međutim, raskidom ugovora ne prestaju *sve* obaveze ugovornih strana. Tačnije, raskidom ugovora mogu da prestanu sve obaveze nastale na temelju ugovora, ali ne moraju. Institut delimičnog raskida ugovora³⁵ dozvoljava da raskid ugovora zahvati samo jedan deo ugovora, u kom slučaju se ugovorne strane oslobađaju samo nekih obaveza, dok druge nastavljaju da obavezuju ugovorne strane. Imajući to u vidu, posledice raskida ugovora zavise od toga u kojoj meri je ugovor raskinut. Tako će raskid ugovora uvek preživeti one ugovorne obaveze koje su opredeljene, voljom samih ugovornih strana u momentu zaključenja ugovora ili kasnije, ali svako pre raskida, da nastave da proizvode dejstvo i nakon raskida ugovora, kao i one ugovorne obaveze u pogledu kojih, ovog puta voljom poverioca, ugovor nije raskinut.³⁶ Posmatrajući na taj način, odnosno ako pođemo

34 Videti: presudu Privrednog apelacionog suda, Pž. 10340/2011(1) od 17. 5. 2012, presudu Privrednog apelacionog suda, Pž. 9664/2013 od 20. 3. 2015, rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 3692/2013 od 3. 6. 2015, sve dostupno na www.paragrafLex.com; presudu Vrhovnog Kasacionog suda, Prev. 138/2015 od 24. 9. 2015. i presudu Vrhovnog Kasacionog suda, Prev. 157/2013 od 29. 5. 2014, dostupne na: <http://www.vk.sud.rs/sr/sudska-praksa>; presudu Privrednog apelacionog suda, Pž. 2413/12 od 17. 5. 2012, *Izbor sudske prakse*, 7–8/2013, str. 58.

35 O pojmu delimičnog raskida ugovora, videti: Grujić, N., 2016, *Raskid ugovora zbog neispunjenja i pravna dejstva raskida*, Beograd, str. 359–369.

36 O pravnim dejstvima raskida ugovora u vezi sa oslobađanjem ugovornih strana od obaveza, videti: Grujić, N., 2016, str. 411–415.

od toga da raskidom ugovora ne prestaju sve obaveze nastale iz ugovora, jasno je da početna premisa stavova kojima se ne priznaje pravo na ugovornu kaznu nakon raskida ugovora otpada. Kao što se može zaključiti, institut delimičnog raskida ugovora dozvoljava da neke ugovorne obaveze mogu da prežive raskid ugovora, odnosno da se ugovorne strane ne oslobađaju svih obaveza raskidom ugovora, već da mera oslobođenja zavisi od mere raskida. Dakle, početna premisa u raspravi o pravu na ugovornu kaznu nakon raskida ugovora mora biti promenjena. Međutim, posao time nije završen, potrebno je utvrditi da li pravo na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja spada u grupu prava, odnosno obaveza koje preživljavaju raskid ugovora.

S druge strane, pravni pisci i sudovi koji imaju afirmativan stav prema pravu na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora prepoznaju da određene ugovorne odredbe, među kojima i ugovorna kazna za slučaj neispunjenja, važe i nakon raskida ugovora³⁷ (utoliko imaju ispravno postavljenu početnu premisu). Međutim, prilikom obrazlaganja zašto je to tako i kako je moguće, zastupnici ovog stava propuštaju da se pozovu na konkretan pravni institut ugovornog prava koji bi bio u stanju da opravda stav o „preživljavanju” pojedinih ugovornih prava i obaveza nakon raskida ugovora. Taj institut ugovornog prava koji je podoban da se na njemu zasnuje tvrdnja da pojedine ugovorne odredbe „preživljavaju” raskid ugovora je upravo institut delimičnog raskida ugovora. Čini se da ne priznajući, ne poznavajući ili samo ne pozivajući se na institut delimičnog raskida ugovora, ovi pisci i sudovi nisu u stanju da nametnu stav o postojanju prava na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja nakon raskida ugovora. Ovo iz razloga što u nedostatku pozivanja na konkretan pravni institut koji je podoban da posluži kao osnov takvog stava, ovdašnji pravnik, odnosno sudija prosečnih znanja i iskustva, neće, osim izuzetno, svoju odluku zasnivati na „čisto” teorijskim objašnjenjima, bez uporišta u konkretnoj zakonskoj normi ili barem institutu ugovornog prava. Prethodno tim pre ukoliko već postoji odredba koja naizgled kaže suprotno, da se u slučaju raskida ugovora ugovorne strane oslobađaju svojih obaveza.³⁸

Prema tome, čini se da je neprepoznavanje instituta delimičnog raskida ugovora osnovni problem koji u jednom slučaju dovodi do postavljanja početne premise što potom vodi pogrešnom zaključku, a u drugom do nedostatka konkretnog pravnog instituta koji bi bio u stanju da opravda za-

37 Tako: Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 423; Malinvaud, P., 2007, str. 362; Stojanović, S., 1986, str. 361.

38 Videti: član 132. stav 1. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG* br. 1/03 – Ustavna povelja.

stupani stav o mogućnosti naplate ugovorne kazne i nakon raskida ugovora. Dakle, tek prepoznavanjem instituta delimičnog raskida ugovora zbog neispunjenja i njegovim priznavanjem³⁹ stvaraju se neophodni uslovi da se na pravi način analizira mogućnost naplate ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja, a nakon što dođe do raskida ugovora zbog neispunjenja, budući da ovaj institut omogućava da pojedine obaveze nastave da obavezuju ugovorne strane i nakon raskida ugovora.

5. PRAVO NA UGOVORNU KAZNU KAO SUBJEKTIVNO PRAVO

Kao što sam već napomenuo, postavljanje početnih premisa na način na koji je to urađeno predstavlja samo prvi korak u odgovoru na pitanje postoji li pravo na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja i nakon raskida ugovora. U odgovoru na to pitanje potrebno je dalje ispitati pravnu prirodu prava na ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze i utvrditi da li ono spada u grupu prava (tj. obaveza) koja postoje i nakon raskida ugovora i pod kojim uslovima.

Kada govorimo o pravnoj prirodi prava na ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja, u pravnoj teoriji uglavnom nema spora da je reč o subjektivnom pravu, uže pravu potraživanja koje nastaje na osnovu ugovora i to momentom pada dužnika u docnju sa ispunjenjem obaveze koja je obezbeđena ugovornom kaznom.⁴⁰ Tog momenta pravo na ugovornu kaznu nastaje i u određenoj meri se osamostaljuje u odnosu na glavnu ugovornu obavezu čijem obezbeđenju služi. Međutim, da bismo bolje razumeli pravnu prirodu prava na ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja, potrebno je prethodno naglasiti da momentom pada dužnika u docnju poverilac stiče nekoliko subjektivnih prava koja do tada nije imao:

39 Delimični raskid ugovora, iako kao pojam uglavnom nepoznat našim pravnicima, jednako kao i zakonu iako ga on na posredan način priznaje, pa čak u određenim slučajevima i reguliše (više o tome: Grujić, N., 2016, str. 379–380), ipak jeste moguć i dozvoljen u našem pravu. Više o tome zašto je delimični raskid ugovora dozvoljen i moguć u našem pravu, i pod kojim uslovima, videti: Grujić, N., 2016, str. 359–369; Vodinić, V., V., 2002, Delimični raskid ugovora zbog delimičnog neispunjenja obligacije, *Pravni informator*, 10, str. 24–27. O delimičnom raskidu ugovora u nemačkom pravu, videti: Schlechtriem, P., 1994, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, p. 202. i dalje. O delimičnom raskidu ugovora u francuskom pravu, videti: Catala, P., 2005, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, pp. 42, 93.

40 Tako: Savić, S., 2013, Pravna dejstva sporazuma o ugovornoj kazni, *Pravo i privreda*, 7–9, str. 273; Stojanović, S., 1986, str. 361; Becker, H., 1974, str. 747, navedeno prema: Stojanović, S., 1986, str. 361.

- pravo da zahteva ispunjenje ugovorne obaveze vansudskim putem;
- pravo da zahteva ispunjenje ugovorne obaveze sudskim putem;
- pravo da raskine ugovor;
- pravo da zahteva naknadu štete;
- pravo da zahteva naplatu ugovorne kazne (ukoliko je ugovorena, bilo da je reč o ugovornoj kazni za slučaj zadocnjenja⁴¹ ili za slučaj neispunjenja);
- pravo da odbije ispunjenje svoje obaveze;
- pravo da ne čini ništa i
- pravo izbora između jednog ili više navedenih ovlašćenja.

Dakle, jedna ista činjenica, pad dužnika u docnju, tj. neispunjenje obaveze od strane dužnika rađa za poverioca čak osam različitih subjektivnih ovlašćenja. Kojim od tih ovlašćenja će se poverilac služiti zavisi uglavnom samo od njega. Ne ulazeći na ovom mestu u sadržinu pojedinačnih ovlašćenja poverioca, recimo samo da je poverilac slobodan da bira kojima će se služiti, kao i da načelno nije vezan svojim izborom.⁴² Međutim, ono što je važnije jeste da ukoliko poverilac odluči da konzumira svoje pravo izbora, i to tako što će se opredeliti za jednostrani raskid ugovora zbog neispunjenja, preostalih šest njegovih ovlašćenja doživljavaju različitu sudbinu. Naime, neka od njih prestaju definitivno da postoje, neka samo uslovno prestaju da postoje, a treća nastavljaju da postoje i nakon raskida ugovora. U prvu grupu spada samo ovlašćenje da ne čini ništa, budući da je ono alternativno postavljeno u odnosu na ovlašćenje izbora između više različitih ovlašćenja, pa ako je poverilac odlučio da se koristi pravom izbora, prestalo je njegovo ovlašćenje da ne čini ništa. U drugu grupu spadaju pravo da zahteva ispunjenje ugovorne obaveze vansudskim putem i pravo da zahteva ispunjenje obaveze sudskim putem, budući da je reč o pravima koja prestaju raskidom ugovora (član 132. stav 1. ZOO), te poverilac ne može nakon raskida ugovora više da potražuje ispunjenje ugovorne obaveze. Međutim, rekli smo da u ovu grupu spadaju samo ovlašćenja koja uslovno prestaju da postoje (za razliku od prve grupe gde je prestanak ovlašćenja definitivni), podrazumevajući pri tome mogućnost da neke od obaveza iz ugovora zbog delimičnog raskida ipak nastave da obavezuju ugovorne strane i nakon raskida ugovora. U tom smislu govo-

41 S tim što je za naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj zadocnjenja potrebno da se ispuni još jedna pretpostavka – da ugovorna obaveza naknadno zaista i bude ispunjena.

42 O mogućnosti opredeljenja za više ovlašćenja kumulativno i o vezanosti izborom između pojedinih alternativno postavljenih ovlašćenja, videti detaljnije: Grujić, N., 2016, str. 317–331. Za suprotan stav, videti: Perović, S., 1985, str. 814.

rimo o uslovnom prestanku ovlašćenja, budući da ova ovlašćenja prestaju samo u meri u kojoj je ugovor raskinut. U ovu grupu bi spadalo i pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj zadocnjenja u ispunjenju, budući da ono podrazumeva da je do ispunjenja došlo ali sa zakašnjenjem, pa ukoliko je otpala mogućnost ispunjenja (zbog raskida) otpada i ugovorna kazna zbog zadocnjenja. Na kraju, u treću grupu ovlašćenja spadaju ovlašćenja koja poverilac zadržava i nakon raskida ugovora: pravo na naknadu štete (član 124. ZOO) i pravo da odbije ispunjenje svoje obaveze (član 132. stav 1. ZOO), naravno opet u meri u kojoj je ugovor raskinut.

Kao što se vidi, ovlašćenje na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze nisam svrstao ni u jednu grupu, budući da sam prethodnu poddelu učinio samo da bih ukazao na to da ovlašćenja koja poverilac stiže na osnovu jedne iste činjenice – povrede ugovorne obaveze od strane dužnika, tj. pada u docnju dužnika, mogu imati trojaku sudbinu, odnosno da nužno ne prestaju raskidom ugovora. Sada je potrebno videti u koju grupu spada pravo na naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze.

6. FUNKCIJA UGOVORNE KAZNE I DRUGI ARGUMENTI KOJI OPRAVDAVAJU NJENO POSTOJANJE I NAKON RASKIDA UGOVORA

Sada kada smo prethodno videli i iz perspektive dužnika da pojedine obaveze mogu da postoje i nakon raskida ugovora zbog neispunjenja, ali i iz perspektive poverioca da pojedina ovlašćenja mogu da postoje i nakon raskida ugovora zbog neispunjenja, potrebno je da utvrdimo da li je ugovorna kazna za slučaj neispunjenja jedno od tih prava, tj. obaveza.

Imajući u vidu da naš Zakon o obligacionim odnosima naizgled, ako se zadržimo na jezičkom tumačenju odredaba zakona, ne reguliše ovu situaciju, u odgovoru na ovo pitanje treba poći od funkcije ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja koja predstavlja sredstvo obezbeđenja koje treba da pruži određenu zaštitu i sigurnost povericu da će dužnik ispuniti svoju obavezu.⁴³ Dakle, reč je o sredstvu koje treba da pruži zaštitu poveriocu i da ga stavi u povoljniji položaj u odnosu na dužnika, i to na način da predstavlja s jedne strane sredstvo pritiska na dužnika da ispuni svoju obavezu, a s druge strane da predstavlja unapred određeni

43 O funkciji koju ugovorna kazna vrši, videti više: Radišić, J., 2000, str. 321; Jankovec, I., 1993, str. 297–299; Orlić, M., 1985, str. 542–544; Konstatinović, M., 1953, *Pravna priroda ugovorne kazne. Smanjenje od strane suda, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2, str. 210.

minimalni iznos naknade štete koji će dužnik dugovati poveriocu ukoliko ne ispuni svoju obavezu, i to bez obaveze poverioca da dokazuje da je pretrpeo toliku štetu (tzv. odštetni karakter ugovorne kazne).

Međutim, ukoliko pođemo od toga da u slučaju raskida ugovora poverilac gubi pravo na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja, navedena funkcija ugovorne kazne neće biti ostvarena. Pogledajmo to na primeru: ugovorne strane su ugovorile da će lice A okrečiti kuću lica B za cenu od 1.000 evra a u roku od 20 dana od dana zaključenja ugovora. Takođe, ugovorom je predviđeno da će lice A biti u obavezi da plati licu B ugovornu kaznu u visini od 100 evra ukoliko ne ispuni svoju obavezu. Kada lice A ne ispuni svoju obavezu, pod pretpostavkom da lice B ne može da zahteva naplatu ugovorne kazne i da raskine ugovor, lice B će se nalaziti pred alternativom: 1) da zahteva isplatu ugovorne kazne, čime ugovor ostaje na snazi, a samim tim i obaveza lica B da ispuni svoju obavezu (uz mogućnost isticanja prigovora neispunjenja ugovora) ili ako ju je već ispunio (prvo je platio 1.000 evra) bez mogućnosti da traži povraćaj datog,⁴⁴ ili da 2) raskine ugovor i ostane bez prava na ugovornu kaznu, čime gubi privilegiju da ne mora da dokazuje štetu koju neispunjenjem obaveze trpi.⁴⁵ U prvom od navedenih slučajeva opredeljenje za naplatu ugovorne kazne dovodi poverioca u situaciju da je platio 900 evra a da nije dobio protivuslugu (krečenje kuće), a u drugom slučaju stiče pravo da povрати svojih 1.000 evra koje je platio, ali gubi pravo da naplati 100 evra ugovorne kazne i dolazi u situaciju kao da ugovorne kazne nije ni bilo.

44 U navedenom primeru, ako bismo uzeli da je ugovorena cena bila 1.000 evra i da ju je lice B platilo unapred, to bi značilo da bi lice A, ako ne bi raskinulo ugovor već moralo ugovor da održi na snazi da bi naplatilo ugovornu kaznu, imalo pravo da naplati ugovornu kaznu u visini od 100 evra, a da istovremeno ostane bez prava na povraćaj plaćene kupoprodajne cene u visini od 1.000 evra (budući da ugovor ostaje na snazi). To bi dovelo do toga da lice B u krajnjem ishodištu plaća licu A 900 evra (ugovorena cena minus ugovorna kazna), a lice A ništa ne mora da uradi i dodatno zadržava 900 evra bez obaveze da ih vrati (jer ugovor ostaje na snazi). Iz ovoga proizlazi da bi nesavesna strana, strana koja nije ispunila svoju obavezu, praktično bila nagrađena. Čini se da namera zakonodavca kada je propisivao pravila o ugovornoj kazni za slučaj neispunjenja sigurno nije bila da nagradi nesavesnu ugovornu stranu.

Takođe, u navedenom primeru, ukoliko uzmemo da lice B nije unapred platilo cenu, onda bi bez raskida ugovora bilo u situaciji da naplati ugovornu kaznu u visini od 100 evra, ali uz ostavljanje ugovora na snazi. To bi dalje značilo da lice A, iako ne može uspešno da istakne zahtev za plaćanje cene (zbog mogućnosti isticanja prigovora neispunjenja ugovora od strane lica B), može u svakom trenutku da ispuni obavezu i stekne zahtev za povratom plaćenog iznosa ugovorne kazne. Na taj način bi ugovorne strane praktično bile vezane ugovorom u nedogled (jer bi raskidom ugovora otpao pravni osnov plaćanja ugovorne kazne i lice B bi bilo dužno da je vrati), što niti je u njihovom interesu niti je u interesu pravnog poretka.

45 Isto: Hiber, D., Pavić, V., 2013, str. 73–74.

Ni u jednoj od dve moguće situacije položaj lica B kao poverioca nije takav da mu ugovorna kazna olakšava položaj, odnosno da mu daje određene prednosti u odnosu na dužnika. Naprotiv, ako bi poverilac hteo da naplati ugovornu kaznu, a pod pretpostavkom da je već ispunio svoju obavezu, to bi značilo da je stavljen u znatno nepovoljniji položaj u odnosu na dužnika, što svakako nije svrha kojoj služi ugovorna kazna za slučaj neispunjenja. U suprotnom, ako bi poverilac gledao da zaštiti svoj interes u što je moguće većoj meri, morao bi da raskine ugovor i tako se praktično odrekne prava na ugovornu kaznu, iako je upravo ona trebalo da mu pruži zaštitu.

Kao što se vidi, ukoliko se odredbe Zakona o obligacionim odnosima tumače tako da ugovorna kazna ugovorena za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze ne može da se naplati nakon raskida ugovora, onda ona praktično ne vrši funkciju koja joj je namenjena i zbog koje ju je zakonodavac propisao. Ta funkcija jeste zaštita poverilaca u čiju korist je ugovorena. Kako sam siguran da zakonodavac nije propisao ugovornu kaznu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze da ne bi imala nikakvu funkciju, već naprotiv da je upravo imao nameru da joj funkcija bude zaštita poverilaca u slučaju neispunjenja obaveza dužnika, a da ona tu funkciju ne vrši niti može da vrši ukoliko se odredbe ZOO tumače tako da ju je nemoguće naplatiti nakon raskida ugovora, smatram da ne postoji osnov da se odredbe ZOO tumače tako da se ne priznaje pravo na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora zbog neispunjenja.

Dakle, ukoliko pođemo od pretpostavke da svaka odredba Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), tačnije svaki institut ugovornog prava regulisan zakonom, treba da vrši određenu funkciju, pa tako i odredbe o ugovornoj kazni za slučaj neispunjenja, onda se mora prihvatiti da je ugovornu kaznu moguće naplatiti i nakon raskida ugovora. U protivnom, odredbe o ugovornoj kazni ugovorene za slučaj neispunjenja ostaće mrtvo slovo na papiru jer nijedan poverilac nikada neće optirati za naplatu ugovorne kazne uz održavanje ugovora na snazi, budući da će time sam sebe dovesti u nepovoljniji položaj. Suprotno tumačenje bi dovelo do potpunog iskorenjivanja ugovorne kazne iz naše pravne prakse, budući da nijedan poverilac neće imati potrebu da je ugovara ukoliko ona ne može da mu pruži zaštitu, već naprotiv, stavlja ga u situaciju ili da je koristi i sebe dovede u lošiji položaj ili da je se odrekne.⁴⁶

U prilog stavu da ugovorna kazna za slučaj neispunjenja postoji i nakon raskida ugovora, osim navedenog sistemsko-logičkog argumenta, govore sa manje ili više uspeha i neki drugi argumenti:

46 Slično tome: „Načelo akcesornosti ugovorne kazne trpi izuzetak kada je ona ugovorena za neispunjenje. U protivnom, ova institucija bi izgubila mnogo na korisnosti, prostoru za primenu.” Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 424.

- analogija na prvom mestu, jer ako se, s jedne strane, pođe od odštetnog karaktera ugovorne kazne⁴⁷, odnosno toga da ugovorna kazna predstavlja unapred određen iznos naknade štete za povredu ugovorne obaveze, a da je, s druge strane, odredbom člana 132. stav 1. ZOO izričito predviđeno da se u slučaju raskida ugovora ugovorne strane ne oslobađaju prava, odnosno obaveze na naknadu štete zbog povrede ugovora, zaključivanjem putem pravila o analogiji dolazimo do zaključka da i ugovorna kazna, kao unapred određen iznos minimalno pretrpljene štete, postoji i nakon raskida ugovora.⁴⁸ Ovaj argument, kako sam prethodno napomenuo, iako nedovoljno specifičan da samostalno „odbrani” postojanje prava na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze, jer jednako važi i za ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj zadocnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze, ipak kao „pomoćni” može da posluži u odbrani stava o postojanju prava na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja i nakon raskida ugovora;
- tumačenje ugovora – pravila tumačenja ugovora nam kažu da se odredbe ugovora tumače tako što se istražuje zajednička namera ugovornih strana a odredbe tako razumeju da to odgovara načelima obligacionog prava.⁴⁹ U tom smislu treba uzeti da je namera ugovornih strana kada su predviđale odredbu o ugovornoj kazni za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze bila upravo takva da dužnik ako ne ispuni svoju obavezu, plati ugovornu kaznu bez ikakvih dodatnih uslova (da prethodno nije raskinuo ugovor i sl.), jer to najviše odgovara stvarnoj nameri ugovornih strana u momentu zaključenja ugovora. Prosečan učesnik tržišta prilikom zaključenja ugovora i predviđanja ugovorne kazne za slučaj neispunjenja obavezu plaćanja vezuje samo za jednu činjenicu – neispunjenje obezbeđene ugovorne obaveze.

Sva tri navedena argumenta, među kojima se sistemsko-logički izdvaja kao odlučujući, opravdavaju postojanje prava na ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze i nakon što dođe do raskida ugovora.

47 O odštetnom karakteru ugovorne kazne u našem pravu, videti: Radišić, J., 2000, str. 321; Jankovec, I., 1993, str. 297–299; Orlić, M., 1985, str. 542–544; Konstatinović, M., 1953, str. 210. Za uporedno pravo, videti: Lando, O., Beale, H., 2000, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, London, Boston, pp. 455–456.

48 U tom smislu videti: Hiber, D., Živković, M., 2015, str. 423–434; Mazeud, D., 1992, str. 362; Stojanović, S., 1986, str. 361.

49 Videti: član 99. stav 2. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

7. RASKID UGOVORA KAO *CONDICIO SINE QUA NON* PRAVA NA NAPLATU UGOVORNE KAZNE ZBOG NEISPUNJENJA

Ne samo da poverilac ima pravo da naplati ugovornu kaznu nakon raskida ugovora već da bi je naplatio, on mora da raskine ugovor. Naime, poverilac stiće pravo na ugovornu kaznu u momentu neispunjenja ugovorne obaveze. Međutim, neispunjenje ugovorne obaveze postaje konačno tek raskidom ugovora, jer sve dok ugovor ne bude raskinut dužnik ima mogućnost da ispuni svoju obavezu⁵⁰ i tako poverioca liši mogućnosti naplate ugovorne kazne. Ukoliko poverilac ne bi raskinuo ugovor već u skladu sa odredbom člana 273. stav 2. ZOO zahtevao isplatu ugovorne kazne uz održanje ugovora na snazi, on bi se našao u istoj onoj nepovoljnoj situaciji koja je analizirana u prethodnoj tački.⁵¹ U tom slučaju ugovorna kazna, kao što smo videli, ne bi vršila svoju funkciju zbog koje je i propisana od strane zakonodavca. Dakle, da bi funkcija ugovorne kazne za slučaj neispunjenja bila ostvarena, njenoj naplati mora da prethodi raskid ugovora od strane poverioca jer samo tada definitivno postaje jasno da ugovorna obaveza dužnika nije i neće biti ispunjena, odnosno da su ispunjeni uslovi za naplatu ugovorne kazne. Sve do momenta raskida ugovora dužnik ima pravo da ispuni svoju obavezu, pa čak i onda kada je poverilac shodno odredbi člana 273. stav 2. ZOO zahtevao naplatu ugovorne kazne a ne ispunjenje obaveze, jer to što je poverilac izabrao da zahteva ugovornu kaznu a ne ispunjenje obaveze, iako njega lišava mogućnosti da naknadno zahteva ispunjenje obaveze, ne sprečava dužnika da ispuni svoju obavezu budući da je ugovor i dalje na snazi. U tom smislu, čini se da odredbu člana 273. stav 2. ZOO treba tumačiti tako da opredeljenje poverioca za naplatu ugovorne kazne u stvari znači to da je poverilac raskinuo ugovor i zahtevao naplatu ugovorne kazne. Ukoliko se ova odredba ne shvati na ovaj način, to bi značilo da poverilac koji bez raskida ugovora zahteva ugovornu kaznu:

- nema pravo na povraćaj datog ukoliko je prethodno ispunio svoju obavezu, uz gubljenje prava da zahteva ispunjenje obaveze;

50 Isto: Attias, A., 2006, str. 315.

51 Podrazumevajući pri tome situaciju u kojoj poverilac bira između dva manje dobra rešenja za sebe: da se opredeli za naplatu ugovorne kazne i tako izgubi mogućnost da zahteva povraćaj datog ili da se opredeli za raskid ugovora i na taj način se odrekne ugovorne kazne, a samim tim i privilegije koju mu ona pruža u vidu mogućnosti da ne mora da dokazuje da je pretrpeo štetu do visine iznosa ugovorne kazne.

- ukoliko naplati ugovornu kaznu, može, nakon što dužnik ispuni svoju obavezu (što je moguće jer ugovor i dalje postoji), biti pozvan od strane dužnika ne samo da ispuni svoju obavezu već i da izvrši povraćaj ugovorne kazne;
- ostaje vezan ugovorom u nedogled uz mogućnost dužnika da u svakom trenutku „aktivira” ugovor i ponudi ispunjenje sa svim posledicama koje to povlači, što sve zajedno posmatrano zakonodavac verujem nije imao u vidu kao moguće posledice naplate ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze kada je propisivao pravila o ugovornoj kazni.

Kao što se vidi, ugovorna kazna za neispunjenje konkretne ugovorne obaveze može biti naplaćena tek nakon što ugovor u pogledu te obaveze bude raskinut.⁵² U tom smislu govoreći, proizlazi da je raskid ugovora zbog neispunjenja od strane poverioca *condicio sine qua non* prava na naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja.⁵³

52 Pri tome je veoma važno naglasiti da se radi o raskidu ugovora u pogledu obaveze koja je obezbeđena ugovornom kaznom, što ne mora nužno povlačiti raskid celog ugovora (npr. firma A i firma B ugovore da će firma B prodavati proizvode firme A u svojim prostorijama i da će svakog meseca prodati najmanje 100 proizvoda. Ukoliko firma B ne proda stotinu proizvoda, biće dužna da plati firmi A ugovornu kaznu u visini vrednosti jednog proizvoda pomnoženo sa brojem neprodanih proizvoda do 100. Ukoliko firma B u jednom mesecu ne proda 100 i više proizvoda, odnosno proda 88, firma A će steći pravo na ugovornu kaznu u vrednosti 12 proizvoda. Pri tome firma A ne mora da raskida ceo ugovor sa firmom B, već raskid nastupa samo u odnosu na konkretnu mesečnu obavezu firme B, budući da je reč o fiksnom poslu jer istekom meseca više nije moguće ispuniti ugovorenu obavezu), iako će nekada to upravo značiti raskid celog ugovora (npr. firma A se obaveže da isporuči firmi B 10.000 tona merkantilne pšenice u roku od 10 dana, a da ukoliko to ne ispuni ima obavezu plaćanja ugovorne kazne u visini od 1.000.000,00 RSD. Ako firma A ne isporuči firmi B navedenu količinu robe u ugovorenom roku od 10 dana (tj. ne isporuči ništa), firma B stiće pravo da zahteva ugovornu kaznu, ali prethodno mora da raskine ugovor (koji se ne raskida po sili zakona budući da nije reč o fiksnom poslu) jer sve do raskida firma A ima mogućnost da isporuči robu i time onemogućiti firmu B da naplati ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja.

Isto: Attias, A., 2006, str. 315; Čuveljak, J., 2002, *Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari*, *Hrvatska pravna revija*, 6, str. 13.

U predlogu za izmenu francuskog Civil Code-a, predlogom novog člana 1383. stav 3. izričito je predviđeno da će se ugovorna kazna ugovorena za slučaj neispunjenja obaveza koje se ispunjavaju u delovima smanjiti, na zahtev dužnika ili inicijativom suda, u meri u kojoj je poverilac primio ispunjenje koje je bilo određeno u delovima. Navedenom odredbom naglašeno je da se ugovorna kazna odnosi samo na deo obaveza koje nisu ispunjene dok u preostalom delu poverilac zadržava ispunjenje, iz čega proizlazi da ugovor u tom delu ne mora biti raskinut već može ostati na snazi. Videti: Catala, P., 2005, str. 203.

53 Isto: Attias, A., 2006, str. 313, 315; Jankovec, I., 1993, str. 304.

8. ZAKLJUČAK – POTREBA ZA ZAKONSKIM REGULISANJEM

Kako ugovorna kazna zbog neispunjenja ugovorne obaveze predstavlja veoma značajno sredstvo obezbeđenja ispunjenja ugovornih obaveza, naročito u privrednom prometu, smatram da praksa naših sudova koji na različit način tretiraju bitno iste činjenične situacije, u vezi sa mogućnošću naplate ugovorne kazne nakon raskida ugovora, predstavlja veliku opasnost ne samo za normalno odvijanje pravnog prometa već i za privredu. Naime, učesnici tržišta svakodnevno ugovaraju ugovorne kazne kojima štite svoje investicije i ulaganja u pojedinim poslovima, računajući da će pritiskom na drugu ugovornu stranu obezbediti maksimalnu ugovornu disciplinu u ispunjavanju obaveza, i time zaštititi svoje materijalne interese. Međutim, ukoliko se s ovakvom sudskom praksom nastavi, veliki broj tržišnih učesnika će pretrpeti velike materijalne gubitke na koje razumno nisu mogli računati jer su smatrali da ugovaranjem ugovorne kazne za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze u dovoljnoj meri obezbeđuju svoje interese. Pri tome treba imati u vidu da učesnici tržišta i dalje svakodnevno štite svoje interese ugovaranjem ugovornih kazni, ne znajući pri tome da potencijalno, zbog sve učestalije prakse sudova koja ne priznaje pravo na ugovornu kaznu (za slučaj neispunjenja) nakon raskida ugovora, ona može ostati samo mrtvo slovo na papiru. Smatram da takva potencijalna mogućnost nije prihvatljiva ni sa stanovišta sigurnosti pravnog prometa ni sa stanovišta pravne države, te da je potrebno preduzeti mere da se ili sudska praksa ujednači, ili da se odredbe Zakona o obligacionim odnosima izmene kako bi svi učesnici tržišta unapred mogli pouzdano da računaju s tim da ugovorna kazna ugovorena za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze efektivno postoji u pravu Republike Srbije. Namereno napominjem *efektivno* jer očigledno da to što je izričito predviđena odredbama Zakona o obligacionim odnosima nije dovoljno da u našoj sudskoj praksi ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze ostvari svoju funkciju.

Međutim, uprkos tome što je kod nas trenutno u toku javna rasprava o Nacrtu Građanskog zakonika Srbije,⁵⁴ što se čini kao idealna prilika za jednu ovakvu intervenciju u naše zakonodavstvo, iz predloženih odredaba Nacrta Građanskog zakonika može se zaključiti da redaktori nisu prepoznali ovaj problem koji poprma sve veće razmere i, uprkos tome što

54 Objavljenog 29. 5. 2015, (<http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260615/260615-nacrt-gradjanskog-zakonika.html>, 30. 10. 2016).

praksa demantuje jasnoću odredaba Zakona o obligacionim odnosima, nisu predvideli drugačija, jasnija, rešenja koja neće dati povoda sudskoj praksi za nejednakim postupanjem. Naime, Nacrt Građanskog zakonika Srbije ni u delu u kojem reguliše institut ugovorne kazne⁵⁵ ni u delu u kojem reguliše posledice raskida ugovora zbog neispunjenja⁵⁶ ne predviđa značajnija odstupanja od sadašnjih rešenja Zakona o obligacionim odnosima i može se razumno očekivati da predloženim rešenjima neće doprineti ujednačavanju sudske prakse u ovoj oblasti. U tom smislu čini se da se propušta jedinstvena prilika da se u našem zakonodavstvu učini nespornim pravo na naplatu ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja, a nakon što dođe do raskida ugovora zbog neispunjenja u pogledu obaveze koja je obezbeđena ugovornom kaznom.

Pri tome treba imati u vidu da jedna ovakva odredba ne bi bila specifična za naše pravo. Naime, Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁵⁷ u članu 3:509 (3) izričito predviđa da poverilac koji jednostrano raskine ugovor zbog neispunjenja ugovorne obaveze od strane dužnika zadržava pravo da nakon raskida ugovora naplati ugovornu kaznu ugovorenu za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze.⁵⁸ Na ovaj način DCFR čini korak dalje u odnosu na Principles of European Contract Law (PECL)⁵⁹ i pored

55 Uporediti: čl. 461–462. Nacrta Građanskog zakonika Srbije sa odredbom čl. 272–273. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

56 Uporediti: član 272. Nacrta Građanskog zakonika Srbije sa odredbom člana 132. ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG* br. 1/03 – Ustavna povelja.

57 Reč je o neobavezujućoj kodifikaciji evropskog ugovornog prava prvi put objavljenoj u privremenom izdanju 2007. (Interim Outline Edition) a u konačnoj verziji sa beleškama i komentarima 2009. DCFR predstavlja rezultat rada dve odvojene radne grupe eminentnih stručnjaka iz oblasti ugovornog prava na nivou EU (Study Group on a European Civil Code i Research Group on the Existing EC Private Law tzv. Acquis grupa). O inicijativi za izradu CFR i postupku izrade DCFR-a, videti: Đurđev, D., 2010, Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo iz 2009. godine, *Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu*, 2, Novi Sad, str. 72–81; Petrić, S., 2009, Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1, str. 473–510; James, S., Chance, C., 2008, European contract law: Odysseus the Hero or Muffin the Mule?, *Law and Financial Markets Review*, 2, pp. 498–502.

58 Videti: član 3509 (3) DCFR-a.

59 PECL je izradila posebna komisija koju je osnovala Komisija za evropsko ugovorno pravo (CECL), a koju takođe nije osnovala nijedna vlada ni međunarodna organizacija, već su je osnovala 23 člana – eminentna stručnjaka iz svih zemalja članica EU. Rad na izradi PECL otpočeo je još 1970, a predsednik Komisije bio je priznati danski profesor Ole Lando.

jedne opšte klauzule koja predviđa da raskid ugovora ne zahvata one ugovorne klauzule koje su namenjene da regulišu odnose ugovornih strana i nakon raskida ugovora⁶⁰ (gde nesumnjivo spada i ugovorna kazna za slučaj neispunjenja) izričito predviđa da poverilac zadržava pravo i na naplatu ugovorne kazne za slučaj neispunjenja nakon raskida ugovora. Na ovaj način DCFR, vođen isključivo potrebom za tržišnom efikasnošću ugovorne kazne kao instituta,⁶¹ prepoznaje tržišnu potrebu i reguliše izričito mogućnost naplate ugovorne kazne ugovorene za slučaj neispunjenja i nakon raskida ugovora, nastojeći da izbegne situaciju u kojoj je ugovorna kazna „u potpunosti neprimenljiva.”⁶²

Imajući sve navedeno u vidu, čini se da bi jedna ovakva ili slična klauzula u našem pravu svakako imala mesto jer postoji hitna potreba da se neujednačena sudska praksa u ovoj oblasti ujednači i pravo na naplatu ugovorne kazne (za slučaj neispunjenja) nakon raskida ugovora učini nespornim. U tom smislu, prema mom mišljenju idealno mesto za jednu ovakvu odredbu bi bio član 272. stav 1. Nacrta Građanskog zakonika koji bi mogao da glasi:

„Raskidom ugovora obe strane su oslobođene svojih obaveza, izuzev obaveze na naknadu eventualne štete i obaveze na plaćanje ugovorne kazne ukoliko je ugovorena za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze.”⁶³

Takođe, u navedenom članu Nacrta bi veoma korisno bilo predvideti i jednu opštiju odredbu koja predviđa da pojedine klauzule ugovora koje su ugovorene sa ciljem da regulišu odnose ugovornih strana nakon raskida nisu zahvaćene raskidom, već da obavezuju druge ugovorne strane i nakon raskida ugovora.⁶⁴

Čini se da bi navedene ili slične odredbe morale da nađu mesto u konačom tekstu Građanskog zakonika Srbije, u protivnom, uprkos tome što u nauci pravo na naplatu ugovorne kazne nakon raskida ugovora (po odredbama ZOO) nije sporno, postoji opasnost da će ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ugovorne obaveze postati potpuno neprimenljiva u našem pravu, te da će postepeno i s vremenom iščeznuti iz pravnog života.

60 Videti: član 3:509 (2) DCFR-a i član 9:305 PECL-a.

61 Isto: Bar, C. v., i dr, 2008, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, p. 97.

62 Bar, C. v., i dr., 2008.

63 Uporediti: član 272. stav 1. Nacrta Građanskog zakonika.

64 O predlogu takve odredbe u budućem Građanskom zakoniku i razlozima za to, vidi: Grujić, N., 2016, str. 515, 412, 413.

LITERATURA

1. Attias, A., 2006, Ugovorna kazna, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, 4.
2. Bar, C. v. i dr., 2008, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich.
3. Becker, H., 1974, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183), Berner Kommentar, Band VI*, Bern.
4. Blagojević, B., Krulj, V., 1980, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Beograd.
5. Catala, P., 2005, *Avant-project de reforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris.
6. Cigoj, S., 1984, *Komentar obligacijskih razmerij, II knjiga*, Ljubljana.
7. Čuveljak, J., 2002, Odgovornost prodavatelja za materijalne nedostatke prodane stvari, *Hrvatska pravna revija*, 6.
8. Danilović, T., 2011, *Ugovorna kazna u pravu, praksi i teoriji*, Beograd.
9. Đurđev, D., 2010, Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo iz 2009. godine, *Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu*, 2.
10. Grujić, N., 2016, *Raskid ugovora zbog neispunjenja i pravna dejstva raskida*, Beograd.
11. Hiber, D., Pavić, V., 2013, Contractual Penalty Clauses in Recent Serbian Arbitration Practice, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3.
12. Hiber, D., Živković, M., 2015, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd.
13. James, S., Chance, C., 2008, European contract law: Odysseus the Hero or Muffin the Mule?, *Law and Financial Markets Review*, 2.
14. Jankovec, I., 1993, *Ugovorna odgovornost*, Beograd.
15. Konstatinović, M., 1953, Pravna priroda ugovorne kazne. Smanjenje od strane suda, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, 2.
16. Lando, O., Beale, H., 2000, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, London, Boston.
17. Malinvaud, P., 2007, *Droit des obligations*, Paris.
18. Mazeud, D., 1992, *La notion de clause pénale*, Paris.
19. Milošević, Lj., 1977, *Obligaciono pravo*, Beograd.
20. Mitrović, T., 2016, Oblici ugovorne kazne, *Zbornik radova studenata doktorskih studija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
21. Orlić, M., 1985, Ugovorna kazna, *Pravni život*, 5.
22. Perović, S., 1995, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva*, Beograd.
23. Petrić, S., 2009, Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilištva u Rijeci*, 1.
24. Pichon de Bury, M., *La clause pénale en droit française et en droit allemand*, (http://www.juripole.fr/memoires/compare/Marc_Pichon/).

25. Radišić, J., 2000, *Obligaciono pravo*, Beograd.
26. Savić, S., 2013, Pravna dejstva sporazuma o ugovornoj kazni, *Pravo i privreda*, 7–9.
27. Stojanović, S., 1986, Ugovorna kazna u švajcarskom pravu, *Pravni život*, 3.
28. Schlechtriem, P., 1994, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen.
29. Vodinelić, V. V., 2012, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd.
30. Vodinelić, V. V., 2002, Delimični raskid ugovora zbog delimičnog neispunjenja oblagacije, *Pravni informator*, 10.

PROPISI

1. Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja.

DRUGI IZVORI

1. Nacrt Građanskog zakonika Srbije objavljen 29. 5. 2015, (<http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260615/260615-nacrt-gradjanskog-zakonika.html>).
2. Principles of European Contract Law, obj. 2008. (O. Lando i dr. /eds/, Principles of European Contract Law, Part I – II, The Hague, 2000, Part III, The Hague, 2003).
3. Draft Common Frame of Reference, obj. 2008. (C. v. Bar i dr./eds/, Principles, Definitions and Model Rules of European private Law – Draft Common Frame of Reference /DCFR/ Munich, 2008).

SUDSKE ODLUKE

1. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 875/85.
2. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 965778/2002.
3. Presuda Vrhovnog Kasacionog suda, Prev. 157/2013.
4. Presuda Vrhovnog Kasacionog suda, Prev. 138/2015.
5. Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 3692/2013.
6. Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 6675/2011.
7. Presuda Opštinskog suda u Nišu, P. 5865/2006.
8. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 10340/2011(1).
9. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 9664/2013.
10. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 2413/12.
11. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 6351/2012.
12. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 4924/2013.
13. Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 1724/2013.

THE RIGHT TO COLLECT STIPULATED PENALTY AGREED IN CASE OF NON-PERFORMANCE, AFTER THE CONTRACT HAD BEEN TERMINATED FOR NON-PERFORMANCE

Nenad Grujić

SUMMARY

The author begins the article by presenting diverse court practices in the Republic of Serbia with regard to the right to collect stipulated penalty agreed in case of non-performance, after the contract had been terminated for non-performance. At the same time, the author concludes that these different practices, exercised not only by different courts, but also within a single court, are very dangerous from the standpoint of legal safety. Then the author also presents the stances of the jurisprudence on this matter, from which he concludes that, despite the apparent lack of concord, not a single author who deals with this particular subject questions the possibility of collecting stipulated penalty after the contract termination.

By analyzing the stances of the jurisprudence and the courts, the author also concludes that the root cause of the difference in attitudes, shown both by courts and the science is the wrong or incompletely set initial premise. Namely, the author claims that the courts and authors that deny the right to collect stipulated penalty after the termination of the contract base their stance on the misplaced initial premise that in case of the contract termination, contracting parties are absolved of *all* the obligations. On the other hand, courts and authors who argue the opposite, though starting from a correctly set initial premise that in case of contract termination there are certain rights and liabilities which “survive” the termination of the contract, fail to invoke a specific legal concept from the contract law which allows that. Identifying this concept as a partial contract termination for non-performance, which is largely unknown to jurists in the Republic of Serbia, the author presents indisputably that certain rights and liabilities can remain in effect even after the contract is terminated for non-performance.

Based on thus set initial premise, the author goes on to analyze the right to the penalty charge agreed in the case of non-performance as a subjective right, relative in its nature, and compares it to other subjective rights the creditor acquires by the fact that the debtor failed to fulfill his contractual duty.

After analyzing the function of the stipulated penalty as a concept, the author concludes that, if the right to the stipulated penalty (agreed

for cases of non-performance) did not exist after the contract termination, the function that the stipulated penalty as a concept is supposed to perform in the legal system would not be realized. Going further and analyzing concrete and hypothetical cases, the author deduces that not only can stipulated penalty (in case of non-performance) be collected after the contract is terminated, but also that the contract termination is *condicio sine qua non* of the right to collect the stipulated penalty agreed in case of non-performance. The author points out that the termination, however, does not imply the termination of the contract in its entirety, but only of the liability which was ensured by the stipulated penalty.

In his concluding remarks, the author expresses the opinion that, if court practice becomes uniform when it comes to recognizing the right to collect stipulated penalty after the contract termination, stipulated penalty for non-performance will eventually disappear from our legal system, whereas many market participants, unaware of the circumstances regarding the ineffectiveness of this legal concept, will suffer significant material losses. As an alternative solution, the author suggests that, following the model of certain international sources of law, our legislature should explicitly specify that after contract termination for non-performance the creditor reserves the right to collect the stipulated penalty if it was agreed in case of non-performance.

Key words: stipulated penalty, stipulated penalty agreed in case of non-performance, contract termination, partial contract termination, subjective right, court practices.

Dostavljeno Redakciji: 2. decembra 2016. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 20. decembra 2016. god.