

TREBA LI SE U HRVATSKOM OBVEZNOM PRAVU KORISTITI KONCEPTIMA POZITIVNOG I NEGATIVNOG POGODBENOG INTERESA?

Prof. dr. sc. Marko Baretić*

UDK: 347.451.01

Izvorni znanstveni rad

Prihvaćeno: listopad 2012.

U radu se analiziraju stavovi naše pravne književnosti o konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa. Prilikom izlaganja o obujmu naknade štete naša pravna književnost često se koristi konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, preuzetim iz njemačkog pravnog poretka. Pritom, izneseni stavovi u znatnoj su mjeri međusobno divergentni i često neadekvatno argumentirani. Zbog toga autor u radu ponajprije nastoji utvrditi sadržaj i funkcije koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u njemačkom pravu, odakle ti koncepti potječu. Provedena analiza pokazuje da su stavovi naše pravne književnosti u znatnoj mjeri rezultat neadekvatne interpretacije njemačkog prava. Isto tako, analiza pokazuje da je sustav određivanja obujma odštete u njemačkom pravu u znatnoj mjeri konceptualno različit od našeg pozitivnopravnog sustava. Posljedično, tumačenje našeg prava kroz prizmu primjene koncepata pozitivnog i negativnog interesa često dovodi do rezultata koji su suprotni našem pozitivnopravnom uređenju. Zbog svega toga autor zaključuje da je korištenje konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa prilikom tumačenja našeg prava neopravdano te se zalaže za korištenje u nas uobičajenim i pozitivnopravno utemeljenim konceptima stvarne štete i izmakle dobiti.

Ključne riječi: negativni i pozitivni pogodbeni interes, negativni pogodbeni interes, pozitivni pogodbeni interes, obujam odgovornosti, interes povjerenja, interes ispunjenja

* Dr. sc. Marko Baretić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

1. UVOD

Korištenje poredbenopravnom analizom gotovo da je pravilo u bilo kojem ozbiljnijem teorijskopravnom pothvatu na području građanskog prava u nas. Ima li se na umu povijesna dimenzija nastanka našeg građanskopravnog poretka, takvo stanje stvari ne treba čuditi. Naime, značajnim dijelom svoje povijesti naš je pravni poredak, u većoj ili manjoj mjeri, nastajao kao rezultat recepcije stranih pravnih poredaka.¹ Dapače, čak i danas kada imamo priliku sami izgrađivati naš pravni poredak, činjenica da smo mala zemlja, relativno skromne judikature i teorijskopravne produkcije, jednostavno nameće poredbenopravnu metodu analize prava kao imperativ. Koristeći se iskustvima znatno razvijenijih pravnih poredaka, a poglavito znatno bogatijom sudskom praksom većih pravnih poredaka, naša pravna književnost kroz poredbenopravnu analizu nastoji ponuditi odgovore na otvorena teorijska pitanja i praktične probleme domaćeg pravnog poretka.

Pored nesumnjivih prednosti, poredbenopravna metoda analize prava nosi sa sobom i određene opasnosti. Prije svega, tom se metodom analize prava moguće uspješno koristiti u onoj mjeri u kojoj su domaći i usporedni strani pravni poredak na zakonskoj razini međusobno kompatibilni. Ako zakonska rješenja domaćeg pravnog poretka sadržajno odstupaju od rješenja usporednog pravnog poretka, realna je opasnost da će nekritička primjena rješenja iz stranih pravnih poredaka prilikom tumačenja domaćeg prava dovesti do rezultata koji jednostavno nisu spojivi sa zakonskim rješenjima domaćeg pravnog poretka. U takvim situacijama postoji opasnost da unošenjem pravnih transplantata iz stranog pravnog poretka dođe do distorzije domaćeg pravnog poretka, odnosno do tumačenja domaćeg prava *praeter* ili *contra legem*. Nadalje, čak i kad kompatibilnost zakonskih rješenja domaćeg i usporednog stranog pravnog poretka omogućuje primjenu poredbenopravne metode analize prava, rješenja iz stranog pravnog poretka potrebno je točno, precizno i potpuno definirati i opisati. U suprotnom, javlja se opasnost od pogrešnog shvaćanja sadržaja i funkcija pojedinog instituta usporednog pravnog poretka što posljedično može dovesti do njihove neadekvatne aplikacije na domaće pravo, a time i do pogrešnog tumačenja domaćeg prava.

¹ V. Baretić, Marko - Nikšić, Saša: Legal Culture and Legal Transplants - Croatian National Report, ISAIDAT Law Review, Volume 1 - Special Issue 1, 2011., str. 1 - 9, <http://isaidat-unix.di.unito.it/index.php/isaidat/article/viewFile/32/32>.

Instituti koji nesumnjivo potječu iz stranog pravnog poretka, preciznije iz njemačkog pravnog poretka, a koji se učestalo koriste prilikom analize domaćeg obveznog pravnog poretka jesu tzv. negativni i pozitivni pogodbeni (ugovorni) interes. Ovim će se radom analizirati u kojoj je mjeri korištenje institutima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našoj pravnoj književnosti adekvatno te ima li u našem obveznom pravnom poretku uopće mjesta, ali i potrebe za korištenjem tim institutima.

2. RECEPCIJA KONCEPATA NEGATIVNOG I POZITIVNOG POGODBENOG INTERESA U NAŠOJ PRAVNOJ KNJIŽEVNOSTI

Kao što je već navedeno, koncepti negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa učestalo se koriste u našoj građanskopravnoj književnosti. Pritom je, međutim, uglavnom riječ o parcijalnim referencijama na te koncepte. Naime, u domaćoj je pravnoj književnosti nemoguće pronaći djelo kojim bi ti koncepti bili sustavno obrađeni i definirani, kojim bi se objasnila njihova pravna narav, njihove funkcije, sadržaj i domašaj, a poglavito njihova pravna osnova u našem pravnom poretku.²

Tako se, primjerice, negativni i pozitivni pogodbeni interes parcijalno spominju u kontekstu obujma naknade štete po pravilima predugovorne odgovornosti, u kontekstu obujma naknade štete u slučaju ništetnosti i u slučaju pobjnosti pravnog posla zbog zablude te u kontekstu odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke.

Analizirajući obujam naknade štete po pravilima o predugovornoj odgovornosti za štetu Klarić i Vedriš zaključuju da u obzir dolazi naknada troškova nastalih vođenjem pregovora, što prema tim autorima znači da se naknada načelno kreće u okvirima negativnog pogodbenog interesa.³ Barbić navodi da se u slučaju predugovorne odgovornosti naknađuje negativni ugovorni interes, eksplicirajući pritom da taj institut obuhvaća običnu štetu nastalu vođenjem

² Za potrebne ovog rada koristit će se Klarićeva koncepcija pravne osnove prema kojoj pravnu osnovu predstavlja pravno pravilo ili pravna norma koja sadržava ovlaštenje, dužnost, odgovornost ili zabranu određenog ponašanja. (Klarić, Petar - Vedriš, Martin: *Građansko pravo*, XI., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, 2008., str. 28; detaljnije: Klarić, Petar: *Odštetno pravo*, III., prošireno izdanje, Narodne novine, 1996., str. 149 - 155).

³ Klarić - Vedriš, o.c., str. 609.

pregovora, ali ne i izmaklu dobit.⁴ Načelno istu argumentaciju iznosi Knez navodeći da u slučaju predugovorne odgovornosti dolazi u obzir naknada stvarne štete, a ne izmakle dobiti, što se potkrepljuje tvrdnjom da u sudskoj praksi bivše Jugoslavije, kao i drugdje, ima malo presedana koji bi priznavali pozitivni ugovorni interes, već da sudovi obično priznaju samo negativni ugovorni interes.⁵ Sličan stav zauzima Jelčić koja navodi da u pogledu predugovorne odgovornosti prevladava stav kako oštećenik ima pravo na naknadu štete u visini učinjenih troškova izazvanih vođenjem pregovora, što prema ovoj autorici znači da oštećenik ima pravo na naknadu u visini negativnog pogodbenog interesa, ali ne više od pozitivnog pogodbenog interesa.⁶ Taj stav dijeli i Šmalcelj, s time da taj autor ipak do određene mjere rasvjetljava koncept negativnog interesa navodeći da u okviru negativnog pogodbenog interesa ulaze troškovi što ih je oštećeni pretrpio vodeći pregovore, ali isto tako i šteta koju je oštećeni pretrpio jer je propustio sklopiti neki drugi povoljni ugovor koji bi bio sklopio da se nije pouzdao u pregovore.⁷ Vizner i Kačer također zaključuju da je po pravilima predugovorne odgovornosti za štetu potrebno naknaditi negativni pogodbeni interes, no ti autori iznose dijametralno suprotno shvaćanje koncepta negativnog pogodbenog interesa od ostalih naprijed citiranih autora. Ta dvojica autora, naime, pod „negativnim pogodbenim interesom“ misle na izmaklu dobit na strani oštećenog pregovaratelja koju bi on dobio da je namjeravani ugovor bio valjano sklopljen.⁸

U kontekstu obujma odgovornosti za štetu u slučaju ništetnosti ugovora i pobjnosti ugovora zbog zablude, Klarić i Vedriš zaključuju da bi u tim slučajevima bilo mjesta naknadi štete koju je savjesna strana pretrpjela poduzimajući različite radnje u uvjerenju da je ugovor valjan, nazivajući taj obujam odštete negativnim pogodbenim interesom te navodeći kako bi ta naknada bila limitirana granicom koristi koju bi strana imala od ugovora da je on bio valjan,

⁴ Barbić, Jakša: Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima (suglasnost volja), Informativnik, 1980., str. 18.

⁵ Knez, Rajko: Predugovorna odgovornost, Pravo u gospodarstvu 1996., str. 878.

⁶ Jelčić, Olga: Pravni učinci pregovora i ponude, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2/1991., str. 603.

⁷ Šmalcelj, Želimir: Nepažnja u pregovorima za sklapanje ugovora (Culpa in Contrahendo), Naša zakonitost 8/1985., str. 906.

⁸ Vizner, Boris: Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, vlast. nakl., 1978., str. 74; Kačer, Hrvoje: Pregovori i odgovornost koja iz njihova vođenja proizlazi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu 1988., str. 209 - 210.

nazivajući taj obujam odštete pozitivnim pogodbenim interesom.⁹ Isti stav dijeli Šmalcelj koji smatra da u slučaju poboynosti ugovora zbog zablude treba naknađivati samo negativni pogodbeni interes, i to nikada više od pozitivnog pogodbenog interesa.¹⁰ Pišući o posljedicama poboynosti ugovora zbog zablude, Šmalcelj je jedini autor koji s nešto više pažnje obrađuje koncepte negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa. Tako taj autor piše da pozitivni pogodbeni interes obuhvaća sve imovinske prednosti što ih donosi uredno ispunjenje dužnikove obveze, dok negativni pogodbeni interes ili interes povjerenja obuhvaća štetu koju je vjerovnik pretrpio vjerujući u valjanost obveze te pritom pojašnjava da pod pojam negativnog pogodbenog interesa treba podvesti troškove koje je vjerovnik imao oko sklapanja ugovora i priprema za preuzimanje činidbe, troškove protučinidbe, ali i izmaklu dobit iz posla koji je oštećenik propustio sklopiti s nekim trećim, pouzdajući se u valjanost pobijenog pravnog posla. Pritom Šmalcelj naglašava da u nekim slučajevima visina štete obuhvaćene negativnim interesom može biti veća od štete obuhvaćene pozitivnim pogodbenim interesom no da njemačko pravo u tom smislu postavlja ograničenje temeljem kojeg naknada negativnog pogodbenog interesa nikada ne može biti viša od pozitivnog pogodbenog interesa.¹¹

U kontekstu odgovornosti prodavatelja za materijalne nedostatke stvari Horvat navodi da se u rimskom pravu kod konsenzualne kupoprodaje kupac mogao poslužiti akcijom *empti*, ako je prodavatelj postupao doložno, odnosno ako bi kupcu svjesno zatajio neke mane stvari ili bi stvari lažno pripisivao neka svojstva koja ona uistinu nema, navodeći pritom da je prema većinskom mišljenju kupac po klasičnom pravu mogao tražiti naknadu one štete koju je pretrpio time što se oslanjao na prodavateljeve izjave i na njegovo poštenje, nazivajući taj obujam odštete negativnim interesom.¹² U istom djelu Horvat navodi da se u Justinijanovu pravu u istom slučaju doložnog postupanja prodavatelja kupac mogao poslužiti akcijom *empti*, kojom je mogao tražiti naknadu svekolike štete, nazivajući taj obujam odštete pozitivnim interesom, odnosno štetom koju kupac trpi zbog toga što ugovor nije valjano ispunjen.¹³

⁹ Klarić - Vedriš, o.c., str. 152, 166.

¹⁰ Šmalcelj, Želimir: Zabluda u obveznom pravu, Naša zakonitost 4/1984., str. 410.

¹¹ Šmalcelj, Zabluda u obveznom pravu, o.c., str. 409 - 410.

¹² Horvat, Marijan: Rimsko pravo, Pravni fakultet u Zagrebu, 2002., str. 352.

¹³ *Ibid.*, str. 353.

Inicijalna analiza navedenih izvora otkriva da teorijskopravnu obradu koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našem pravu, osim parcijalnosti, u velikoj mjeri obilježava priličan stupanj sadržajne divergentnosti. Naime, kao što se vidi iz prethodnog izlaganja, u pitanju što predstavlja sadržaj negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa među domaćim autorima ne samo da postoje određena razmimoilaženja već i potpuno suprotni stavovi. Čini se da većina domaćih autora poistovjećuje negativni pogodbeni interes s običnom štetom te pozitivni pogodbeni interes s izmaklom dobiti. Takav stav izgleda zastupaju Klarić i Vedriš, Barbić, Knez i Jelčić. Pritom, većina tih autora smatra da bi naknada koja se dosuđuje u okviru negativnog pogodbenog interesa morala biti ograničena visinom pozitivnog pogodbenog interesa. Šmalcelj samo do određene mjere podupire te većinske stavove, smatrajući da izmakla dobit iz nekog drugog posla, koji je trebao biti sklopljen umjesto nevaljano sklopljenog posla ili umjesto posla koji je trebao biti sklopljen da pregovori nisu bili neopravdano prekinuti, ulazi u okvire negativnog, a ne pozitivnog pogodbenog interesa. Vizner i Kačer pak iznose stav koji je sasvim suprotan stavovima većine ovdje citiranih autora. Ta dva autora naime poistovjećuju negativni pogodbeni interes s izmaklom dobiti koju bi oštećenik ostvario da je ugovor o kojem se pregovaralo bio valjano sklopljen. Za razliku od većine autora koji diobu negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa čine po kriteriju vrsta šteta, Horvat izgleda distinkciju između tih dvaju koncepata čini prema kriteriju obujma odštete pa pod negativnim pogodbenim interesom smatra ograničeni iznos naknade, dok pod pozitivnim pogodbenim interesom smatra potpunu naknadu. Naime, taj autor navodi da se u okviru pozitivnog pogodbenog interesa treba naknađivati „svekolika šteta“.

Unatoč navedenoj očitoj neujednačenosti stavova o sadržaju negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, ono što sve navedene autore povezuje jest nedostatak referencije na zakonski tekst. Elaborirajući o obujmu naknade štete kroz prizmu negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, niti jedan od navedenih autora nije se referirao na zakonske odredbe u kojima bi se moglo pronaći uporište za iznesene stavove.

Naravno, pri takvom stanju stvari, dakle uz činjenicu da ne postoji jedinstveno stajalište o sadržaju koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, da izneseni stavovi o sadržaju tih koncepata nisu adekvatno argumentirani, a poglavito da pri zauzimanju stavova o sadržaju tih instituta očito nije uzet u obzir postojeći zakonski tekst, vrlo je teško odlučiti kojem se viđenju sadržaja koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa prikloniti te je li uopće

pozivanje na te koncepte u našem pravu opravdano. Odgovore na ta pitanja bit će moguće dati tek ako se koncepti negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa analiziraju kroz prizmu pravnog poretka iz kojeg potječu, dakle kroz prizmu njemačkog prava.

3. NEGATIVNI I POZITIVNI POGODBENI INTERES U NJEMAČKOM PRAVU

Tradicionalno učenje o obujmu naknade štete u njemačkom pravu razlikuje tzv. negativni pogodbeni interes ili interes povjerenja (*negatives Interesse, Vertrauensinteresse*) i tzv. pozitivni pogodbeni interes ili interes ispunjenja (*positives Interesse, Erfüllungsinteresse*). Koncept negativnog pogodbenog interesa koristi se u situacijama u kojima je došlo do nevaljanosti ugovora ili do nesklapanja ugovora o kojemu se pregovaralo. U tim situacijama oštećenika je potrebno dovesti u položaj u kojem bi se nalazio da nije povjerovao u određena očitovanja štetnika, odnosno da nije povjerovao u sklapanje ugovora o kojemu se pregovaralo. Koncept pozitivnog pogodbenog interesa koristi se u situacijama u kojima je došlo do neispunjenja ugovorne činidbe pa je oštećenika potrebno dovesti u položaj u kojem bi se nalazio da je štetnik činidbu u potpunosti i pravilno ispunio. U tom smislu, konceptom negativnog pogodbenog interesa naknađuju se tzv. štete koje su posljedice (iznevjerenog) povjerenja (*Vertrauensschaden*), odnosno povrede oštećenikova interesa povjerenja, dok se konceptom pozitivnog pogodbenog interesa naknađuju štete koje su posljedice neispunjenja činidbe (*Nichterfüllungsschaden*), odnosno povrede vjerovnikova interesa ispunjenja.¹⁴

Prije upuštanja u detaljniju raščlambu konceptata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u njemačkom pravu potrebno je naglasiti da je reformom njemačkog obveznog prava izvršenom 2002. godine Zakonom o modernizaciji obveznog prava (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, dalje u tekstu: SMG)¹⁵ znatno promijenjen njemački Građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*, dalje u tekstu: BGB)¹⁶, što je u određenoj mjeri prouzročilo redefiniranje do tada primjenjivih konceptata obujma odštete. U tom smislu, svaka referencija na

¹⁴ Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Verlag C.H. Beck, 1987., str. 430 - 431.

¹⁵ Gesetz zum Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

¹⁶ Bürgerliches Besetzbuch vom 18.8.1896, RGBl. S. 195.

njemačko odštetno pravo, pa tako i u kontekstu recepcije konceptata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, nužno mora voditi računa o tim promjenama. Kako bi se naglasile razlike koje su u ovoj materiji izvršene SMG-om, u nastavku će simultano biti prikazano uređenje ove materije u BGB-u prije i poslije izmjena izvršenih SMG-om. Pritom će se koristiti u njemačkom pravu uobičajeni termini „stara verzija BGB-a“ i „nova verzija BGB-a“.¹⁷

3.1. Negativni pogodbeni interes u njemačkom pravu

U staroj verziji BGB-a koncept negativnog pogodbenog interesa definiran je na nekoliko mjesta: paragrafom 122, kojim je uređena naknada štete u slučaju ništetnosti pravnog posla zbog nedostataka ozbiljnosti očitovanja volje te u slučajevima pobijanja pravnog posla zbog zablude i netočnog prenošenja očitovanja, paragrafom 307, koji nosi naziv „negativni interes“, a kojim je uređena naknada štete u slučaju nevaljanosti ugovora zbog nemogućnosti činidbe, te paragrafom 309, kojim je uređena naknada štete u slučaju sklapanja zabranjenog ugovora.

Temeljem paragrafa 122 stare verzije BGB-a, ako je određeno očitovanje volje ništetno zbog nedostatka ozbiljnosti, odnosno ako je to očitovanje pobojno zbog zablude ili netočnog prenošenja, osoba koja je dala takvo očitovanje odgovara onome kome je očitovanje upućeno ili nekoj trećoj osobi za štetu koju su te osobe pretrpjele vjerujući u valjanost očitovanja volje, ali ne više od iznosa interesa tih osoba na valjanost izjave. Temeljem paragrafa 307 stare verzije BGB-a, osoba koja je u trenutku sklapanja određenog ugovora znala ili morala znati za nemogućnost činidbe odgovara suprotnoj savjesnoj strani za štetu koju je ova pretrpjela vjerujući u valjanost ugovora, ali ne više od iznosa interesa te osobe na valjanost tog ugovora, a temeljem paragrafa 309 stare verzije BGB-a, pravilo iz paragrafa 307 stare verzije BGB-a primjenjuje se i na slučaj sklapanja zabranjenog ugovora.

Određujući vrste šteta koje su obuhvaćene konceptom negativnog pogodbenog interesa, njemačka književnost navodi da će se u okviru toga koncepta naknađivati troškovi koje je oštećenik učinio vjerujući u valjanost ugovora kao

¹⁷ Termin „nova verzija BGB-a“ odnosi se na pročišćeni tekst BGB-a iz 2002. godine (Neubekanntmachung des BGB vom 2.1.2002, BGBl. I S. 42), dok se termin „stara verzija BGB-a“ odnosi na tekst toga Zakona koji je bio važeći do 1.1.2002., dana stupanja na snagu SMG-a.

i izgubljena dobit koju je oštećenik mogao steći iz drugih, povoljnijih poslova koje, unatoč tome što je mogao, nije sklopio vjerujući u valjanost nevaljanog ugovora.¹⁸ Načelno, obujam odštete obuhvaćen konceptom negativnog pogodbenog interesa mogao bi vrijednosno biti veći od obujma odštete obuhvaćenog pozitivnim pogodbenim interesom.¹⁹ Drugim riječima, šteta koja je savjesnom sukontrahtentu prouzročena nevaljanošću ugovora mogla bi biti veća od štete koju bi on pretrpio neispunjenjem ugovora, da je taj ugovor bio valjan. No, temeljem izričitog zakonskog ograničenja predviđenog u paragrafima 122 i 307 stare verzije BGB-a, iznos odštete koja se naknađuje u okviru negativnog pogodbenog interesa ne može prijeći iznos odštete koju bi taj oštećenik mogao ostvariti u okviru pozitivnog pogodbenog interesa.²⁰

Opisani odštetnopravni okvir u velikoj je mjeri utemeljen na Jheringovom učenju o *culpa in contrahendo*.²¹ Naime, nezadovoljan rigidnošću u njegovo vrijeme vladajuće teorije volje, Jhering je izgradio doktrinu *culpa in contrahendo* temeljem koje bi osoba koja je svojim skriviljenim ponašanjem u pregovorima, odnosno povredom tzv. *diligentia in contrahendo*, dovela do nevaljanosti ugovora bila dužna drugoj strani naknaditi time prouzročenu štetu.²² Pritom, Jhering je smatrao kako bi u navedenim slučajevima, budući da nije došlo do sklapanja valjanog ugovora, oštećenoj strani štetu trebalo naknaditi po „deliktnom načelu“²³, odnosno naknaditi joj „barem“ negativni pogodbeni interes²⁴, čime bi ju se dovelo u situaciju u kojoj bi bila da nije povjerovala u valjanost ugovora o kojemu je pregovarala. Jheringova promišljanja pronašla su svoje mjesto u inicijalnoj verziji BGB-a iz 1896. godine i to u paragrafima 122, 179 (odgovornost punomoćnika bez punomoći) te 307.²⁵

¹⁸ Larenz, o.c., str. 431; Kramer, Ernst A., u: Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 1. Halbband, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2006., str. 1398; Palm, Heinz, u: Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 11. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004., str. 250.

¹⁹ Larenz, o.c., str. 431.

²⁰ Larenz, o.c., str. 431; Kramer, o.c., str. 1398.

²¹ Kramer, o.c., str. 1395.

²² Detaljnije, Baretić, Marko: Predugovorna odgovornost, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu 1/1999., str. 49 - 52.

²³ Kramer, o.c., str. 1395.

²⁴ Zimmermann, Reinhard: The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives, Oxford University Press, 2005., str. 63.

²⁵ Baretić, o.c., str. 51; Zimmermann, o.c., str. 63.

Jheringova doktrina *culpa in contrahendo* predstavljala je zamašnjak snažnog razvoja njemačke sudske prakse koja je tu doktrinu s vremenom počela primjenjivati na sve širi krug slučajeva, pa tako i na slučajeve predugovorne odgovornosti, odnosno odgovornosti za štetu prouzročene protupravnim napuštanjem pregovora, odnosno protupravnim nesklapanjem ugovora. Iako starom verzijom BGB-a predugovorna odgovornost nije bila izrijekom uređena²⁶, navedenim simultanim djelovanjem pravne znanosti i sudske prakse u njemačkom pravu ta je odgovornost postala do te mjere općeprihvaćena da se počela percipirati kao običajno pravo.²⁷ Pritom, sukladno temeljnom Jheringovom učenju o *culpa in contrahendo*, u njemačkom je pravu inicijalno zauzet stav da bi u slučaju predugovorne odgovornosti zbog nesklapanja ugovora o kome se pregovaralo trebalo u pravilu naknađivati štetu u okviru negativnog pogodbenog interesa.²⁸

Koncept negativnog pogodbenog interesa s vremenom se pokazao neadekvatnim okvirom za određivanje obujma odštete u nekim situacijama skrivljenog sklapanja nevaljanog ugovora odnosno skrivljenog nesklapanja ugovora. Tako je, na primjer, postalo razvidno da naknada štete u okviru negativnog pogodbenog interesa u slučaju nevaljanosti ugovora zbog inicijalne nemogućnosti činidbe za koju je jedna strana znala ili morala znati jednostavno nije adekvatno rješenje. Naime, smatralo se da u takvoj situaciji ugovor koji su strane sklopile rađa

²⁶ Tvrdnja da stara verzija BGB-a nije izrijekom uređivala predugovornu odgovornost mogla bi naoko biti u neskladu s gore izraženom tvrdnjom da je njemački zakonodavac prihvatio Jheringovu doktrinu *culpa in contrahendo* i ugradio ju u određene paragrafe BGB-a. Međutim, u kontekstu njemačkog prava valja razlikovati doktrinu *culpa in contrahendo* i predugovornu odgovornost kakvu danas poznajemo. Naime, vrlo često u pravničkom se žargonu predugovorna odgovornost naziva *culpa in contrahendo*. I doista, odgovornost za štetu prouzročenu protupravnim napuštanjem pregovora jest rezultat *culpa in contrahendo*, dakle skrivljenog ponašanja u stadiju pregovora. No, valja isto tako naglasiti da Jhering, iako ga se često naziva rodonačelnikom predugovorne odgovornosti, u svojim promišljanjima o *culpa in contrahendo* uopće nije imao na umu slučajeve nesklapanja ugovora zbog protupravnog ponašanja u stadiju pregovora, već isključivo tri, u paragrafima 122, 179 i 307 BGB-a uređena, slučaja sklapanja nevaljanog ugovora zbog povrede *diligentia in contrahendo*. Tek je naknadno, aplikacijom Jheringove doktrine *culpa in contrahendo* na slučaj neopravdanog napuštanja pregovora i na niz drugih slučajeva povrede načela savjesnosti i poštenja u predugovornom stadiju, njemačka sudska praksa izgradila iznimno složen, pa čak i robusan sustav predugovorne odgovornosti za štetu. (V. Baretić, o.c., str. 49 - 52).

²⁷ Larenz, o.c., str. 108 - 109.

²⁸ Baretić, o.c., str. 85; Larenz, o.c., str. 112.

kod poštenog sukontrahenta razumno očekivanje da će po redovitom tijeku stvari primiti ispunjenje ugovorne činidbe, pa ako to razumno očekivanje bude osujećeno nemogućnošću ispunjenja za koje je druga strana znala ili morala znati, poštenu bi sukontrahent mogao očekivati da ga se naknadom štete dovede u situaciju u kojoj bi bio da je ugovor bio ispunjen, dakle da ga se obešteti u okviru pozitivnog pogodbenog interesa.²⁹ S vremenom je u njemačkoj pravnoj književnosti postalo općeprihvaćeno stajalište da je pravilo iz paragrafa 306 stare verzije BGB-a, kojim je bila predviđena ništetnost ugovora čija je činidba nemoguća, neopravdano strogo pa su iznađene različite doktrinarne konstrukcije kojima se poštenom sukontrahentu omogućavalo da od druge strane koja je znala ili morala znati za nemogućnost činidbe zahtijeva naknadu štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, a takve su konstrukcije nailazile na plodno tlo i kod sudova koji su u navedenim slučajevima često dosuđivali odštetu u okviru pozitivnog pogodbenog interesa.³⁰

I u pogledu predugovorne odgovornosti s vremenom njemačka knjiženost, ali i sudska praksa priznaju da beziznimna primjena koncepta negativnog pogodbenog interesa na slučajeve skrivljenog napuštanja pregovora, odnosno skrivljenog nesklapanja ugovora nije adekvatno rješenje. Naime, prihvaćena je činjenica da odmicanjem pregovora rastu opravdana očekivanja ugovornih strana (ili barem jedne od njih) u pozitivan ishod pregovora. U tom smislu, pregovori mogu doći u stadij u kojem bi jedna strana mogla opravdano očekivati da će doći do sklapanja ugovora, a time i do ispunjenja činidbe iz toga ugovora. Tada bi očekivanja te strane načelno bila identična očekivanjima poštenog sukontrahenta u situaciji u kojoj je došlo do ništetnosti ugovora zbog nemogućnosti činidbe pa bi i posljedice iznevjerenih očekivanja načelno trebale biti identične. Stoga je u njemačkoj pravnoj književnosti i sudskoj praksi prihvaćeno da će u iznimnim slučajevima, u kojima može dokazati da bi do sklapanja ugovora sigurno došlo da nije bilo skrivljenog ponašanja druge strane, poštenu pregovarač moći ostvariti naknadu štete zbog skrivljenog napuštanja pregovora druge strane u obujmu pozitivnog pogodbenog interesa.³¹

²⁹ Zimmermann, o.c., str. 63.

³⁰ *Ibid.*, str. 63, 65.

³¹ Larenz, o.c., str. 113; Emmerich, Volker, u: Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007., str. 1517; Kindl, Johann, u: Erman: BGB, 11. Auflage, Band I, Ashendorff Rechtsverlag, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004., str. 1134.

Promjenama BGB-a, izvršenima kroz SMG, neke od navedenih inovacija sudske prakse dobile su svoje izričito zakonsko uporište. Tako je, primjerice, pravilo iz paragrafa 306 stare verzije BGB-a, prema kojemu je inicijalna nemogućnost činidbe dovodila do ništetnosti ugovora, zamijenjeno pravilom iz paragrafa 311a stavka 1. BGB-a, prema kojem subjektivna i objektivna nemogućnost činidbe sama po sebi ne utječe na valjanost ugovora. Posljedično, u znatnoj su mjeri izmijenjene posljedice inicijalne nemogućnosti činidbe. Tako je pravilo iz paragrafa 307 stare verzije BGB-a, kojim je za slučaj ništetnosti ugovora zbog nemogućnosti činidbe bila predviđena beziznimna primjena pravila o naknadi štete u okviru negativnog pogodbenog interesa, zamijenjeno pravilom iz paragrafa 311a stavka 2. nove verzije BGB-a kojim je u slučaju nemogućnosti činidbe predviđeno da oštećenik može, prema vlastitom izboru, zahtijevati naknadu štete umjesto ugovorne činidbe (*Schadenersatz statt der Leistung*) ili naknadu troškova koje je imao pouzdajući se u to da će primiti ispunjenje ugovorne činidbe, s time da se to pravilo ne primjenjuje na slučajeve kada druga strana nije znala niti je morala znati za nemogućnost ispunjenja.

Ovo sadržajno složeno rješenje svakako je potrebno do određene mjere pojasniti, premda je očito iz recentne njemačke književnosti, neka pitanja koja ono otvara još uvijek nemaju svoj konačni odgovor.

Prije svega jasno je da u slučaju nemogućnosti ispunjenja ugovorne činidbe nova verzija BGB-a predviđa različite pravne posljedice ovisno o tome je li druga strana znala odnosno morala znati za nemogućnost ispunjenja ili ne. Ako je druga strana znala ili morala znati za nemogućnost ispunjenja, pošteni će sukontrahent moći, po vlastitom izboru, zahtijevati naknadu štete umjesto ispunjenja ugovorne činidbe ili naknadu troškova koje je imao pouzdajući se u to da će primiti ispunjenje ugovorne činidbe. Takvo zakonsko uređenje navelo je neke autore na zaključak da u tom slučaju pošteni sukontrahent može birati između naknade pozitivnog i naknade negativnog pogodbenog interesa.³² Ipak, čini se da bi takav stav trebalo uzeti s dozom opreza. Naime, nema sumnje da nova verzija BGB-a daje poštenoj strani mogućnost da u navedenoj situaciji zahtijeva naknadu pozitivnog pogodbenog interesa, budući da joj daje pravo zahtijevati „naknadu štete umjesto ispunjenja činidbe“ (*Schadenersatz statt der Leistung*), čime joj omogućuje da bude dovedena u situaciju u kojoj bi bila da je ugovor bio ispunjen. No, kao što će to u nastavku biti detaljnije objašnjeno³³, novo uređenje naknade štete umjesto ispunjenja činidbe obujmom je šire od po-

³² Zimmermann, o.c., str. 66.

³³ V. *infra*, 3.2.

zitivnog pogodbenog interesa te obuhvaća i štete koje su rezultat povrede interesa zaštite, a ne interesa na ispunjenje činidbe. Osim toga, čini se da nije sasvim precizno tvrditi kako u situaciji iz paragrafa 311a nove verzije BGB-a oštećenik može alternativno zahtijevati naknadu negativnog pogodbenog interesa. Naime, paragraf 311a stavak 2. BGB-a daje poštenoj strani pravo na naknadu troškova u iznosu predviđenom paragrafom 284 nove verzije BGB-a, a taj paragraf govori o troškovima koje je netko učinio i imao pravo učiniti u očekivanju ispunjenja. Jasno je, dakle, da paragraf 284 nove verzije BGB-a i paragraf 311a stavak 2. BGB-a, koji se poziva na prethodni paragraf, ne omogućuju poštenoj strani naknadu cjelokupne štete u okviru negativnog pogodbenog interesa, već samo troškova koje je opravdano učinila u očekivanju ispunjenja. Naime, valja podsjetiti da koncept negativnog pogodbenog interesa ne obuhvaća samo naknadu nepotrebnih troškova, već i naknadu izmakle dobiti iz drugih poslova koje je strana propustila sklopiti pouzdajući se u valjanost ili sklapanje posla. Paragraf 284 i 311a stavak 2. BGB-a ne omogućavaju naknadu izmakle dobiti iz tih drugih poslova, već samo naknadu nepotrebno učinjenih troškova.³⁴ U tom smislu, čini se da je precizniji stav onih koji naglašavaju da naknadu koju, kao alternativu pozitivnom pogodbenom interesu, poštenoj strani nude paragrafi 284 i 311a nove verzije BGB-a ne treba poistovjetiti s negativnim pogodbenim interesom.³⁵ Ona, naime, obuhvaća samo dio negativnog pogodbenog interesa, odnosno samo neke štete koje su u njemačkom pravu tradicionalno obuhvaćene konceptom negativnog pogodbenog interesa.

Paragraf 311a stavak 2. nove verzije BGB-a ne nudi precizan odgovor na pitanje u kojem se obujmu kreće naknada štete poštenog sukontrahtenta u situaciji u kojoj druga strana nije znala niti morala znati za nemogućnost ispunjenja. Navedena odredba tek propisuje da se u njoj definirani obujam odštete ne primjenjuje na poštenog dužnika, ne definirajući pritom koji se obujam odštete na takvu osobu primjenjuje. Neki autori smatraju da bi u situaciji kada dužnik nije znao niti morao znati za nemogućnost ispunjenja suprotna strana mogla zahtijevati naknadu štete u okviru negativnog pogodbenog interesa, argumentirajući takav stav analognom primjenom paragrafa 122 nove verzije BGB-a³⁶, kojim je uređen obujam naknade štete kod pobijanja ugovora zbog zablude, koji se sadržajno nije promijenio u odnosu prema paragrafu 122 stare verzije BGB-a.

³⁴ Isto, Rolland, Walter, u: Hass-Medicus-Rolland-Schäfer-Wendtland: Das neue Schuldrecht, Verlag C.H. Beck, 2002., str. 11.

³⁵ Rolland, o.c., str. 11; Ernst, o.c., str. 914.

³⁶ V. Zimmermann, o.c., str. 65.

Konačno, nova verzija BGB-a ne sadržava izričito pravilo kojim bi se uredile posljedice sklapanja zabranjenog pravnog posla. Naime, u staroj verziji BGB-a ta je situacija bila izrijekom riješena paragrafom 309, koji je upućivao na analognu primjenu rješenja iz paragrafa 307 stare verzije BGB-a, a kojim je bio uređen obujam odgovornosti u slučaju inicijalne nemogućnosti činidbe. Nova verzija BGB-a više ne sadržava pravilo koje bi sadržajno odgovaralo paragrafu 309 stare verzije BGB-a. Načelno, moglo bi se argumentirati da bi se rješenje predviđeno u paragrafu 311a nove verzije BGB-a trebalo primjenjivati i na slučaj sklapanja zabranjenog ugovora.³⁷ Naime, bez obzira na to je li činidba objektivno nemoguća ili je zabranjena, u oba slučaja dolazi do „smetnje ispunjenju“ (*das Leistungshindernis*), što predstavlja temelj odgovornosti prema paragrafu 311a nove verzije BGB-a. Ipak, u recentnoj njemačkoj pravnoj književnosti moguće je pronaći i drukčije stavove. Tako se, na primjer, navodi da u slučaju ništetnosti zabranjenog ugovora osoba koja je odgovorna za sklapanje takvog ugovora može odgovarati za štetu po pravilima *culpa in contrahendo*, dakle po pravilima paragrafa 311 stavka 2. i paragrafa 241 stavka 2. nove verzije BGB-a, i to samo u okviru negativnog pogodbenog interesa.³⁸

Promjene BGB-a izvršene SMG-om zahvatile su i institut predugovorne odgovornosti. Nakon što je simultanim djelovanjem znanosti i sudske prakse taj institut postao općeprihvaćen u njemačkom pravu, paragrafom 311 stavkom 2. nove verzije BGB-a, kojim je određeno da se započinjanjem pregovora i sličnih poslovnih kontakata stvara obveznopravni odnos koji svakoj strani nameće dužnost pažnje prema opravdanim interesima suprotne strane, institut predugovorne odgovornosti dobio je svoje izričito zakonsko uporište. Iako navedenom odredbom nije uređeno pitanje obujma odštete, recentna pravna književnost sugerira da se u tom pogledu ništa nije promijenilo u odnosu prema stanju prije stupanja na snagu SMG-a. Dakle, u slučaju predugovorne odgovornosti u pravilu će se naknađivati šteta u okviru negativnog pogodbenog interesa, ali u određenim slučajevima, ako to opravdavaju okolnosti slučaja, moguća je naknada i u okviru pozitivnog pogodbenog interesa.³⁹

³⁷ Tako, primjerice, Kindl koji smatra da su odredbom paragrafa 311a nove verzije BGB-a zamijenjene odredbe paragrafa 306 - 309 stare verzije BGB-a (Kindl, o.c., str. 1147).

³⁸ V. Armbrüster, Christian, u: Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 1. Halbband, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007., str. 1717.

³⁹ Emmerich, o.c., str. 1517; Kindl, o.c., str. 1134.

3.2. Pozitivni pogodbeni interes

Kao što je prije navedeno, koncept pozitivnog pogodbenog interesa koristi se u situacijama u kojima je neispunjenjem činidbe povrijeđen vjerovnikov interes na ispunjenje pa ga je potrebno dovesti u položaj u kojem bi se nalazio da je činidba u potpunosti i pravilno ispunjena. U staroj verziji BGB-a koncept pozitivnog pogodbenog interesa spominjao se na nekoliko mjesta, primjerice u paragrafima 325 i 328, u kontekstu instituta „naknade štete zbog neispunjenja“ (*Schadenersatz wegen Nichterfüllung*).

Dakle, taj se koncept u njemačkom pravu koristi kao „mjera“ za određivanje obujma naknade štete zbog neispunjenja ugovorne činidbe. Njime je prije svega obuhvaćena izmakla dobit iz ugovora koji nije ispunjen, ali isto tako i svi troškovi koje je vjerovnik imao kako bi ispunio svoj interes na činidbu⁴⁰, odnosno kako bi ga se u ekonomskom smislu dovelo u situaciju u kojoj bi bio da je ugovor bio ispunjen.⁴¹ Pozitivnim pogodbenim interesom načelno mogu također biti obuhvaćene neke popratne i posljedične štete, dakle štete koje su (daljnje) posljedice dužnikova neispunjenja ugovora.⁴²

Pritom, u njemačkoj pravnoj književnosti, čini se, nema jedinstvenog stava o tome koji su sve vrste i oblici šteta obuhvaćeni pozitivnim pogodbenim interesom. Tako bi, na primjer, različiti popratni troškovi koje vjerovnik ne bi imao da je dužnik ispunio svoju obvezu, poput primjerice troškova zamjenske kupnje, svakako ulazili u okvir pozitivnog pogodbenog interesa. No, otvoreno je pitanje bi li u okvir pozitivnog pogodbenog interesa ulazile baš sve posljedične štete, odnosno štete koje je zbog neispunjenja činidbe dužnika vjerovnik pretrpio na svojim drugim pravno zaštićenim dobrima. Primjerice, postavlja se pitanje ulaze li u okvir pozitivnog pogodbenog interesa štete koje je zbog neispunjenja odnosno neurednog ispunjenja ugovorne činidbe vjerovnik pretrpio na svojem tijelu i zdravlju (npr. troškovi liječenja koje su posljedica narušavanja zdravlja zbog neispunjenja ugovorene činidbe pravovremene dostave lijekova) ili svojim stvarima (npr. šteta na stadu ovaca koja je rezultat zaraze ovce koju je vjerovnik nabavio od dužnika ili npr. šteta koju je vjerovnik pretrpio time što mu je dužnik, unatoč tome što je obavio posao bojenja zidova kako je ugovoreno, pritom oštetio vrijedne umjetnine). Načelno, moglo bi se rezonirati da te štete

⁴⁰ Larenz, o.c., str. 430 - 431.

⁴¹ Emmerich, o.c., str. 838.

⁴² *Ibid.*, str. 839.

jesu posljedica neispunjenja ili neurednog ispunjenja činidbe jer vjerovnik ne bi pretrpio te štete da je dužnik valjano ispunio svoju činidbu⁴³, pa bi i te štete bile obuhvaćene konceptom pozitivnog pogodbenog interesa. No, čini se da je njemačko pravo krenulo drugim smjerom.

Naime, sustav definiranja obujma odštete u njemačkom pravu utemeljen je na konceptu zaštićenih interesa. U tom smislu, obujam naknade štete u određenoj situaciji treba obuhvatiti sve štete koje su posljedica povrede određenog pravno zaštićenog interesa. Negativni pogodbeni interes jest obujam odštete koji je rezultat povrede interesa povjerenja, dok je pozitivni pogodbeni interes obujam naknade štete koji nastaje povredom interesa ispunjenja. No, kao što se to u njemačkoj književnosti često navodi, osim pozitivnog i negativnog interesa, dakle interesa povjerenja i interesa ispunjenja, postoje i neki drugi pravno zaštićeni interesi poput, primjerice, interesa očuvanja ili zaštite (*Erhaltungsinteresse, Schutzinteresse*).⁴⁴

Načelno, navedene posljedične štete nisu rezultat povrede vjerovnikova interesa ispunjenja, već njegova interesa na očuvanje i zaštitu. U tom smislu te štete ne bi bilo moguće naknađivati u okviru pozitivnog pogodbenog interesa. No, temeljem teorije pozitivne povrede ugovora (*positive Forderungsverletzung, positive Vertragsverletzung*)⁴⁵, njemačka je sudska praksa omogućila da se u okviru pravila ugovorne odgovornosti naknađuju i one štete koje nisu izravna posljedica neispunjenja činidbe, već neispunjenja nekih dodatnih obveza, poput obveze zaštite, odnosno pažnje prema pravima i pravno zaštićenim interesima druge strane.⁴⁶ Na tom temelju, u njemačkom je pravu u primjeni stare verzije BGB-a izvršena distinkcija između šteta koje su rezultat povrede vjerovnikova interesa da primi ispunjenje ugovorene činidbe (tzv. *Mangelschaden*) i šteta koje su rezultat povrede vjerovnikova interesa da mu ne budu oštećena njegova prava i drugi pravno zaštićeni interesi zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovorene činidbe (tzv. *Mangelfolgeschaden*).⁴⁷ I dok bi tzv. *Mangelschaden* bile obuhvaćene konceptom pozitivnog pogodbenog interesa, budući da nastaju kao izravna posljedica povrede vjerovnikova interesa na ispunjenje činidbe, *Mangelfolgeschaden* ne bi bile obuhvaćene konceptom pozitivnog pogodbenog interesa, budući da

⁴³ Zimmermann, o.c., str. 58.

⁴⁴ Larenz, o.c., str. 431.

⁴⁵ Zimmermann, o.c., str. 58.

⁴⁶ Larenz, o.c., str. 431.

⁴⁷ Zimmermann, o.c., str. 58.

nastaju kao posljedica povrede vjerovnikova interesa očuvanja i zaštite, a ne njegova interesa na ispunjenje činidbe.

Konačno, nije sasvim jasno može li se dobit koju je vjerovnik trebao ostvariti iz nekog drugog posla, a koju bi bio ostvario da je dužnik ispunio svoju činidbu (npr. dobit koju bi ostvario izvođenjem radova da mu je dužnik isporučio dugovani stroj), naknađivati u okviru pozitivnog pogodbenog interesa. Naime, čini se da bi ta vrsta posljedičnih šteta bila obuhvaćena interesom očuvanja i zaštite, a ne interesom ispunjenja ugovorene činidbe jer će neispunjenjem činidbe biti povrijeđena imovina vjerovnika koja neće biti uvećana. Dakle, bit će povrijeđeno njegovo „drugo zaštićeno dobro“, a ne primarni interes na primitak ispunjenja ugovorene činidbe. No, budući da bi u tom slučaju bila riječ o čistoj imovinskoj šteti (*reiner Vermögensschaden*), dakle šteti koja je posljedica povrede relativnih, a ne apsolutnih prava, pitanje je je li se ta šteta po staroj verziji BGB-a uopće mogla naknađivati u okviru interesa očuvanja i zaštite.

S druge strane, sve troškove koje je vjerovnik imao u vezi s ispunjenjem ugovorene činidbe odnosno očekujući ispunjenje činidbe od dužnika, a koje bi imao i da je dužnik ispunio svoju činidbu, ne ulaze u okvir pozitivnog pogodbenog interesa, budući da su oni bili potrebni da bi nastala korist koju je od ispunjenja ugovora vjerovnik očekivao.

Opisani koncept naknade štete, međutim, vrlo često dovodi do velikih praktičnih problema. Naime, zanemari li se gore opisani problem utvrđivanja šteta koje uopće ulaze u okvir pozitivnog pogodbenog interesa, daljnji problem u primjeni tog koncepta odnosi se na činjenicu da on ne pruža adekvatnu zaštitu u nerijetkim situacijama u kojima vjerovnik jednostavno ne može s potrebnom dozom sigurnosti dokazati visinu izmakle dobiti iz sklopljenog posla, čime ujedno može biti onemogućen ostvariti naknadu (većeg dijela) štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa. Tako se, primjerice, sasvim opravdano navodi da bi u situaciji u kojoj vjerovnik, zbog neispunjenja dužnikove ugovorne činidbe, ne uspije realizirati izgradnju disko-kluba, izračun dobiti koju bi on vođenjem tog disko-kluba ostvario bio čisto nagađanje.⁴⁸ Dakle, naknada izmakle dobiti u toj situaciji ne bi bila moguća jer vjerovnik ne bi uspio dokazati osnovanost i visinu zahtjeva za naknadu te štete. S druge strane, naknada troškova koje je vjerovnik učinio očekujući ispunjenje dužnikove činidbe ne bi dolazila u obzir u okviru koncepta pozitivnog pogodbenog interesa, budući da ti troškovi nisu prouzročeni dužnikovim neispunjenjem činidbe. Ti bi troškovi naime bili

⁴⁸ Zimmermann, o.c., str. 61.

učinjeni i da je dužnik ispunio svoju činidbu, a neispunjenjem dužnikove čini-dbe tek je obezvrijeđena svrha tih troškova.⁴⁹ Po tradicionalnoj podjeli šteta, ti bi troškovi ulazili u okvir negativnog pogodbenog interesa⁵⁰, a ne pozitivnog pogodbenog interesa.

Kako bi se ublažila ta krutost koncepta pozitivnog pogodbenog interesa te omogućilo vjerovnicima koji nisu u mogućnosti dokazati visinu izmakle dobiti da ostvare „barem“ naknadu troškova koje su imali očekujući ispunjenje dužnikove činidbe, njemačka je sudska praksa prihvatila teoriju *Rentabilitätsvermutung*, prema kojoj bi se, u situacijama u kojima vjerovnik ne bi mogao dokazati izmaklu dobit, troškovi koje je vjerovnik učinio vjerujući u ispunjenje ugovora od dužnika uzimali kao „mjerilo“ visine izmakle dobiti.⁵¹ Naime, u takvim se situacijama predmnijevalo da bi iz ugovora vjerovnik ostvario dobit barem u visini troškova koje je imao u ispunjenju ugovora pa su se ti troškovi smatrali specifičnom vrstom izmakle dobiti koja se naknađuje u okviru pozitivnog pogodbenog interesa.⁵² Teorija *Rentabilitätsvermutung*, međutim, nije mogla biti od pomoći kad nije bila riječ o novčanim, odnosno materijalnim interesima, dakle kad vjerovnik ugovorom nije namjeravao ostvariti nikakvu dobit, već neki nenovčani, odnosno nematerijalni interes.⁵³ U takvim se, situacijama, naime ne može čak niti predmnijevati da bi vjerovnik ostvario dobit barem u visini troškova koje je učinio u očekivanju dužnikova ispunjenja ugovora. Povrh toga, zaštita neimovinskih interesa povrijeđenih povredom ugovora bila je po staroj verziji BGB-a moguća jedino u iznimnim zakonom predviđenim situacijama⁵⁴, što je također onemogućavalo naknadu troškova učinjenih u očekivanju ispunjenja ugovora kojim vjerovnik nije namjeravao ostvariti materijalni, novčani interes.

Navedeni nedostaci staroga koncepta naknade štete zbog neispunjenja čini-dbe nastojali su se ukloniti izmjenama BGB-a koje su izvršene SMG-om, čime je na ovom području njemačkog obveznog prava došlo do znatnih koncepcijskih promjena. Prije svega, za razliku od stare verzije BGB-a, novom je verzijom predviđeno opće pravilo o naknadi štete zbog povrede ugovora, paragraf 280

⁴⁹ *Ibid.*, str. 61.

⁵⁰ Rolland, o.c., str. 11.

⁵¹ Zimmermann, o.c., str. 61; Ernst, o.c., str. 912; Rolland, o.c., str. 11.

⁵² Zimmermann, o.c., str. 61; Rolland, o.c., str. 11.

⁵³ Zimmermann, o.c., str. 61; Rolland, o.c., str. 11.

⁵⁴ Zimmermann, o.c., str. 61.

nove verzije BGB-a⁵⁵, kojom se, umjesto po staroj verziji uobičajenog koncepta „naknada štete zbog neispunjenja“ (*Schadenersatz wegen Nichterfüllung*), uvodi novi koncept „naknada štete umjesto ispunjenja činidbe“ (*Schadenersatz statt der Leistung*).⁵⁶ Temeljem paragrafa 280 stavka 1. nove verzije BGB-a, ako dužnik povrijedi svoju obvezu iz obveznog odnosa, vjerovnik može zahtijevati naknadu time prouzročene štete. Ipak, temeljem stavaka 2. i 3. istog paragrafa, naknada štete zbog povrede obveze iz obveznog odnosa moguća je jedino uz ispunjenje posebnih pretpostavaka propisanih daljnjim paragrafima 281, 282, 283 i 286 nove verzije BGB-a. Odredbom paragrafa 281 nove verzije BGB-a uređene su posebne pretpostavke za naknadu štete u slučaju neispunjenja činidbe odnosno neurednog ispunjenja činidbe. Odredbom paragrafa 282 nove verzije BGB-a uređene su posebne pretpostavke za naknadu štete zbog povrede sekundarnih obveza kojom nije dovedeno u pitanje uredno ispunjenje glavne činidbe (*nicht leistungsbezogene Nebenpflichten*).⁵⁷ Odredbom paragrafa 283 nove verzije BGB-a uređene su posebne pretpostavke pod kojima se može zahtijevati naknada štete zbog nemogućnosti ispunjenja. Konačno, odredbom paragrafa 286 nove verzije BGB-a uređena su posebne pretpostavke za naknadu štete zbog zakašnjenja u ispunjenju.

Opisanim uređenjem naknade štete nova verzija BGB-a nudi puno jasniji, ali i širi zakonski okvir naknade štete zbog neispunjenja obveze. Po novom je uređenju, naime, nesporno da se temeljem pravila o naknadi štete umjesto ispunjenja činidbe mogu naknađivati i štete prouzročene pozitivnom povredom ugovora (*positive Forderungsverletzung, positive Vertragsveletzung*), dakle posljedične štete koje nisu izravna posljedica povrede interesa na ispunjenje činidbe⁵⁸, štete koje su posljedica *culpa in contrahendo*⁵⁹, pa čak i izgubljena dobit iz drugih ugovora, koju bi vjerovnik bio stekao da mu je dužnik ispunio svoju obvezu.⁶⁰ Širina novog zakonskog okvira naknade štete umjesto ispunjenja činidbe navela je neke autore na zaključak da određene teorijske konstrukcije, poput razlikovanja šteta koje su posljedica povrede vjerovnikova interesa da primi ispunjenje ugovorene činidbe (tzv. *Mangelschaden*) i šteta koje su posljedica povrede vjerovnikova interesa da mu ne budu oštećena njegova prava i drugi pravno zaštićeni interesi

⁵⁵ Ernst, o.c., str. 794.

⁵⁶ Zimmermann, o.c., str. 52.

⁵⁷ *Ibid.*, str. 55.

⁵⁸ Ernst, o.c., str. 891.

⁵⁹ Rolland, o.c., str. 9 - 10.

⁶⁰ Ernst, o.c., str. 891.

zbog neispunjenja ili neurednog ispunjenja ugovorene činidbe (tzv. *Mangelfolgeschaden*), po novom uređenju više nisu potrebne.⁶¹ Naime, sve te štete po novom uređenju ulaze u obujam „odštete umjesto ispunjenja činidbe“ (*Schadenersatz statt der Leistung*). Iako nema sumnje da novo uređenje naknade štete umjesto ispunjenja činidbe izričito uređuje i jednu i drugu vrstu posljedičnih šteta, čini se da su u pitanju potrebe razlikovanja *Mangelschaden* i *Mangelfolgeschaden* bliže istini oni autori koji naglašavaju da je razlikovanje tih dviju vrsta šteta i dalje relevantno, budući da se po novoj verziji BGB-a te vrste šteta naknađuju po različitim pravnim osnovama, uz ispunjenje različitih pretpostavaka.⁶²

Ipak, možda najveći konceptualni pomak u odnosu na staru verziju BGB-a predstavlja odredba paragrafa 284 nove verzije BGB-a kojom je izričito omogućeno vjerovniku da u slučaju neispunjenja činidbe od dužnika, namjesto naknade štete umjesto ispunjenja činidbe, zahtijeva naknadu troškova koje je poduzeo vjerujući da će dužnik ispuniti svoju činidbu. Navedenom je odredbom riješen problem nemogućnosti naknade troškova učinjenih u očekivanju ispunjenja ugovorene činidbe u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, a time je teorija *Rentabilitätsvermutung* postala zastarjela i nepotrebna.⁶³ Dapače neki autori smatraju da je ovim pravilom ujedno riješen problem naknađivanja troškova učinjenih u očekivanju ispunjenja čak i u slučajevima u kojima ugovorom za vjerovnika nije bio predviđen nikakav novčani odnosno materijalni dobitak, budući da po njima pravilo iz paragrafa 284 nove verzije BGB-a obuhvaća i te troškove.⁶⁴

U svakom slučaju, ovo je zakonsko rješenje iznimno zanimljivo u kontekstu razmatranja odnosa pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa u njemačkom pravu. Naime, troškovi koje je jedna strana poduzela u očekivanju ispunjenja, tradicionalno su kvalificirani kao „šteta zbog povjerenja“ (*Vertrauensschade*), koja se naknađivala u okviru negativnog pogodbenog interesa. U tom smislu, moglo bi se postaviti pitanje nije li navedenom odredbom nove verzije BGB-a vjerovniku ostavljena mogućnost da u slučaju neispunjenja činidbe od dužnika alternativno zahtijeva naknadu štete bilo u okviru pozitivnog ili negativnog pogodbenog interesa. U recentnoj njemačkoj književnosti, međutim, prevladava

⁶¹ *Ibid.*, str. 914.

⁶² Westermann, Harm Peter, u: Erman: Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 11. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004., str. 869.

⁶³ Rolland, o.c., str. 11.

⁶⁴ Westermann, o.c., str. 899.

stav da troškove koji se naknađuju po paragrafu 284 nove verzije BGB-a ne treba poistovjećivati s negativnim pogodbenim interesom.⁶⁵ Naime, ti troškovi bez ikakve sumnje tradicionalno ulaze u okvir negativnog pogodbenog interesa. No, koncept negativnog pogodbenog interesa širi je od samih troškova poduzetih zbog povjerenja u nastanak valjanog ugovora te obuhvaća i izmaklu dobit iz poslova koje je oštećenik propustio sklopiti zbog povjerenja u nastanak valjanog ugovora.⁶⁶ U tom smislu, novo pravilo iz paragrafa 284 nove verzije BGB-a ne omogućuje naknadu cjelokupnog negativnog pogodbenog interesa, već samo jedne od nekoliko vrsta šteta koje su tradicionalno obuhvaćene konceptom negativnog pogodbenog interesa. No, samom činjenicom da u slučaju u kojem se tradicionalno obujam odštete kretao isključivo u okviru pozitivnog pogodbenog interesa dopušta naknadu jedne vrste štete koja se tradicionalno naknađivala u okviru negativnog pogodbenog interesa, novo pravilo iz paragrafa 284 nove verzije BGB-a svakako upućuje na zaključak da u novoj verziji BGB-a podjela obujma odštete na pozitivni i negativni pogodbeni interes više nije od presudne važnosti.

Evidentno je dakle, da je novo uređenje naknade štete umjesto ispunjenja činidbe u njemačkom pravu konceptualno drukčije od tradicionalnog uređenja, temeljenog na staroj verziji BGB-a.⁶⁷ koncept definiranja obujma odštete po kriteriju vrste interesa koji se štiti ustupa mjesto konceptu definiranja obujma odštete po kriteriju vrste šteta. U tom smislu, u novoj verziji BGB-a više se vodi računa o jasnom definiranju vrsta šteta koje se naknađuju u slučaju povrede ugovorne obveze nego o tome spadaju li te štete u okvire pozitivnog ili nekog drugog interesa. To, uostalom, ne treba čuditi ima li se na umu da u njemačkom pravu nema zakonskog temelja kojim bi se određene vrste šteta mogle ekskluzivno svrstati bilo u negativni ili pozitivni pogodbeni interes.⁶⁸

Iako, čini se, u recentnoj njemačkoj književnosti prevladava stav da je novo uređenje naknade štete umjesto ispunjenja činidbe sadržajnije, preciznije, ukratko kvalitetnije od staroga uređenja, činjenica je isto tako da su i novom uređenju imanentni određeni problemi. Naime, unatoč činjenici da je paragrafom 280 stavkom 1. nove verzije BGB-a predviđeno opće pravilo o naknadi štete umjesto ispunjenja činidbe, daljnjim su paragrafima za različite vrste

⁶⁵ Ernst, o.c., str. 913 - 914; Rolland, o.c., str. 11; Westermann, o.c., str. 899.

⁶⁶ Rolland, o.c., str. 11; Westermann, o.c., str. 899.

⁶⁷ Slično, Westermann, o.c., str. 898.

⁶⁸ Ernst, o.c., str. 914.

šteta predviđene različite posebne pretpostavke. U tom smislu, i po novoj će verziji BGB-a biti potrebno prethodno izvršiti kvalifikaciju vrste štete o kojoj je u konkretnoj situaciji riječ kako bi se moglo utvrditi koji je paragraf BGB-a potrebno primijeniti na tu štetu. A u kojoj mjeri rezultati te kvalifikacije mogu biti disparatni, zorno se može dočarati na primjeru štete koja se sastoji u gubitku proizvodnje prouzročene isporukom stroja s nedostatkom, za koju su u njemačkoj književnosti ponuđena barem četiri različita rješenja.⁶⁹ Takvo pravno uređenje, upozoravaju neki, teško da se može preporučiti kao model drugima.⁷⁰

4. ANALIZA RECEPCIJE KONCEPATA POZITIVNOG I NEGATIVNOG POGODBENOG INTERESA U NAŠEM PRAVU

Usporede li se stavovi naše pravne književnosti u pogledu koncepta pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa sa stavovima koji o tim konceptima prevladavaju u njemačkom pravu, iz kojeg ti koncepti potječu, jasno se može razaznati da je recepcija koncepata pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa u našoj pravnoj književnosti uglavnom neadekvatna. Naime, stavovi naše pravne književnosti o konceptima pozitivnog i negativnog interesa u znatnoj mjeri odstupaju od uobičajenog shvaćanja tih pojmova u njemačkom pravu. Uzroke te sadržajne neadekvatnosti shvaćanja koncepata pozitivnog i negativnog interesa treba tražiti barem na dvije razine: koncepcijskoj i vremenskoj. Prije detaljne elaboracije sadržajne neadekvatnosti stavova naše pravne književnosti o konceptima pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa potrebno je osvrnuti se na uzroke te neadekvatnosti.

4.1. Koncepcijska dimenzija

Koncepti pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa svojstveni su njemačkom građanskopravnom poretku;⁷¹ oni su rezultat njemačkog pravnog

⁶⁹ Zimmermann, o.c., str. 59 - 60.

⁷⁰ *Ibid.*, str. 60.

⁷¹ To, naravno, ne znači da je koncepte negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa moguće pronaći isključivo u njemačkom pravu. Pod utjecajem njemačkog prava koncepti negativnog i pozitivnog interesa susreću se i u švicarskom pravu, no i švicarska pravna književnost, slično kao i njemačka, upozorava da koncepti pozitivnog i negativnog

promišljanja, ukorijenjeni su u njemačkom obveznopravnom sustavu te utemeljeni na pravilima njemačkog pozitivnog prava, poglavito BGB-a. U tom smislu, recepcija koncepata negativnog i pozitivnog interesa u našem pravu bila bi opravdana da su naš i njemački sustav naknade štete identični ili barem dovoljno slični. No, u tom pogledu između naših dvaju sustava postoje znatne razlike.

Naime, na poredbenopravnoj razini poznata su dva sustava određivanja obujma odštete. Jedan je tradicionalni civilistički sustav koji, primjerice, slijedi francusko pravo, a koji je utemeljen na razlikovanju vrsta šteta - običnoj šteti (*damnum emergens*) i izmakloj dobiti (*lucrum cessans*), po kojem se naknađuje svaka šteta koja je posljedica određene štetne radnje. Drugi je njemački sustav koji je, kao što je navedeno⁷², razvijen pod utjecajem Jheringovih promišljanja, i utemeljen na razlikovanju zaštićenih interesa - interesa ispunjenja ili pozitivnog pogodbenog interesa i interesa povjerenja ili negativnog pogodbenog interesa, a po kojem će se u različitim situacijama naknađivati različite štete, ovisno o

interesa nisu jedini kriteriji određivanja obujma odštete, jer pored tih dvaju, postoji i tzv. interes očuvanja (*Erhaltungsinteresse*) (v. detaljnije: Guhl, Theo: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Schulthess, 2000., str. 75 - 77). Pod utjecajem njemačkog prava koncepti negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa prisutni su i u austrijskom pravu, iako više na doktrinarnoj nego na pozitivnopravnoj razini (v. detaljnije: Koziol, Helmut - Welsler, Rudolf: Grundriss des Bürgerlichen Rechts, 13. neubearbeitete Auflage, 2007., str. 308). Konačno, koncept negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa načelno je moguće sresti i u *common law* poređcima, doduše pod nešto izmijenjenim nazivima i uz ponešto drukčije funkcije nego u njemačkom pravu. Tako se koncept negativnog pogodbenog interesa, primjerice, u engleskom pravu susreće pod nazivom *reliance interest*, dok se koncept pozitivnog pogodbenog interesa susreće pod nazivom *expectation interest*. Ipak, između njemačkog koncepta negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa i engleskog koncepta *reliance interest* i *expectation interest* postoje važne razlike. Tako se, na primjer, u njemačkom pravu koncepti negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa koriste jedino u pogledu ugovorne odgovornosti za štetu, odnosno u pogledu odgovornosti koja nastaje zbog nevaljanosti ugovora, dok se u engleskom pravu koncept *reliance interest* koristi kao „mjera“ za određivanje obujma odštete kod izvanugovorne odgovornosti, dok se koncept *expectation interest* koristi kao „mjera“ za određivanje obujma odštete kod ugovorne odgovornosti. Povrh toga, u usporedbi s njemačkim pravom, u engleskom se pravu načelno ne postavljaju nikakve zapreke oštećeniku da zahtijeva naknadu bilo u okviru koncepta *reliance interest* ili koncepta *expectation interest* (v. detaljnije: O'Sullivan, Janet - Hilliard, Jonathan: The Law of Contract, 4th edition, Oxford University Press, 2010., str. 417 - 422).

⁷² V. *supra*, 3.1.

tome koji je interes štetnom radnjom povrijeđen.^{73, 74} Ta konceptualna razlika razlog je zašto francusko pravo jednostavno ne poznaje koncepte pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa⁷⁵, već kod određivanja obujma odštete primjenjuje koncepte stvarne štete i izmakle dobiti.

Navedena dva sustava određivanja obujma odštete konceptualno su različita utoliko što primjenjuju različite kriterije određivanja tog obujma. Podjela na stvarnu štetu i izmaklu dobit izvršena je po kriteriju vrsta šteta, dok je podjela na pozitivni i negativni pogodbeni interes izvršena po kriteriju vrste interesa koji se u određenoj situaciji štiti. U tom smislu, nemoguće je pojedine komponente tih dvaju sustava međusobno uspoređivati, a kamoli poistovjećivati, kao što se to ponekad neadekvatno čini u našoj pravnoj književnosti. Naime, kao što proizlazi iz prethodnog izlaganja, stvarna šteta može predstavljati bilo dio negativnog bilo pozitivnog pogodbenog interesa isto kao što izmakla dobit može biti naknađena u okviru negativnog ili u okviru pozitivnog interesa, budući da u njemačkom pravu nema zakonskog temelja kojim bi se određene vrste šteta moglo ekskluzivno svrstati bilo u negativni ili pozitivni pogodbeni interes. Konačno, kao što pokazuje slučaj neispunjenja ugovora zbog nemogućnosti činidbe, odluka o tome hoće li se naknada štete određivati u okviru pozitivnog

⁷³ Tallon, Denis: Breach of Contract and Reparation of Damage, u: Hartkamp, Hesselink, Hondius, du Perron, Vranken: Towards a European Civil Code, *ArsAequiLibri* - Martinus Nijhoff Publishers, 1994., str. 233 - 234.

⁷⁴ To, naravno, ne znači da njemačko pravo ne poznaje koncepte stvarne štete i izmakle dobiti. Tako, primjerice, paragraf 252 kako nove tako i stare verzije BGB-a određuje da pojam štete obuhvaća i izmaklu dobit. Doduše, njemačko pravo ne spominje koncept „stvarne štete“, što i ne treba čuditi ima li se na umu da to pravo ne poznaje „ekonomski“ koncept štete, koji primjerice poznaje naše pravo, a prema kojemu je šteta umanjeње imovine, već „pravni“ koncept štete, prema kojem štetu predstavlja povreda nekog zaštićenog interesa, a prema kojem određeni materijalni (novčani) gubitak može biti šteta jedino ako je rezultat povrede nekog zakonom zaštićenog interesa. No, ono što je u ovom kontekstu važno naglasiti u pogledu njemačkog prava jest da se u tom pravnom poretku obujam odštete tradicionalno ne određuje po kriteriju vrsta šteta, već po kriteriju povrijeđenog interesa. U tom smislu, pojedine vrste šteta, kao stvarna šteta odnosno gubitak ili kao izmakla dobit, mogu se pojavljivati i u okviru negativnog i u okviru pozitivnog pogodbenog interesa (v. Oetker, Hartmut, u: *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 2, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2007., str. 291).

⁷⁵ Nicholas, Barry: *The French Law of Contract*, 2nd edition, Clarendon Press Oxford, 1996., str. 226; Rémy-Corlay, Pauline: *Damages, Loss, and the Quantification of Damages*, u: Cartwright, Vogenauer, Whittaker: *Reforming the French Law of Obligations*, Hart Publishing, 2009., str. 319.

ili negativnog pogodbenog interesa u njemačkom će pravu ponekad ovisiti o poštenju odnosno nepoštenju dužnika.⁷⁶

Osim toga, između njemačkog i francuskog pravnog sustava znatne razlike postoje i u pogledu definiranja odnosa između pravila ugovorne i pravila izvanugovorne odgovornosti. Prihvatanje koncepta zaštićenih interesa u njemačkom je pravu dovelo do funkcionalnog razlikovanja pravila izvanugovorne i pravila ugovorne odgovornosti. Pravilima izvanugovorne odgovornosti štiti se oštećenikov interes integriteta, odnosno očuvanja i zaštite pa je funkcija tih pravila dovesti oštećenika u položaj u kojem bi bio da nije bilo štetne radnje. Pravilima ugovorne odgovornosti primarno se štiti vjerovnikov interes ispunjenja činidbe pa ga je tim pravilima potrebno dovesti u položaj u kojem bi se nalazio da je dužnik ispunio svoju ugovornu obvezu. U tom smislu, njemačko pravo predviđa različit obujam odštete ovisno o tome je li došlo do povrede ugovora ili do počinjenja delikta. U slučaju povrede ugovora, konceptom pozitivnog pogodbenog interesa vjerovniku je potrebno naknaditi one štete koje će ga dovesti u položaj u kojem bi bio da je ugovor bio ispunjen. U slučaju da je došlo do sklapanja nevaljanog ugovora, već spomenutom zaslugom Jheringa, u njemačkom se pravu naknada štete određuje po „deliktnom“ načelu, odnosno konceptom negativnog pogodbenog interesa kojim se oštećeniku naknađuju one štete koje će ga dovesti u položaj u kojem bi bio da nije povjerovao u valjanost očitovanja suprotne strane. Francusko pravo, s druge strane, ne čini funkcionalnu razliku između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti. Naime, obje vrste odgovornosti, bez obzira na to što imaju različitu pravnu osnovu, u načelu imaju istu funkciju: dovesti oštećenika u položaj u kojem bi se bio nalazio da nije bilo štetne radnje. Sukladno tome, u francuskom pravu načelno iste vrste šteta naknadive su bez obzira na vrstu odgovornosti.⁷⁷

U pogledu načina definiranja obujma odštete, hrvatsko obvezno pravo, očito inspirirano francuskim rješenjima, slijedi tradicionalnu civilističku, a ne njemačku pravnu tradiciju. Za razliku od njemačkog obveznopravnog sustava koji je izgrađen na konceptu zakonski zaštićenih interesa, naš obveznopravni sustav, po uzoru na francuski, ne poznaje koncept zakonski zaštićenih interesa, pa u tom smislu svaki ekonomski gubitak predstavlja štetu koju je potrebno naknaditi, bez obzira na to koji je interes pritom povrijeđen.⁷⁸ Stoga se prilikom

⁷⁶ V. *supra*, 3.1.

⁷⁷ Rémy-Corlay, o.c., str. 309.

⁷⁸ Gliha, Igor - Baretić, Marko - Nikšić, Saša: Pure Economic Loss in Croatian Law, u: Bussani: European Tort Law, Eastern and Western Perspectives, Stämpfli Publishers, Se-

određivanja obujma odštete naše pravo ne koristi konceptima pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa, već konceptima obične štete i izmakle dobiti.⁷⁹ Nadalje, očito na tragu konceptualnog obrasca francuskog prava, naše obvezno pravo ne poznaje funkcionalno razlikovanje pravila ugovornog od pravila izvanugovornog prava. Naime, svaka vrsta odgovornosti za štetu ima istu funkciju: uspostaviti stanje koje je bilo prije nego što je šteta nastala.⁸⁰ Zbog toga se u našem pravu, jednako kao u francuskom, načelno naknađuju iste vrste šteta, bez obzira na to je li riječ o ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti.⁸¹

Navedene konceptualne razlike između dvaju sustava određivanja obujma odštete ne ogledaju se samo na teorijskopravnoj, već i na pozitivnopravnoj razini. Kao što je prije detaljno objašnjeno⁸², koncepti pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa u njemačkom obveznom pravu imaju svoje zakonsko uporište. Primjerice, odredbom paragrafa 122 stare i nove verzije BGB-a propisano je da će u slučaju ništetnosti očitovanja volje zbog nedostatka ozbiljnosti te u slučaju pobojnosti očitovanja volje zbog zablude, odnosno netočnog prenošenja, osoba koja je dala takvo očitovanje odgovarati onome kome je očitovanje upućeno ili nekoj trećoj osobi za štetu koju su te osobe pretrpjele vjerujući u valjanost očitovanja volje, ali ne više od iznosa interesa tih osoba na valjanost izjave. Slično pravilo bilo je predviđeno paragrafom 307 stare verzije BGB-a koji je čak nosio naziv „negativni interes“ (*Negatives Interesse*).

S druge strane, naš ZOO ni na jednom mjestu ne upućuje na koncepte pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa niti govori o interesima povjerenja ili ispunjenja, već u kontekstu obujma odštete govori isključivo o stvarnoj šteti i izmakloj dobiti. Tako primjerice, već navedena odredba članka 1046. ZOO, kojom je dana definicija štete u našem pravnom poretku, određuje da je šteta umanjenje nečije imovine (stvarna šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta). Te vrste šteta

llier. European Law Publishers, Bruylant, Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2007., str. 252 - 253.

⁷⁹ V. čl. 1046. Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11 - dalje u tekstu: ZOO) kojim je šteta definirana kao umanjenje nečije imovine (obična šteta), sprječavanje njezina povećanja (izmakla korist) i povreda prava osobnosti (neimovinska šteta).

⁸⁰ Odredba članka 1085. stavka 1. ZOO u kojoj je sadržano ovo pravilo nalazi se, doduše, u dijelu Zakona kojim se uređuje izvanugovorna odgovornost. No, to se pravilo, temeljem odredbe članka 349. ZOO, jednako primjenjuje i na ugovornu odgovornost.

⁸¹ Usp. članak 1046. i članak 346. stavak 1. ZOO.

⁸² V. *supra*, 3.1. i 3.2.

izrijekom spominje i odredba članka 346. ZOO kojim je uređen obujam naknade štete po pravilima ugovorne odgovornosti, a kojim je određeno da u slučaju neispunjenja obveze od strane dužnika vjerovnik ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi kao i na pravičnu naknadu neimovinske štete. Odredba članka 251. ZOO, kojom se uređuje predugovorna odgovornost za štetu, odredba članka 280. stavka 3. ZOO, kojom se uređuje pitanje naknade štete strane koja poništava ugovor zbog zablude, odredba članka 284. stavka 2. ZOO, kojom se uređuje pravo na naknadu štete u slučaju prijevare, odredba članka 323. ZOO, kojom se uređuju posljedice ništetnosti ugovora, odredba članka 332. ZOO, kojom se uređuju posljedice poništaja ugovora, sve se one koriste generičnim pojmom „štete“ koji bi se, u kontekstu opće definicije štete iz članka 1046. ZOO, trebao shvatiti tako da obuhvaća običnu štetu i izmaklu dobit te neimovinsku štetu.

U tom smislu, tumačenje našeg obveznogpravnog uređenja kroz prizmu negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa ne samo da je koncepcijski neadekvatno već je i pozitivnopravno upitno. Naime, kao što će to u nastavku biti detaljnije objašnjeno⁸³, stavovi naše pravne književnosti koji o obujmu naknade štete govore u kontekstu negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa često nisu utemeljeni na našem pozitivnopravnom uređenju. Dapače, imaju li se na umu neki nedostaci sustava određivanja obujma odštete na temelju koncepata negativnog i pozitivnog interesa, konzekventno tumačenje našeg prava kroz prizmu tih koncepata moglo bi prouzročiti znatne devijacije našeg pozitivnopravnog uređenja, poglavito ako se prilikom recepcije koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa ne uzmu u obzir promjene koje su se u njemačkom pravu u međuvremenu dogodile.

4.2. Vremenska dimenzija

Činjenica je da se koncepti negativnog i pozitivnog interesa mogu susresti mahom u našoj starijoj pravnoj književnosti. Utoliko, njihovo nekritičko prihvaćanje moglo bi biti sporno ne samo s aspekta njihove usklađenosti s našim pravnim poretkom već i s aspekta njihove usklađenosti s recentnim njemačkim pravnim poretkom. Naime, kao što je prije bilo objašnjeno, njemačko obvezno pravo prošlo je 2002. godine kroz znatne promjene koje su se, među ostalim,

⁸³ V. *infra*, 4.3.

odnosile i na određivanje obujma odštete. Novom verzijom BGB-a granice negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa bitno su relaksirane. Osim toga, čak i prije navedenih zakonodavnih promjena, njemačka je sudska praksa uvelike redefinirala koncepte negativnog i pozitivnog interesa. U tom smislu, u njemačkom se recentnom pravu više vodi računa o jasnom definiranju vrsta šteta koje se u pojedinom slučaju naknađuju nego o tome ulaze li te štete u okvir pozitivnog, negativnog ili nekog trećeg interesa. U tom kontekstu, iako naravno nema govora o tome da njemačko pravo, a poglavito njemačka pravna doktrina napuštaju koncepte negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, jasno je da se pojedinim rješenjima u pogledu obujma naknade štete recentni njemački pravni poredak znatno približio klasičnim civilističkim pravnim poredcima, pa time ujedno i našem pravnom poretku.

Prije svega, u određenim situacijama u kojima se po staroj verziji BGB-a šteta naknađivala u okviru negativnog pogodbenog interesa, danas se naknađuje u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, kao što je to kod nemogućnosti činidbe.⁸⁴ Povrh toga, sukladno već spomenutoj relaksaciji odnosa pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa, u recentnom njemačkom pravu odredbom paragrafa 311a nove verzije BGB-a vjerovniku je omogućeno da, umjesto naknade štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, po svom izboru zahtijeva naknadu troškova koje je imao pouzdajući se u to da će primiti ispunjenje ugovorne činidbe, koji su se tradicionalno u njemačkom pravu smatrali štetom koja se naknađuje u okviru negativnog pogodbenog interesa.⁸⁵

Nadalje, kao što to sugerira recentna njemačka pravna književnost, iako se u slučaju predugovorne odgovornosti obujam naknade u pravilu kreće u okviru negativnog pogodbenog interesa, sudska praksa u određenim situacijama dosuđuje naknadu štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa.⁸⁶

Konačno, paragrafom 284 nove verzije BGB-a usvojeno je pravilo, inače razvijeno kroz sudsku praksu, koje omogućuje vjerovniku da u slučaju povrede ugovora od dužnika, umjesto naknade štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa zahtijeva naknadu troškova koje je poduzeo vjerujući da će dužnik ispuniti svoju činidbu, a koji predstavljaju vrstu štete koja je tradicionalno u njemačkom pravu bila percipirana kao dio negativnog pogodbenog interesa. Osim toga, iz novog uređenja naknade štete umjesto ispunjenja činidbe jasno proizlazi da se

⁸⁴ Detaljnije v. *supra*, 3.1.

⁸⁵ Detaljnije v. *supra*, 3.2.

⁸⁶ V. *supra*, 3.1.

pravilima tog uređenja, osim interesa vjerovnika da primi ispunjenje ugovorene činidbe, štite i neki drugi interesi, poput interesa očuvanja i zaštite pa je sada po tim pravilima moguća naknada određenih vrsta šteta koje po tradicionalnoj podjeli ne bi ulazile u okvir pozitivnog pogodbenog interesa.⁸⁷

Naravno, prilikom aplikacije njemačkih rješenja obujma naknade štete na naše pravo svakako bi trebalo voditi računa i o toj vremenskoj dimenziji stanja njemačkog prava, a to, čini se, u našoj pravnoj književnosti nije uvijek slučaj. Naime, kao što proizlazi iz prethodnog izlaganja te kao što će biti detaljnije opisano u nastavku, neki stavovi naše pravne književnosti koji su utemeljeni na recepciji njemačkih koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa nisu usklađeni s recentnim stanjem njemačkog prava.

4.3. Elaboracija sadržajne neadekvatnosti shvaćanja koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa

Detaljna analiza stavova iznesenih u našoj pravnoj književnosti o sadržaju i značenju koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našem pravu otkriva da gotovo svi stavovi u većoj ili manjoj mjeri odstupaju od uobičajenog shvaćanja tih koncepata u njemačkom pravu. Pritom, čini se da razloge takvom stanju stvari, osim u pomanjkanju adekvatne analize tih koncepata u njemačkom pravu, treba tražiti i u već opisanoj konceptualnoj različitosti našeg prava i njemačkog prava kao i u tome što je od vremena kada su izneseni neki od stavova naše pravne književnosti obrađeni u ovom radu, njemačko pravo na ovom području doživjelo velike promjene.

Prije svega, stav koji izjednačuje negativni pogodbeni interes s izmaklom dobiti koju bi oštećenik ostvario da je ugovor o kojem se pregovaralo bio valjan očito je sasvim suprotan uobičajenom shvaćanju koncepta negativnog pogodbenog interesa. Naime, unatoč tome što koncepti negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa ni u njemačkom pravu nisu jednoznačno definirani, ono što se u pogledu tih koncepata može sa sigurnošću reći jest da će dobit koju bi oštećenik ostvario da je ugovor o kojem se pregovaralo bio valjan, odnosno bio sklopljen, uvijek predstavljati dio pozitivnog, a ne negativnog pogodbenog interesa.

⁸⁷ Detaljnije v. *supra*, 3.2.

Razloge te pogrešne percepcije koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa vjerojatno treba tražiti u neadekvatnom poistovjećivanju tih koncepata s konceptima pozitivne i negativne štete. Naime, u našoj se pravnoj književnosti, kako onoj starijoj⁸⁸ tako i recentnoj⁸⁹, ali isto tako i u stranoj pravnoj književnosti koja slijedi klasičnu civilističku doktrinu⁹⁰, stvarna šteta (*damnum emergens*) ponekad naziva negativnom, a izmakla dobit (*lucrum cessans*) pozitivnom štetom. No, kao što je već bilo objašnjeno⁹¹, podjela šteta na stvarnu štetu i izmaklu dobit konceptualno je različita od podjele obujma odštete na negativni i pozitivni pogodbeni interes. U tom smislu, koncept negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa ne može se poistovjetiti s konceptom negativne i pozitivne štete. Stoga, dobit koju je iz nevaljanog posla vjerovnik trebao ostvariti jest negativna šteta, ali ona ne ulazi u okvir negativnog, već pozitivnog pogodbenog interesa.

Neadekvatno poistovjećivanje koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa s konceptom pozitivne i negativne štete vjerojatno leži u pozadini stajališta prema kojem pozitivni pogodbeni interes predstavlja potpuni, a negativni pogodbeni interes tek djelomični obujam naknade, što očito nije u skladu s uobičajenim shvaćanjem koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u njemačkom pravu. Naime, kao što je prije bilo navedeno⁹², negativni pogodbeni interes vrijednosno bi mogao biti i veći od pozitivnog pogodbenog interesa. Doduše, njemačko pravo izričito zakonski onemogućuje da naknada u okviru negativnog pogodbenog interesa bude viša od pozitivnog pogodbenog interesa. No, njemački BGB svakako dopušta da naknada u okviru negativnog pozitivnog interesa dosegne barem do visine pozitivnog pogodbenog interesa, dakle da bude vrijednosno jednaka pozitivnom pogodbenom interesu.

Većinski stav naše pravne književnosti, koji poistovjećuje negativni pogodbeni interes sa stvarnom štetom, a pozitivni pogodbeni interes s izmaklom dobiti, očito predstavlja nedovoljno preciznu interpretaciju njemačkih pravih koncepata. Prije svega, valja podsjetiti na temeljnu konceptijsku razliku između podjele na negativni i pozitivni pogodbeni interes, s jedne, te podjele na stvarnu štetu i izmaklu dobit, s druge strane. Naime, dok se podjela na stvarnu štetu

⁸⁸ Vuković, Mihajlo: Obvezno pravo, knjiga I., Školska knjiga, 1956., str. 252 - 254.

⁸⁹ Klarić - Vedriš, o.c., str. 593; Crnić, Ivica: Odštetno pravo, drugo, bitno izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zgombić & Partneri d.o.o., 2006., str. 482, 492.

⁹⁰ Nicholas, o.c., str. 226.

⁹¹ V. *supra*, 4.1.

⁹² V. *supra*, 3.1.

i izmaklu dobit čini s obzirom na vrstu štete, podjela na negativni i pozitivni pogodbeni interes čini se s obzirom na vrstu interesa koji se u pojedinoj situaciji štiti. U tom smislu, poistovjećivanje negativnog pogodbenog interesa sa stvarnom štetom i pozitivnog pogodbenog interesa s izmaklom dobiti koncepcijski je pogrešno. U njemačkom pravu negativni pogodbeni interes uključuje sve štete koje su posljedica vjerovnikova povjerenja u valjanost odnosno nastanak ugovora, bez obzira na to je li riječ o stvarnim štetama (na primjer troškovima oko pripreme i sklapanja nevaljanog ugovora) ili o izmakloj dobiti (npr. iz posla koji je oštećenik propustio sklopiti vjerujući u valjanost posla koji je sklopio). Isto tako, pozitivni pogodbeni interes obuhvaća sve štete koje su posljedica neispunjenja ugovorne obveze, bez obzira na to je li riječ o stvarnim štetama (npr. troškovima zamjenske kupnje) ili izmakloj dobiti (na primjer iz ugovora koji dužnik nije ispunio).

Proizlazi, stoga, da je u pogledu definiranja sadržaja negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa Šmalceljev opis tih koncepata najbliži njemačkom izvorniku.⁹³ Naime, Šmalcelj pravilno zaključuje da koncept negativnog pogodbenog interesa ne uključuje samo troškove koje je vjerovnik imao oko sklapanja ugovora i priprema za preuzimanje činidbe, već isto tako i izmaklu dobit iz posla koji je oštećenik propustio sklopiti s nekim trećim, pouzdajući se u valjanost pobijenog odnosno ništetnog posla. Ipak, čini se da u definiranju sadržaja pozitivnog pogodbenog interesa ni Šmalcelj nije sasvim precizan. Naime, taj autor smatra da pozitivni pogodbeni interes obuhvaća sve imovinske prednosti što ih donosi uredno ispunjenje dužnikove obveze, sugerirajući time da u okvir tog obujma odgovornosti ulazi samo izmakla dobit. Ipak, kao što je naprijed navedeno⁹⁴, u okvir pozitivnog pogodbenog interesa ne ulaze samo propuštene „imovinske prednosti“, već i sve stvarne štete koje su vjerovniku prouzročene dužnikovim neispunjenjem ugovorene činidbe.

Jasno je, stoga, da temeljni razlog neadekvatne percepcije koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našoj pravnoj književnosti treba tražiti u nedovoljno preciznoj analizi sadržajnih i funkcionalnih karakteristika tih koncepata u njemačkom pravu te nedovoljno preciznoj distinkciji tih koncepata od jezično sličnih, ali ipak funkcionalno prilično različitih koncepata domaćeg pravnog poretka. No, u tom pogledu naša pravna književnost nije nikakva iznimka. Gotovo istu razinu nedovoljno preciznog shvaćanja koncepata poziti-

⁹³ Šmalcelj, *Zabluda u obveznom pravu*, o.c., str. 409 - 410.

⁹⁴ V. *supra*, 3.2.

vnog i negativnog pogodbenog interesa moguće je uočiti i kod autora iz drugih pravnih poredaka u kojima ti koncepti nisu udomaćeni, kao što je, primjerice, slučaj s autorima francuske provenijencije. Tako se, primjerice, navodi da bi za francuskog pravnika izmakla dobit mogla predstavljati isključivo dio interesa ispunjenja, dakle pozitivnog pogodbenog interesa, dok bi stvarna šteta mogla predstavljati bilo dio pozitivnog pogodbenog interesa ili negativnog pogodbenog interesa.⁹⁵ No, jasno je da takvo rezoniranje ne odgovara u potpunosti shvaćanju njemačkog prava. Nadalje, neki francuski autori smatraju da je obujam naknade štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa nužno veći od obujma naknade u okviru negativnog pogodbenog interesa⁹⁶, iako, kao što proizlazi iz prethodnog izlaganja⁹⁷, u njemačkom pravu to nikako ne mora nužno biti tako. Sve to očito upućuje na to da se koncepti negativnog i pogodbenog interesa, kao specifičan produkt njemačkog pravnog promišljanja, teško asimiliraju u pravne poretke koji ne slijede istu matricu pravnog promišljanja.

Osim što koncepcijski ne slijedi izvornik, recepcija pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa u našoj pravnoj književnosti ponekad dovodi do rezultata koji su očito suprotni našem pozitivnom obveznopravnom uređenju. Tako se, primjerice, u našoj pravnoj književnosti navodi da se u slučaju ništetnosti i pobjnosti ugovora naknada štete treba kretati u okviru negativnog pogodbenog interesa.⁹⁸ No kao što je već naglašeno⁹⁹, činjenica je da se relevantne odredbe ZOO-a u tom kontekstu koriste generičnim pojmom „šteta“ koji bi, u kontekstu opće definicije štete iz članka 1046. ZOO, trebalo shvatiti tako da obuhvaća običnu štetu i izmaklu dobit te neimovinsku štetu. Dakle, očito je da se u određivanju obujma odštete općenito, pa tako i u slučaju pobjnosti i ništetnost pravnog posla, naše pravo oslanja na koncepte obične štete i izmakle dobiti, a ne na koncepte negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa. Šmalcelj, doduše referirajući se na bivši Zakon o obveznim odnosima, uviđa da se u kontekstu naknade štete prouzročene poništenjem ugovora zbog zablude naše pravo koristi terminom „šteta“, a ne terminima pozitivnog ili negativnog pogodbenog interesa pripisujući takvo zakonsko rješenje nedovoljnoj preciznosti zakonskog pravila.¹⁰⁰ No, ovdje nije riječ o nedovoljnoj preciznosti zakonskog pravila, već

⁹⁵ Nicholas, o.c., str. 226.

⁹⁶ Rémy-Corlay, o.c., str. 319.

⁹⁷ V. *supra*, 3.1.

⁹⁸ V. *supra*, 2.

⁹⁹ V. *supra*, 4.1.

¹⁰⁰ Šmalcelj, Zabluda u obveznom pravu, o.c., str. 409.

jednostavno o koncepcijskoj razlici između ZOO-a i njemačkog BGB-a u pogledu načina određivanja obujma odštete u slučaju nevaljanosti pravnog posla.

U tom smislu, u slučaju ništetnosti ili poboynosti ugovora u našem se pravnom poretku načelno može naknađivati svaka obična šteta i svaka izmakla dobit koje su u adekvatnoj uzročnoj vezi sa štetnom radnjom, bez obzira na to bi li ta šteta, u pravnim poredcima koji poznaju te koncepte, bila klasificirana kao dio negativnog ili dio pozitivnog interesa. Tako, primjerice, po njemačkom pravu dobit koju je vjerovnik trebao ostvariti iz ništetnog odnosno poboynog ugovora nije moguće zahtijevati zbog toga što se po njemačkom pravu u slučaju ništetnosti odnosno poboynosti naknada štete doista određuje po kriteriju negativnog pogodbenog interesa koji pak ne uključuje izmaklu dobit iz ništetnog ili poboynog posla. Beziznimna primjena toga pravila u njemačkom se pravu smatrala neadekvatnom što je navelo njemačkog zakonodavca da izvrši određene izmjene zakonskog uređenja s ciljem ublažavanja krutosti toga pravila. S druge strane, u našem pravu načelno nema zapreke da se u slučaju ništetnosti ili poboynosti ugovora naknađuje i dobit koju je iz tog ugovora vjerovnik trebao ostvariti.

S aspekta usklađenosti s našim pozitivnopravnim uređenjem jednako je sporan stav naše pravne književnosti prema kojem u slučaju ništetnosti ili poboynosti ugovora naknada štete koja se kreće u okviru negativnog pogodbenog interesa mora biti ograničena visinom pozitivnog pogodbenog interesa. Razloge za takav stav naša pravna književnost nalazi u tome što je takvo rješenje poznato u njemačkom pravu te u tome što je ono pravedno.¹⁰¹ Kao što je prije navedeno, temeljem paragrafa 122 i stare i nove verzije BGB-a, u slučaju ništetnosti ugovora zbog nedostataka ozbiljnosti očitovanja volje te u slučajevima poboynosti pravnog posla zbog zablude i netočnog prenošenja očitovanja, naknada štete koja se kreće u okviru negativnog pogodbenog interesa ograničena je visinom pozitivnog pogodbenog interesa. Prema tome, u njemačkom pravu takvo ograničenje proizlazi iz izričite zakonske norme. S druge strane, u našem pravnom poretku nema zakonskog pravila koje bi, bilo eksplicitno ili implicitno, propisivalo takvo ograničenje. U tom smislu, potrebno je zaključiti da u našem pravu nema zakonskog temelja za ograničenje naknade štete u slučaju ništetnosti ili poboynosti pravnog posla pozitivnim pogodbenim interesom. Argumentirati stav o postojanju takvog ograničenja u našem pravnom poretku tvrdnjom da je takvo rješenje predviđeno u njemačkom pravu metodološki je pogrešno.

¹⁰¹ *Ibid.*, str. 410.

Afirmacija stava da u slučaju ništetnosti i poboynosti ugovora naknada štete mora biti ograničena visinom pozitivnog pogodbenog interesa pozivanjem na pravednost također je analitički sporna. Prije svega, autori koji se u tom kontekstu pozivaju na pravednost ne ekspliciraju u čemu se konkretno sastoji pravednost takvoga rješenja. Po svoj prilici ti se autori vjerojatno referiraju na temeljno opravdanje takvog pravila u njemačkom pravu prema kojem ne bi bilo pravedno da osoba koja zahtijeva naknadu štete zbog ništetnosti ili poboynosti ugovora tom naknadom bude dovedena u bolji položaj nego što bi bila da je ugovor bio valjano ispunjen.

Iako to opravdanje na prvi pogled može zvučati uvjerljivo, načelno, bilo kakvo pozivanje na pravednost u okviru građanskog prava analitički je suspektno. Naime, pravednost je vrlo često subjektivna i kazuistički determinirana. Rješenje koje se u jednom trenutku može činiti pravednim, uz samo ponešto izmijenjeno činjenično stanje može postati iznimno nepravedno. Primjerice, kada bi jedna strana prijevarom navela drugu stranu da s njom sklopi ugovor isključivo s namjerom da tu drugu stranu odvrati od sklapanja još profitabilnijeg posla s nekom trećom osobom, čini se kako bi se kosilo s elementarnim osjećajem pravednosti onemogućiti prevarenu stranu da uz poništenje ugovora sklopljenog na temelju prijave zahtijeva punu naknadu, uključujući i cjelokupnu dobit iz propuštenog, profitabilnijeg posla. U još je većoj mjeri pravednost na kušnji u situacijama u kojima oštećenik uopće nije namjeravao steći bilo kakvu dobit iz nevaljanog pravnog posla. Naime, u takvim situacijama ograničenje negativnog pogodbenog interesa pozitivnim pogodbenim interesom dovodilo bi do negiranja mogućnosti naknade štete, budući da oštećenik iz nevaljanog ugovora ionako nije namjeravao ostvariti nikakvu dobit. Primjerice, jedna strana organizira dobrotvorni koncert kojim ne namjerava zaraditi, pa čak niti pokriti troškove organizacije, već tek uveseliti djecu svojih zaposlenika. Nakon što je u organizaciju koncerta uložila određeni iznos novca, izvođač otkazuje nastup, pravdajući to činjenicom da je došlo do nesporazuma koji je posljedično doveo do ništetnosti ugovora. Konzekventno primjenjujući pravilo o ograničenju negativnog pogodbenog interesa visinom pozitivnog pogodbenog interesa, moralo bi se doći do zaključka da unatoč tome što je vjerujući u valjanost ugovora oštećenik imao određenih troškova, ti mu troškovi ne bi mogli biti naknađeni jer je naknada tih troškova ograničena visinom pozitivnog pogodbenog interesa, koji je u ovom slučaju bio jednak nuli. Upravo reagirajući na tu vrstu nepoštenosti koja se javljala kao posljedica konzekventne primjene prilično krutih pravila njemačkog prava o obujmu naknade štete, njemački

je zakonodavac, kao što je bilo opisano, znatno izmijenio normativni okvir njemačkoga prava, omogućavajući u određenim situacijama oštećeniku da po svojem izboru zahtijeva bilo naknadu štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, bilo naknadu troškova koje je imao vjerujući u ispunjenje ugovora. Na svu sreću, potrebe za takvim zakonskim intervencijama u nas nema, budući da, kao što je navedeno, pravilo o ograničenju negativnog pogodbenog interesa pozitivnim u našem pravu ne postoji.

Konačno, pravilo o ograničenju negativnog pogodbenog interesa pozitivnim pogodbenim interesom, iako načelno naizgled jednostavno i samorazumljivo, u praktičnoj primjeni može izazvati vrlo velike probleme. Naime, da bi se uopće moglo odrediti koliko iznosi pozitivni pogodbeni interes kojim bi negativni pogodbeni interes trebao biti ograničen, potrebno je prethodno sasvim pouzdano znati što sve ulazi u okvir pozitivnog pogodbenog interesa. A kao što je iz prethodnog izlaganja razvidno¹⁰², o tome često ni u njemačkoj pravnoj književnosti nema suglasnosti. Povrh toga, ima li se na umu da su shvaćanja konceptata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našoj pravnoj književnosti nedovoljno precizna i prilično heterogena, jasno je da bi primjena pravila o ograničenju negativnog pogodbenog interesa pozitivnim pogodbenim interesom u našoj pravnoj praksi mogla dovesti do neželjenih rezultata.

Temeljem navedenog, očito proizlazi da stav o potrebi ograničenja naknade u okviru negativnog pogodbenog interesa visinom pozitivnog pogodbenog interesa nema temelja u našem pozitivnom pravu. No, povrh toga, također je očito da za prihvaćanje takvog stava u našem pravu ne postoje dovoljno uvjerljivi doktrinarni argumenti, a također ni dovoljno dobri praktični razlozi. To, naravno, ne znači da u određenim situacijama primjena određenih pravila našeg pozitivnog prava neće dovoditi do praktično istih rezultata do kojih u njemačkom pravu dovodi primjena pravila o ograničavanju negativnog pogodbenog interesa pozitivnim. Primjerice, teško je vjerovati da bi osoba koja je, vjerujući u valjanost ugovora, svjesno u njegovu pripremu utrošila više nego što je trebala zaraditi iz sklopljenog posla, u slučaju ništetnosti ili poboynosti toga posla mogla ostvariti naknadu tih troškova u potpunosti, pa čak i preko vrijednosti samoga posla. No, takav ishod ne bi bio posljedica primjene pravila o ograničenju negativnog pogodbenog interesa pozitivnim, već primjene pravila iz članka 1092. ZOO o doprinosu oštećenika vlastitoj šteti. Naime, u navedenoj bi se situaciji moglo rezonirati da je ulažući u posao više nego što je mogao zaraditi oštećenik za-

¹⁰² V. *supra*, 3.2.

pravo pridonio da njegova šteta bude veća nego što je trebala biti. Međutim, u svim ostalim situacijama u kojima primjena pravila iz članka 1092. ZOO ne bi dolazila u obzir ograničenije naknade štete u slučaju ništetnosti ili poboynosti pravnog posla visinom koristi koju je oštećenik mogao očekivati iz toga posla, ne bi bilo opravdano ni zakonski utemeljeno.

Konačno, stav dijela naše pravne književnosti da po pravilima predugovorne odgovornosti treba naknađivati samo stvarnu štetu, a ne i izmaklu dobit utemeljen je na pogrešnoj predodžbi da se u njemačkom pravu u slučaju predugovorne odgovornosti naknađuje samo negativni pogodbeni interes, što je pogrešno na nekoliko razina. Prvo, takav je stav u očitom neskladu s našim pozitivnopravnim poretkom. Drugo, takav je stav očito utemeljen na nepreciznoj percepciji konceptata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa. Treće, takav je stav u neskladu s recentnim trendovima u njemačkom pravu.

Odredba članka 251. stavka 2. ZOO-a propisuje da će strana koja je pregovarala ili prekinula pregovore suprotno načelu savjesnosti i poštenja odgovarati za štetu koja je time prouzročena drugoj strani. Dakle, očito je da se i u ovoj prilici ZOO koristi generičnim pojmom „štete“, koji bi, u kontekstu opće definicije štete iz članka 1046. ZOO, trebalo shvatiti tako da obuhvaća stvarnu štetu, izmaklu dobit i neimovinsku štetu. U tom smislu, nema zakonskog uporišta za tvrdnju da bi po pravilima predugovorne odgovornosti trebalo naknađivati samo stvarnu štetu. Kao što ispravno navode neki analitičari, da je u slučaju predugovorne odgovornosti zakonodavac htio ograničiti obujam odštete samo na stvarnu štetu, to bi bez ikakve sumnje učinio izričito.¹⁰³ Nadalje, analitički je pogrešno utemeljiti stav o potrebi ograničenja naknade u slučaju predugovorne odgovornosti na stvarnu štetu pozivanjem na tvrdnju da se u njemačkom pravu po pravilima predugovorne odgovornosti naknađuje samo negativni pogodbeni interes. Taj stav, naime, polazi od pogrešne predodžbe da je negativni pogodbeni interes moguće poistovjetiti sa stvarnom štetom, a pozitivni pogodbeni interes s izmaklom dobiti. No, kao što je to kroz ovaj rad detaljno elaborirano, takav je stav sadržajno neprecizan. Naime, i u okviru negativnog pogodbenog interesa moguća je naknada izmakle dobiti iz posla koji bi oštećenik bio sklopio s nekim drugim da nije vjerovao u sklapanje ugovora o kojemu se pregovaralo. Konačno, kao što to pokazuje recentna njemačka sudska praksa¹⁰⁴, njemačko pravo ne isključuje mogućnost da se u slučaju predugovorne odgovornosti naknada štete

¹⁰³ Crnić, Ivica: Zakon o obveznim odnosima, treće izdanje, Organizator, 2006., str. 250.

¹⁰⁴ V. *supra*, 3.1.

dosudi u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, dakle da obuhvati, među ostalim, i dobit iz ugovora o čijem se sklapanju pregovaralo.

4.4. Analiza potrebe korištenja konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našem pravu

Prethodna analiza nesumnjivo pokazuje da u pogledu metode definiranja obujma naknade štete postoje znatne konceptijske razlike između našeg i njemačkog pravnog poretka. U tom smislu, moglo bi se postaviti pitanje ne bi li, možda čak i u okviru nekih budućih zakonskih izmjena, umjesto sustava određivanja obujma odštete po kriteriju stvarne štete i izmakle dobiti, trebalo prihvatiti njemački sustav određivanja obujma odštete putem koncepta negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa.

Iako se ponekad u našoj pravnoj književnosti može naići na stav da su koncepti našeg prava nedovoljno precizni te da bi se zato, po uzoru na njemačko pravo, i u našem pravu trebalo koristiti konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa¹⁰⁵, ništa u provedenoj analizi ne sugerira da bi rješenja koja predviđa naše pravo u pogledu metode određivanja obujma odštete predstavljala bilo kakav teoretski ili praktični problem. Koncept određivanja obujma odštete putem stvarne štete i izmakle dobiti sasvim je adekvatan i dovoljno širok da obuhvati sve vrste i oblike štete koji bi se mogli pojaviti u pojedinim situacijama, i to bez obzira na to koje su pravo ili interes pritom povrijeđeni.

Dapače, provedena je analiza pokazala da je upravo njemački koncept određivanja obujma odštete putem zaštićenih interesa dovodio do znatnih praktičnih problema. Tako je, primjerice, čak i u situaciji kada je jedna strana znala ili morala znati za nemogućnost činidbe, prema staroj verziji BGB-a ta nemogućnost beziznimno dovodila do ništetnosti ugovora, a time i do nemogućnosti naknade izmakle dobiti koju bi vjerovnik bio ostvario da je ugovor bio sklopljen, budući da se u slučaju ništetnosti ugovora šteta naknađivala isključivo u okviru negativnog pogodbenog interesa. Tako stanje očito je upućivalo na to da striktna podjela obujma naknade na negativni i pozitivni pogodbeni interes ponekad jednostavno ne odgovara potrebama pravedne distribucije štete. Nadalje, striktnost podjele obujma naknade štete na negativni i pozitivni pogodbeni

¹⁰⁵ V. Šmalcelj, o.c., str. 409 - 410.

interes onemogućavala je vjerovnike da u određenim situacijama ostvare bilo kakvu naknadu štete. Riječ je, naime, o situacijama u kojima vjerovnik nije mogao dokazati visinu izgubljene dobiti iz ugovora koji dužnik nije ispunio ili o situacijama u kojima vjerovnik temeljem ugovora uopće nije trebao steći bilo kakvu novčanu odnosno materijalnu dobit, već ostvariti neki nematerijalni interes, čime je vjerovnik onemogućen ostvariti naknadu štete u okviru pozitivnog pogodbenog interesa. No, u takvim situacijama, ujedno, vjerovnik nije mogao tražiti ni naknadu troškova koje je imao u pripremanju sklapanja i ispunjenja ugovora, budući da je ta vrsta štete bila obuhvaćena konceptom negativnog pogodbenog interesa. Konačno, podjela obujma odštete na negativni i pozitivni pogodbeni interes pokazala se neadekvatnom da obuhvati sve štete koje bi u slučaju nevaljanosti ugovora ili u slučaju povrede ugovora mogle nastati drugoj strani. Naime, pored nesumnjivih interesa povjerenja i interesa ispunjenja, niz je drugih opravdanih interesa subjekata u nekom obveznopravnom odnosu, kao što je to, na primjer, interes očuvanja odnosno zaštite koje je potrebno štititi. Povredom tih interesa može nastati određena šteta, no ta šteta ne ulazi ni u okvir negativnog ni u okvir pozitivnog pogodbenog interesa.

Navedene nedostatke njemačkog sustava određivanja obujma odštete nastojalo se anulirati novom verzijom BGB-a, i to prije svega znatnom relaksacijom odnosa pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa što je dovelo do toga da je u određenim situacijama u kojima je nanesena šteta, bilo zbog povrede ugovora ili povrede povjerenja, vjerovniku ostavljeno na volju da zahtijeva bilo naknadu pojedinih vrsta šteta koje ulaze u okvir pozitivnog pogodbenog interesa bilo naknadu pojedinih vrsta šteta koje ulaze u okvir negativnog pogodbenog interesa. Osim toga, novom je verzijom BGB-a izričito omogućeno vjerovnicima da pri povredi ugovora ostvare naknadu ne samo onih šteta koje su rezultat povrede vjerovnikova interesa na ispunjenje već i nekih posrednih šteta koje su posljedica povrede vjerovnikova interesa na očuvanje i zaštitu.

Zbog već navedene otvorenosti našeg odštetnog sustava koji načelno omogućuje da svaka šteta koja je prouzročena određenom štetnom radnjom bude naknađena, bez obzira na to koje je pravo ili koji interes povrijeđen štetnom radnjom, naše pravo, s druge strane, ne poznaje praktične probleme s kojima su se susretali njemački sudovi prilikom primjene koncepta negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa. U tom smislu, čak i kada je došlo do povrede ugovora, dakle kada bi se po njemačkom pravu šteta naknađivala u okviru pozitivnog pogodbenog interesa, naše pravo omogućuje vjerovniku da po svojoj volji zahtijeva naknadu obične štete, odnosno troškova nastalih u vezi sa

sklapanjem ugovora¹⁰⁶, koji bi po njemačkom pravu predstavljali dio negativnog pogodbenog interesa. Nadalje, naše pravo nesumnjivo omogućuje da se u okviru naknade štete zbog povrede ugovora naknađuju i štete koje nisu rezultat povrede vjerovnikova interesa na ispunjenje, već njegova interesa na zaštitu njegovih ostalih pravno zaštićenih dobara.¹⁰⁷ Takav zaključak, uostalom, proizlazi iz odredaba članka 346. stavka 1. i članka 1046. ZOO, koji određuju da se i po pravilima ugovorne i po pravilima izvanugovorne odgovornosti među ostalim naknađuje i neimovinska šteta, koja bi u njemačkom pravu bila kvalificirana kao šteta zbog povrede interesa očuvanja i zaštite, a ne kao šteta zbog povrede interesa povjerenja ili interesa ispunjenja.

U tom smislu, nema ništa u našem sustavu određivanja obujma odštete što bi upućivalo na njegovu insuficijentnost ili eventualno inferiornost u odnosu prema njemačkom sustavu. Dakle, koncept određivanja obujma odštete kroz institute negativnog i pozitivnog interesa ne ispoljava nikakve komparativne prednosti u odnosu prema sustavu prihvaćenom u našem pravu. Dapače, provedena analiza upućuje na zaključak da je upravo tradicionalni njemački koncept određivanja obujma odštete kroz institute negativnog i pozitivnog interesa pokazivao određene slabosti pa je novom verzijom BGB-a prihvaćen sustav određivanja obujma odštete u slučaju neispunjenja ugovorne činidbe, odnosno u slučaju nevaljanosti ugovora, koji se u znatnoj mjeri približava temeljnim karakteristikama našeg sustava.

5. ZAKLJUČAK

Stavovi naše pravne književnosti o konceptima pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa u velikoj su mjeri međusobno divergentni, ali isto tako u dobroj mjeri sadržajno inkompatibilni s tradicionalnim shvaćanjem tih koncepata u njemačkom građanskom pravu, odakle ti koncepti potječu. Analiza provedena u ovom radu upućuje na zaključak da razloge za takvo nezadovoljavajuće stanje

¹⁰⁶ Vs, Rev-2975/98 od 29.5.2002. (citirano prema: Crnić, Ivica: Zakon o obveznim odnosima, o.c., str. 355).

¹⁰⁷ Tako je, na primjer, u presudi Vs, Rev-2156/91 od 8.1.1992., Vrhovni sud Republike Hrvatske zauzeo stav da zubar koji je prilikom vadenja zuba ozlijedio pacijenta izazvavši prijelom donje vilice odgovara za time prouzročenu štetu po pravilima ugovorne odgovornosti (citirano prema: Crnić, Ivica, Odštetno pravo, o.c., str. 424).

treba ponajprije tražiti u tome što sadržaj i funkcije tih koncepata u njemačkom pravu u nas nikada nisu u dovoljnoj mjeri bili istraženi i objašnjeni. Naime, koncept određivanja obujma odštete putem pozitivnog i negativnog pogodbenog interesa specifičan je proizvod njemačkog pravnog promišljanja, koji ni na teorijskoj, ali ni na pozitivnopravnoj razini nije blizak našem pravnom sustavu, pa ni našem pravničkom promišljanju. U tom smislu, nenavikli na specifičan način pravnog promišljanja koji je iznjedrio koncepte negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, ponekad nastojimo neprimjereno asimilirati te koncepte našem pravnom sustavu, uspoređujući ih s konceptima koji su poznati u našem pravu. Otuda vjerojatno neadekvatno poistovjećivanje negativnog pogodbenog interesa sa stvarnom štetom i pozitivnog pogodbenog interesa s izmaklom dobiti kao i poistovjećivanje koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa s konceptima negativne i pozitivne štete. Osim toga, analiza provedena u ovom radu pokazuje da je nekritičko preuzimanje doktrinarnih, ali i pozitivnopravnih rješenja njemačkog prava dovelo do toga da stavovi naše pravne književnosti u kojima se koriste koncepti negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u znatnoj mjeri odstupaju od našeg pozitivnopravnog uređenja.

U tom smislu, treba zaključiti da su percepcija i interpretacija koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa u našem pravnom poretku bili uglavnom neadekvatni. Nadalje, budući da su naš i njemački sustav određivanja obujma odštete konceptijski različiti, metodološki je pogrešno koristiti se njemačkim konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa prilikom tumačenja našeg prava. Osim toga, provedena analiza pokazuje da prihvaćanje i uporaba tih koncepata u našem pravu nisu niti potrebni. S jedne strane, sustav određivanja obujma odštete kakav je predviđen našim pozitivnim pravom, a koji se temelji na razlikovanju stvarnih šteta i izmakle dobiti, sasvim je adekvatan i ne pokazuje nikakve nedostatke koje bi eventualno trebalo otkloniti recepcijom koncepata njemačkog prava. Dapače, kao što je detaljno prikazano u radu, upravo je njemački sustav određivanja obujma odštete kroz koncepte negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa dovodio u praktičnoj primjeni do određenih problema koje je bilo potrebno sanirati zakonskim izmjenama, a kojima se njemački sustav određivanja obujma odštete u nekim elementima zapravo približio rješenjima našeg sustava. S druge strane, neadekvatnom sadržajnom impostacijom koncepata negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa nepotrebno se stvara prilična konfuzija u tumačenju našeg prava.

Zbog toga, umjesto konceptima negativnog i pozitivnog pogodbenog interesa, prilikom tumačenja i obrade našeg odštetnopravnog sustava trebali bismo

se koristiti u našem pravu uobičajenim, nama razumljivim i pozitivnopravno utemeljenim konceptima stvarne štete i izmakle dobiti.

Summary

Marko Baretić*

SHOULD CROATIAN LAW OF OBLIGATIONS USE THE CONCEPTS OF POSITIVE AND NEGATIVE CONTRACTUAL INTEREST?

The paper analyses the positions of our legal literature concerning the concepts of negative and positive contractual interest (reliance interest and expectations interest). These concepts are frequently used in our legal literature in discussing the scope of damages, considering that they have been taken over from the German legal order. Positions taken in our legal literature, however, seem to diverge one from another to a substantial extent and often lack appropriate reasoning. For this reason, the author first attempts to establish the content and functions of the concepts of negative and positive contractual interest in German law, from which these concepts are drawn. The analysis indicates that the positions expressed in our legal literature are largely a product of inadequate interpretation of German law. The analysis also shows that the system of determining the scope of damages in German law shows substantial conceptual differences to the one found in our legal system. Consequently, the interpretation of our law through the interpretation of the concepts of negative and positive interest may often lead to results which are in conflict with our legislation. In light of the above, the author concludes that the use of the concepts of negative and positive interest in the interpretation of our law is unjustified, and advocates the use of the concepts common in our tradition and based on our legislation - the concepts of actual damage and loss of profit.

Key words: negative and positive contractual interest, negative contractual interest, positive contractual interest, scope of liability, reliance interest, expectations interest

* Marko Baretić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

Zusammenfassung

Marko Baretić*

BRAUCHT MAN IN KROATISCHEM OBLIGATIONSRECHT DIE KONZEPTEN VON POSITIVEN UND NEGATIVEN VERTRAGSINTERESSE BENUTZEN?

In der Arbeit werden die Standpunkte unserer Rechtsliteratur über die Konzepte von positiven und negativen Interesse analysiert. Bei Darlegung von Umfang des Schadensersatz benutzt unsere Rechtsliteratur oft die Konzepten von negativen und positiven Interesse, übernommen aus den deutschen Rechtssystem. Dabei sind die dargestellten Standpunkte im großen Umfang gegenseitig divergent und oft ungenügend argumentiert. Deshalb versucht der Autor in der Arbeit zunächst den Inhalt und die Funktionen der Konzepte von positiven und negativen Interesse in dem deutschen Recht, woraus diese Konzepte stammen, festzustellen. Die durchgeführte Analyse zeigt, dass die Standpunkte unserer Rechtsliteratur im großen Umfang Resultat einer inadäquaten Interpretation des deutschen Rechtes. Außerdem zeigt die Analyse, dass das System der Feststellung von Umfang des Schadensersatzes im deutschen Recht im großen Umfang konzeptuell unterschiedlich von unserem positiven Rechtssystem ist. Folglich, die Interpretation unseres Rechtes durch Prisma der Anwendung des Konzepts von positiven und negativen Interesse leitet oft zu Resultaten, die im Gegenteil zu unseren positiv-rechtlichen System stehen. Deshalb kommt der Autor zu Schluss, dass die Benutzung des Konzepts von positiven und negativen Interesse bei Interpretierung von unserem Recht unberechtigt ist, und er setzt sich für Benutzung von bei uns gewöhnlichen und positiv-rechtlich gegründeten Konzepten von echten Schaden und entgangenen Gewinn.

Schlüsselwörter: positives und negatives Interesse, negatives Interesse, positives Interesse, Umgang der Verantwortung, Vertrauensinteresse, Erfüllungsinteresse

* Dr. Marko Baretić, Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb