

PISANI OBLIK UGOVORA I DRUGIH PRAVNIH POSLOVA

*Prof. dr. sc. Saša Nikšić**

UDK: 347.135.2(497.5)

DOI: 10.3935/zpfz.72.12.08

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2021.

U radu se analizira pojam pisanog oblika ugovora i drugih pravnih poslova. Ukratko je prikazan povijesni razvoj formalnih pravnih poslova te poredbenopravna dimenzija instituta forme ugovore i drugih pravnih poslova. Analizirane su mogućnosti priznavanja pravnih učinaka pisanog oblika elektroničkim izjavama volje. Poseban naglasak stavljen je na mogućnosti tumačenja odredaba ZOO-a o ispunjenju zahtjeva pisanog oblika u kontekstu sklapanja ugovora elektroničkim putem. Prikazane su i odredbe njemačkog BGB-a, koji je u nešto većoj mjeri prilagođen elektroničkom očitovanju volje (očitanje volje u elektroničkom obliku te očitovanje volje u obliku teksta).

Dio rada odnosi se na ugovaranje pisanog oblika ugovora i drugih pravnih poslova. Iako su pravila o obliku ugovora i drugih pravnih poslova prisilne naravi, jer uređuju pretpostavke njihove valjanosti, kada ugovorne strane odrede da je za valjanost njihova posla potrebno sklopiti posao u pisanom (ili bilo kojem drugom) obliku, tada je riječ o afirmaciji načela dispozitivnosti. O tome treba posebno voditi računa kada ugovorne strane odrede da ja za raskid njihova ugovora odnosno izmjene i dopune ugovora potreban poseban, najčešće pisani ugovor. Tada bi trebalo poštovati volju ugovornih strana, jer je to u skladu s načelom pacta sunt servanda, a ne postoje propisi koji bi zabranili ugovaranje takvih uglavaka. Naravno, valjanost takvih ugovornih odredaba može doći u pitanje jer se u konkretnom slučaju može utvrditi da su suprotne načelima obveznog prava – načelu savjesnosti i poštenja te načelu zabrane zlouporabe prava.

* Dr. sc. Saša Nikšić, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, sasa.niksic@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0001-6170-1781

Ključne riječi: pisani oblik, ugovor, pravni posao, elektronički ugovori, sporazumni pisani oblik

1. UVOD

Prof. dr. sc. Zoran Parać tijekom svoje znanstvene, nastavničke i stručne karijere bavio se različitim temama s područja prava trgovačkih društava, intelektualnog vlasništva (s posebnim naglaskom na industrijsko vlasništvo), kao i trgovačkog ugovornog prava. Sva ta područja povezana su i sa općim ugovornim pravom, jer se i pravo trgovačkih društava i pravo industrijskog vlasništva, kao i trgovačko ugovorno pravo, uvelike oslanjaju na opće ugovorno pravo, pa i šire na obvezno pravo kao cjelinu (osim ugovornog prava, opći dio obveznog prava kao i izvanugovorne obvezne odnose). U tom smislu posebno su važna opća pravila ugovornog prava u vezi sa sklapanjem i valjanosti ugovora, među kojima su i pravila o obliku ugovora, a naravno i opći dio obveznog prava koji, između ostalog, uređuje načela obveznog prava. Pravila o obliku ugovora važna su za ugovorno pravo industrijskog vlasništva, jer se na tom području odstupa od načela neformalnosti,¹ slično kao i na drugim dijelovima prava intelektualnog vlasništva.² Pisani oblik ugovora, ali i različitih jednostranih izjava volje, prihvaćen je u velikom broju primjera i u pravu trgovačkih društava.³

Oblikom ugovora i drugih pravnih poslova s područja prava intelektualnog vlasništva profesor Parać bavio se i u svojoj doktorskoj disertaciji.⁴ To je bilo vrijeme kada su računala zauzimala sve značajnije mjesto u poslovanju, doduše

¹ Za ugovor o licenci propisan je pisani oblik kao pretpostavka njegove valjanosti – čl. 700. Zakona o obveznim odnosima (dalje u tekstu ZOO), Narodne novine 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

² Čl. 65. Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (Narodne novine 111/21).

³ Prema Zakonu o trgovačkim društvima (dalje u tekstu ZTD, Narodne novine 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19) pisani oblik propisan je u sljedećim slučajevima: mogućnost davanja glasa odsutnih članova nadzornog odbora (čl. 267. st. 3. ZTD-a), pisano davanje glasa dioničara (čl. 274. st. 2. ZTD-a), punomoć (čl. 291. st. 6. ZTD-a), izjava o ostvarivanju prava upisa dionica (čl. 319. st. 1. ZTD-a), poziv članu društva koji kasni s uplatom uloga (čl. 400. st. 1. ZTD-a), oblik ugovora/izjave o donošenju odluke izvan skupštine članova društva s ograničenom odgovornošću (čl. 440. st. 1. ZTD-a), forma i način sazivanja skupštine društva s ograničenom odgovornošću (čl. 443. ZTD-a, za sazivanje skupštine implicate je propisan pisani oblik, jer je izričito propisano da se poziv mora uputiti preporučenom poštom, ako drukčije nije određeno društvenim ugovorom), posebne suglasnosti (čl. 550.i ZTD-a).

⁴ Parać, Z., *Imovinskopravna zaštita i prijenos kompjutorskog softvera*, doktorska disertacija branjena na Pravnom fakultetu u Zagrebu, sv. 157, Zagreb, 1990.

još uvijek velikim dijelom kao interni sustav elektroničke obrade podataka, a ne kao tehnologija koja služi sklapanju ugovora i ispunjenju ugovornih obveza. No, u ugovornim odnosima koji su nastajali u vezi s iskorištavanjem autorskog prava te općenito prava intelektualnog vlasništva već tada su se pojavile nove tehnike sklapanja ugovora. S tim u vezi profesor Parać analizirao je pitanje formalne valjanosti ugovora sklopljenih „trganjem omota“, tj. otvaranjem ambalaže u kojoj su se nalazile diskete ili drugi mediji na kojima su se nalazili računalni programi (tzv. *shrink-wrap* ugovori), a rješenja koja je predložio jednako su prihvatljiva i danas, samo što se umjesto *shrink-wrap* ugovora, koji su praktički nestali u vezi s računalnim programima, primjenjuju na tzv. *click-wrap* ugovore koji su danas uobičajeni (poznati i pod nazivom *click-accept*, *click-to-sign*).⁵

Pitanje oblika ugovora u vezi s korištenjem računala, a kasnije i računalnih mreža u poslovne svrhe, otvaralo se u velikom broju pravnih poredaka u svijetu krajem 20. i početkom 21. stoljeća, jer se propitivalo u kojoj su mjeri klasična pravila o pisanom obliku ugovora primjenjiva i na ugovore sklopljene elektroničkim putem. Današnje pravno uređenje pisanog oblika ugovora u poredbenom pravu prošireno je velikim dijelom i na ugovore sklopljene elektroničkim putem, iako ne na sve slučajeve elektroničkog sklapanja ugovora,⁶ što je jednim dijelom i tema ovog rada.

Ovaj rad bavi se i još jednim aspektom pisanog oblika ugovora. Pisani oblik najčešći je slučaj formalnih ugovora. Pravila o formalnim ugovorima predstavljaju ograničenje načela dispozitivnosti, jer je sloboda ugovaranja kod formalnih ugovora ograničena u pogledu izbora oblika ugovora. Pravila o obliku ugovora predstavljaju *ius strictum*, što i inače vrijedi za pravila o pretpostavkama valjano-

⁵ Riječ je o sklapanju ugovora prilikom instalacije računalnih programa ili pristupanju različitim sadržajima na internetu, kada se jedna strana koristi općim uvjetima ugovora, a druga strana na njih pristaje, jer bez prihvaćanja ne može instalirati program odnosno pristupiti određenom sadržaju. Naziv *click-wrap* nastao je jer se nekada prihvat ostvarivao „klikom“ miša, na desktop računalima. Danas se koristi na pametnim telefonima i *tablet* računalima. „Wrap“ je naziv za omot, i potječe od starije tehnike sklapanja ugovora (*shrink-wrap*) – opširnije v. Gatt, A., *Electronic Commerce - Click-Wrap Agreements: The Enforceability of Click-Wrap Agreements*, Computer Law & Security Review, vol. 18, br. 6, 2002., str. 404-410.

⁶ Volja se može očitovati elektroničkim putem, ali i u usmenom obliku (npr. putem različitih aplikacija koje u biti služe za telefoniranje), znacima (npr. stavljanjem artikala u virtualnu košaricu u internetskoj trgovini) ili pisano, ali na način koji ne osigurava mogućnost utvrđivanja identiteta osobe koja je očitovala volju (npr. putem SMS-poruke s anonimne *pre-paid* telefonske kartice). Niti u jednom od tih primjera očitovanju volje ne bi trebalo priznati učinke pisanog očitovanja volje, bilo po prirodi stvari, bilo zbog toga što ne daje onu sigurnost koju inače daje pisani oblik očitovanja volje.

sti ugovora, uz određene iznimke.⁷ No s druge strane, pravila o obliku ugovora i drugih pravnih poslova nisu uvijek ograničenje načela dispozitivnosti,⁸ jer se pravila o obliku ugovora primjenjuju i kada oblik ugovora nije posljedica zakonskog propisa, već proizlazi iz volje ugovornih strana. Ugovorne strane mogu ugovoriti da njihov ugovor mora biti sklopljen u pisanom ili nekom drugom obliku, iako to nije propisano zakonom.⁹ U tom slučaju oblik ugovora rezultat je primjene načela dispozitivnosti, a ne prisilnih propisa. U praksi trgovačkog ugovornog prava ugovorne strane često biraju pisani oblik ugovora i kada taj oblik nije propisan za valjanost ugovora kako bi postigle različite ciljeve (npr. dokumentiranje poslovanja, dokazivanje obavljenih transakcija, ostvarivanje pravne sigurnosti).

Kada strane ugovore određeni oblik ugovora (najčešće pisani), to mogu učiniti isključivo u svrhu dokaza o tome da je ugovor sklopljen te koji mu je sadržaj, a mogu ugovoriti i da je oblik ugovora pretpostavka njegove valjanosti. U praksi se koristi još jedan model, a to je sklapanje ugovora u pisanom obliku bez prethodnog sporazuma o tome da ugovor mora biti sklopljen u određenom obliku, pri čemu se izričito ugovara da sve naknadne izmjene i/ili dopune ugovora moraju biti sklopljene u pisanom obliku. S tim u vezi postavlja se pitanje što se događa kada ugovorne strane izmijene i/ili dopune ugovor neformalno. Iako ZOO ima pravila koja na prvi pogled rješavaju takve situacije,¹⁰ one su zapravo složenije nego što se to čini na prvi pogled.¹¹

⁷ V. *infra* 4.1. Pretpostavke valjanosti ugovora i načelo dispozitivnosti.

⁸ Čl. 2. ZOO-a.

⁹ Čl. 289. st. 1. ZOO-a.

¹⁰ Npr. odredba čl. 289. ZOO-a glasi:

Ugovoreni oblik

(1) *Ugovorne strane mogu se sporazumjeti da poseban oblik bude pretpostavka nastanka i valjanosti njihova ugovora.*

(2) *Ugovor za čije je sklapanje ugovoren poseban oblik može se raskinuti, dopuniti ili na drugi način izmijeniti sporazumom u bilo kojem obliku.*

(3) *Ako su ugovorne strane predvidjele određeni oblik samo da osiguraju dokaz svoga ugovora ili da postignu što drugo, ugovor je sklopljen kad je postignuta suglasnost o njegovu sadržaju, a za ugovaratelje je u isto vrijeme nastala obveza da ugovoru dadu predviđeni oblik.*

¹¹ V. *infra* 4.2. Raskid, izmjena i dupuna formalnih ugovora.

2. ZNAČENJE I POJAM PISANOG OBLIKA UGOVORA

2.1. Općenito

Sklapanje ugovora i drugih pravnih poslova u pisanom obliku rezultira sastavljanjem isprave. Isprave se u pojedinim pravnim porecima definiraju na različite načine, a pojam isprave razlikuje se i unutar istoga pravnog poretka, jer ih različiti propisi definiraju svaki za svoje potrebe.¹² Svim tim definicijama zajedničko je da je isprava predmet na kojem je pismom zabilježena neka izjava, neovisno o mediju na kojem je zapisana.¹³ U nekim se propisima kod pisanih isprava zahtijeva i njihovo potpisivanje, a drugima to nije slučaj.¹⁴ Ovisno o tome je li riječ o javnim ili privatnim ispravama, jezik i pismo na kojem je isprava sastavljena mogu i ne moraju biti relevantni. Javne isprave sastavljaju se na službenom jeziku i pismu, a privatne isprave ne podliježu takvim ograničenjima. Postoje i druge razlike između javnih i privatnih isprava. Javne isprave dokazuju istinitost onoga što se u njima potvrđuje ili određuje, ako ih je u propisanom obliku izdalo državno tijelo u granicama svoje nadležnosti odnosno pravna ili fizička osoba u obavljanju javne ovlasti koja joj je povjerena zakonom ili propisom utemeljenim na zakonu.¹⁵ Kada je riječ o privatnim ispravama i njihovoj dokaznoj snazi, u parničnom postupku ne postoje posebne odredbe o presumptivnoj dokaznoj snazi privatne isprave, ali se u praksi ipak primjenjuje kao pravilo iskustva (logička ili faktična presumpcija), jer bi u protivnom vjerovnik morao dokazivati da je dužnik ne samo potpisao ispravu (npr. ugovor ili drugi pravni posao), već i da priznaje sadržaj isprave.¹⁶

Isprave su značajne za ugovorno pravo, a posebno za trgovačko pravo, jer se na području trgovačkog prava tradicionalno taj oblik primjenjuje i kada nije zakonom propisan.¹⁷ To je posljedica većeg broj okolnosti u kojima djeluju tr-

¹² Opširnije v. Triva, S., Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004., str. 511. i dalje.

¹³ V. npr. Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014., str. 128.; Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 12, str. 511.

¹⁴ Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 12, str. 511.

¹⁵ Čl. 230. st. 1. Zakona o parničnom postupku (SL SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91, Narodne novine 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.; dalje u tekstu ZPP). Sličnu definiciju javne isprave sadržava i odredba čl. 60. st. 2. Zakona o općem upravnom postupku (Narodne novine 47/09.; dalje u tekstu ZUP).

¹⁶ Triva, Dika, *op. cit.* u bilj. 12, str. 513. – 514.

¹⁷ U novi ZOO uneseno je kao opće pravilo pravo svakog suugovaratelja usmeno sklopljenog ugovora od druge strane zahtijevati pisanu potvrdu o sklopljenom ugovoru.

govci, a ne samo propisa o obliku pravnih poslova. Velik broj transakcija koje trgovci obavljaju zahtijeva dokumentiranje poslovnih aktivnosti da bi trgovac uopće mogao pratiti svoje poslovanje. Kada je riječ o velikim sustavima, poslovanje bez pisanih isprava bilo bi praktički nezamislivo. Danas to, naravno, ne moraju biti klasične pisane isprave, već se koriste različiti informatički sustavi koji trgovcima daju velike mogućnosti evidentiranja, praćenja i planiranja poslovnih aktivnosti. I pravni poredak priznaje elektroničke isprave, pri čemu kao i kod klasičnih isprava ne postoji jedinstveni pojam elektroničke isprave, već on varira od propisa do propisa.¹⁸

Trgovci vode poslovne knjige, pa iako postoje i druge isprave pomoću kojih se evidentiraju poslovne transakcije u okviru dokumentacije koja mora postojati za potrebe knjigovodstva, važno mjesto pripada i pisanim ispravama o ugovorima i drugim pravnim poslovima. Isprave naravno nemaju samo interno značenje pri upravljanju poslovanjem, jer se koriste u ostvarivanju prava i obveza, neovisno o tome je li oblik pretpostavka valjanosti ugovora ili nije. Različite isprave o poslovnim aktivnostima potrebne su i zbog javnopravnih razloga (carine, porezi, ishođenje različitih dozvola, dokazivanja da je trgovac već sudjelovao u sličnim transakcijama ili transakcijama određene vrijednosti). Pisani oblik ugovora pogodan je za dokazivanje činjenice da je sklopljen ugovor prema trećim osobama. Iako se njih tuđi ugovori pravno ne tiču, one mogu biti zainteresirane za činjenicu da je njihov poslovni partner (ili tek budući poslovni partner) sklopio jedan ili više ugovora određene vrste, određene vrijednosti ili s određenim pravnim subjektima.

Za određene pravne poslove određeni oblik pretpostavka je njihove valjanosti, pa takve pravni poslove svi pravni subjekti moraju sklapati u propisanom obliku, neovisno o tome imaju li i inače potrebu za pisanom dokumentacijom o pravnom poslu ili to nije slučaj. Pravni subjekti koriste se pisanim oblikom ugovora i drugih pravnih poslova ugovaranjem pisanog oblika kao pretpostavke valjanosti radi postizanja sigurnosti i izvjesnosti u pravnim odnosima.

Razlozi zbog kojih je pisani oblik ugovora i drugih pravnih poslova značajan za trgovce općenito postoje kod pravnih osoba neovisno o tome jesu li trgovci.

To pravo traje dok druga strana ne ispuni svoju obvezu (čl. 287. st. 1. ZOO-a). Dakle, ne primjenjuje se isključivo na trgovačke ugovore, već na sve ugovore općenito, neovisno o tome tko su ugovorne strane. Opširnije o institutu pisane potvrde usmeno sklopljenog ugovora v. Miladin, P., *Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 4, 2008., str. 948. – 956.

¹⁸ Usp. čl. 4. t. 1. Zakona o elektroničkim ispravama (Narodne novine 150/05), čl. 106.a ZPP-a, čl. 60., čl. 70. st. 1., čl. 75. st. 2. ZUP-a, čl. 79. Zakona o kaznenom postupku (Narodne novine 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19, 126/19).

To osobito dolazi do izražaja kod pravnih osoba javnog prava. Tako npr. kod obveznika postupanja po propisima o javnoj nabavi općenito se zahtijeva sklapanje ugovora u pisanom obliku,¹⁹ a isto vrijedi za ugovore o koncesiji²⁰ te ugovore o javno-privatnom partnerstvu.²¹ Naravno, u tim primjerima oblik ugovor relevantan je za obje ugovorne strane.

2.2. Pojam pisanog oblika i posljedice nepoštovanja pravila o obliku

2.2.1. Pojam i povijesni razvoj

Pisani oblik ugovora i drugih pravnih poslova (sastavljanje isprave) najčešći je oblik koji se propisuje kao pretpostavka valjanosti ugovora i drugih pravnih poslova.²² Pojavljuje se kao tzv. jednostavni pisani oblik, koji se u velikom broju pravnih poredaka svodi na potpisivanje pisane isprave, te kvalificirani pisani oblik koji u sklapanje ugovora uključuje dodatne formalnosti i sudjelovanje sudova, javnih bilježnika i sl.²³ Kvalificirani pisani oblik znači sklapanje ugovora u obliku sudskih zapisnika, javnobilježničkih akata, solemniziranih privatnih isprava ili pisanih isprava na kojima je ovjeren potpis.

Oblik ugovora i drugih pravnih poslova u pravnoj povijesti pojavio se kao najstarija pretpostavka valjanosti pravnih poslova te je bio povezan s pravilima religijskog karaktera.²⁴ Stoga je i razumljivo da se pod oblikom pravnih poslova izvorno nije podrazumijevao pisani oblik, već umjesto toga korištenje točno određenih formulacija rečenica i riječi koje su vjerovnik i dužnik izgovarali prilikom preuzimanja obveze (npr. kod stipulacije rimskog prava), polaga-

¹⁹ Čl. 3. t. 32. Zakon o javnoj nabavi, Narodne novine 120/16.

²⁰ Čl. 3. st. 3. – 5. Zakona o koncesijama, Narodne novine 69/17, 107/20.

²¹ Čl. 4. st. 1. Zakona o javno-privatnom partnerstvu, Narodne novine 78/12, 152/14, 114/18.

²² Tradicionalno, još iz vremena rimskog prava, i realni ugovori smatraju se vrstom formalnih ugovora. U pojedinim pravnim porecima i danas ih se kvalificira na isti način (Kletečka, A.; Koziol, H.; Welsler, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, 14. Auflage, Manz, Wien, 2014., str. 205., Terré, F.; Simler, Ph.; Lequette, Y.; Chénéde, F, *Droit Civil, Les obligations*, 12 édition, Dalloz, Paris, 2018., str. 233. – 234).

²³ Honsell, H.; Vogt, N. P.; Wiegand, W., *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529*, 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München, 2003., str. 118. – 119; Kletečka, Koziol, Welsler, *op. cit.* u bilj. 22, str. 206. – 207.

²⁴ Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1992., str. 83.; Kaser, M.; Knutel, R., *Römisches Privatrecht*, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2003., str. 54.

nje prisege, rituala simboličkog karaktera i sl.²⁵

Kada su se u rimskom pravu ispunile formalne pretpostavke, nastajali su pravni učinci pravnog posla, bez obzira na sve druge nedostatke, pa je u početku oblik bio jedina pretpostavka valjanosti pravnog posla.²⁶ Ako je volja bila očitovana u pravilnom obliku, uopće nisu bile važne druge činjenice, kao što su to npr. sposobnost subjekata²⁷ ili postojanje mana volje. S vremenom su priznate i druge pretpostavke valjanosti pravnih poslova, ali se oblik, doduše u drugom značenju i s drugom funkcijom, zadržao do danas. Naime, danas se oblik ugovora i drugih pravnih poslova u velikoj mjeri shvaća kao sredstvo za postizanje određenih ciljeva pravno-praktične naravi,²⁸ a još u vrijeme rimskog prava izgubio je religijsku dimenziju. Osim toga u suvremenom pravu u velikom broju slučajeva ugovori i drugi pravni poslovi ne moraju biti sklopljeni u posebnim obliku da bi bili valjani (načelo neformalnosti).²⁹

Suvremeni pravni poredci sankcioniraju nepoštovanje pravila o obliku, ako je oblik ugovora i drugih pravnih poslova uopće relevantan u konkretnom slučaju, u skladu s tradicijom rimskog prava – ništetnošću, dakle težim oblikom nevaljanosti pravnih poslova.³⁰ Kada se uzme u obzir da su pravila o obveznom obliku pravnih poslova odstupanje od načela neformalnosti te da forma nema ono značenje kakvo je imala u rimskom pravu, postavlja se pitanje zašto se u pravilu zakonodavci odlučuju za ništetnost kao posljedicu nepridržavanja oblika, a ne npr. za poboynost. U rimskom pravu ništetnost je bila logična posljedica s obzirom na to da je nevaljanost zbog povrede pravila o obliku bila jedina moguća posljedica, jer je poboynost razvijena tek kasnije pod utjecajem pretorskog prava.³¹ Doduše, suvremeni pravni poredci ublažavaju ništetnost kao posljedicu kod formalnih pravnih poslova, jer propisuju pretpostavke za

²⁵ Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 24, str. 83.; Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 13, str. 131.

²⁶ Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 24, str. 84.

²⁷ Pri tome se misli na poslovnu sposobnost. Pravna sposobnost u današnjem smislu riječi pripadala je isključivo ocu obitelji (*pater familias*). Zbog praktičnih potreba podređeni članovi obitelji koji su vodili poslove za oca obitelji preuzimali su i obveze u njegovo ime. U kasnijem razvoju rimskog prava iz takvih odnosa nastale su preteče današnjeg instituta posloводства bez naloga (u nazivu gospodar posla još se uvijek može prepoznati oca obitelji), a postupno se priznavala sposobnost i ostalim članovima obitelji. Opširnije v. Kaser, Knütel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 309.

²⁸ V. *infra* poglavlje 3. Funkcije pisanog oblika pravnih poslova.

²⁹ Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 13, str. 131.

³⁰ Čl. 290. ZOO-a; Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 13, str. 150.; § 125. njemačkog Građanskog zakonika (dalje u tekstu BGB); Kletečka, Koziol, Welser, *op. cit.* u bilj. 22, str. 208, Honsell, Vogt, Wiegand, *op. cit.* u bilj. 23, str. 121. – 122.; Terré, Simler, Lequette, Chénéde, *op. cit.* u bilj. 22, str. 234.

³¹ Zimmermann, *op. cit.* u bilj. 24, str. 680. – 681.

konvalidaciju pravnih poslova koji nisu sklopljeni u određenom obliku.³² Inače ništetni pravni poslovi u pravilu ne konvalidiraju.³³

S druge strane *common law* pravni poredci ne predviđaju uniformnu posljedicu za slučaj nepoštovanja određenog oblika ugovora. Sankcije sežu od nevaljanosti, neutuživosti obveze, neutuživosti obveze samo za jednu ugovornu stranu, gubitka samo nekih učinaka ugovora bez utjecaja na valjanost i utuživost.³⁴

Shvaćanje prema kojem oblik ugovora znači korištenje točno određenih riječi od strane osoba koje sklapaju ugovor može biti relevantno i u današnjim okolnostima, kada se za sklapanje ugovora koriste računala i računalne mreže. Naime, suugovaratelji mogu ugovoriti (a to bi moglo biti i propisano) da će za njihovu daljnju poslovnu komunikaciju biti relevantna isključivo ona očitovanja volje koja su poduzeta u točno određenom tehničkom formatu, opremljena elektroničkim potpisima koji su kreirani pomoću točno određenih digitalnih certifikata, ili npr. da je relevantna samo ona poslovna komunikacija koja je upućena kroz točno određene elektroničke sustave (ili u jednostavnijoj varijanti na točno određenu adresu elektroničke pošte). Ako bi ta naknadna očitovanja volje bila po svojoj naravi pravni poslovi (npr. pojedini ugovori u okviru trajnog poslovnog odnosa), tada bi sporazum o korištenju točno određenih tehnologija za njihovo sklapanje u biti bio ugovor o obliku naknadnih ugovora. Rimsko pravo u tom je smislu korisno za razumijevanje oblika, jer se u suvremenom privatnom pravu vrste oblika pravnih poslova shvaćaju u smislu podjele na usmene i pisane pravne poslove³⁵ te dugo vremena nije bilo ni potrebe da se korištenje određenih formulacija, tehničkih formata i sl. dovodi u vezu i analizira s aspekta oblika pravnih poslova.³⁶

³² Čl. 294. ZOO-a.

³³ Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 13, str. 178.; čl. 326. st. 1. ZOO-a.

³⁴ Beale, H. G. (gen. ed.), *Chitty on Contracts, Volume I, General Principles*, Thirty-first Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2012., str. 447.

³⁵ U vrijeme kada su rimskim pravom vladale stroge forme u smislu točno određenih formulacija očitovanja volje i ritualnog sklapanja ugovora, usmene i obične pisane izjave smatralo se neformalnim pravnim poslovima (Kaser, Knütel, *op. cit.* u bilj. 24, str. 55.).

³⁶ Doduše formalnosti u smislu određenih fraza žive u svakodnevnoj pravnoj praksi, kao što su to npr. formulacije tužbenih zahtjeva, ugovornih klauzula (npr. prilikom upisa promjene vlasništva u zemljišnim knjigama), izreka sudskih odluka, tako da s te strane rimskopravno shvaćanje formalnosti nikada nije sasvim nestalo.

2.2.2. „Elektronički oblik“ ugovora i pravila o pisanom obliku

Standardno shvaćanje pisanog oblika ugovora i drugih pravnih poslova u brojnim pravnim poredcima podrazumijeva vlastoručno potpisivanje isprave ugovornih strana, odnosno u slučaju jednostranih pravnih poslova (npr. ponude) one osobe koja je očitovala svoju volju.³⁷ Kada su se pojavile tehničke mogućnosti komunikacije na daljinu putem brzopisa, postavilo se pitanje može li se izjava volje učinjena putem brzopisa smatrati pisanim oblikom. Isto se pitanje postavilo i kada se za poslovne svrhe počelo koristiti telefaksom te nešto kasnije elektroničkom poštom, odnosno kada su se za sklapanje ugovora počela koristiti druga tehnička pomoćna sredstva (npr. faksimili).³⁸

Da bi se riješila problematika korištenja suvremenih telekomunikacijskih i informacijskih tehnologija u svrhu sklapanja ugovora (pa i mnogo šire od toga u smislu izjavljivanja volje općenito), u velikom broju pravnih poredaka doneseni su propisi koji su uređivali izjednačavanje izjava volje učinjenih elektroničkim putem s pisanim izjavama volje. Pri tome u poredbenom pravu u pravilu nije izrijekom priznat neki novi oblik ugovora. Kada se volja očituje putem računala i računalnih mreža, tada u pravilu nije riječ o jednom obliku očitovanja volje, jer suvremene informacijske tehnologije omogućuju da se volja očituje u različitim oblicima. Po tome se suvremene informacijske tehnologije razlikuju od starijih telekomunikacijskih tehnologija koje nisu bile toliko fleksibilne. Tako su se npr. telefon ili brzopis mogli koristiti samo na jedan način, doduše s vremenom je razvoj tehnologije otvarao dodatne mogućnosti, pa su se telefonske linije koristile i za slanje pisanih priopćenja pomoću telefaksa, ali niti jedna od starijih tehnologija nije bila toliko fleksibilna kao računala i računalne mreže.

Fleksibilnost suvremenih telekomunikacijskih i informacijskih tehnologija zahtijevala je mnogo složenije zakonsko uređenje nego što je to bilo nekada. Kada se u pojedinim pravnim poredcima započelo s uređivanjem nekih pitanja glede sklapanja ugovora elektroničkim putem, zakonodavci su se susretali s

³⁷ Uvodno je istaknuto da potpisivanje nije uvijek pretpostavka za sastavljanje isprave. Međutim, u privatnom pravu Švicarske, Njemačke i Austrije za sklapanje ugovora u pisanom obliku zahtijeva se vlastoručno potpisivanje (čl. 14. st. 1. švicarskog Obveznog prava /*Obligationenrecht*, OR/, Köhler, H., *BGB Allgemeiner Teil*, 24. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998., str. 255.; Kletečka, Koziol, Welser, *op. cit.* u bilj. 22, str. 206.).

³⁸ V. npr. čl. 14. st. 2. OR-a prema kojem se mehanički otisak vlastoručnog potpisa može koristiti kao zamjena za vlastoručni potpis samo kada je to uobičajeno u pravnom prometu, posebno pri potpisivanju vrijednosnih papira koji se izdaju u velikom broju. Sličnu odredbu sadržava i austrijski Opći građanski zakonik (treća rečenica § 886. ABGB-a).

određenim dvojbama, jer problemi koji su se u prošlosti javljali kad je trebalo urediti neke ugovornopravne aspekte korištenja tzv. primitivnim tehnologijama komunikacije na daljinu nisu bili ni približno tako složeni.^{39, 40} Tako se npr. odredba koja se odnosi na oblik ugovora sklopljenog putem brzjava u švicarskom OR-u, prvom propisu germanskog kruga koji je taj slučaj izričito uredio, sastojao od samo jednog stavka (st. 2. čl. 13. OR-a).^{41, 42}

Prilagodba suvremenim informacijskim tehnologijama iziskivala je donošenje posebnih propisa o elektroničkom potpisivanju, koji između ostalog uređuju vrste elektroničkih potpisa, djelatnost izdavatelja elektroničkih certifikata koji su nezaobilazni kod složenijih vrsta elektroničkih potpisa, njihove odgovornosti za štetu te pravnih učinaka elektroničkog potpisivanja. Nakon toga je opće propise ugovornog prava bilo moguće modificirati samo u manjoj mjeri, na način da se propiše da je s vlastoručnim potpisom izjednačen elektronički potpis određene vrste i uputiti na poseban propis o elektroničkim potpisima.⁴³

2.2.3. Elektronički oblik očitovanja volje u njemačkom pravu

Jedan od rijetkih pravnih poredaka u kojima je izričito priznat elektronički oblik kao poseban oblik očitovanja volje jest njemačko pravo. U tom pravnom poretku za ispunjavanje zakonskih pretpostavka elektroničkog oblika zahtijeva se potpisivanje teksta izjave volje kvalificiranim elektroničkim potpisom.⁴⁴

³⁹ Tako Aschauer, C., *Basic Features of Austrian Legislation in the Field of E-Commerce*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 8, 2001., str. 31.

⁴⁰ U prošlosti su se nove mogućnosti komunikacije na daljinu javljale postupno, a kako je tempo poslovanja bio bitno sporiji nego danas, pravna teorija i praksa imale su na raspolaganju znatno više vremena za rješavanje problema koji bi nastajali korištenjem novim tehnologijama komunikacije na daljinu. Danas to više nije tako. Nove tehnologije nastaju u vrlo kratkom vremenskom razmaku, a poslovna praksa iz objektivnih razloga nema nimalo strpljenja, već zahtijeva brze i definitivne odgovore u pogledu pravnih posljedica korištenja tim tehnologijama.

⁴¹ V. o tome Guhl, T.; Merz, H.; Kummer, M., *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972., str. 122.

⁴² Danas ta odredba više nije na snazi, stavljena je izvan snage prilikom reforme švicarskog obveznog prava radi prilagodbe suvremenim informacijskim tehnologijama (BG vom 19. Dez. 2003 über die elektronische Signatur, mit Wirkung seit 1. Jan. 2005 (AS 2004 5085; BBl 2001 5679).

⁴³ V. npr. čl. 14. st. 2bis OR-a; čl. 293. st. 3. ZOO-a; slično je i u austrijskom pravu - Kletečka, Koziol, Welser, *op. cit.* u bilj. 22, str. 206.

⁴⁴ § 126a st. 1. BGB (*Elektronische Form*) glasi:
Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden,

Pored toga, u njemačkom pravu definirano je i elektroničko očitovanje volje bez elektroničkog potpisivanja, koje se također sastoji od pisanog teksta. Da bi zahtjev tog oblika bio ispunjen, u očitovanju volje mora biti imenovana osoba koja daje očitovanje, a očitovanje volje mora biti fiksirano na trajnom mediju.⁴⁵ Pravno uređenje elektroničkog oblika u njemačkom BGB-u predstavljalo je implementaciju Direktive o elektroničkim potpisima⁴⁶ u njemačko pravo,⁴⁷ a nije stavljeno izvan snage nakon stupanja na snagu eIDAS uredbe,⁴⁸ koja je zamijenila Direktivu o elektroničkim potpisima. To nije bilo niti potrebno s formalne strane uzimajući u obzir da eIDAS uredba neposredno ne utječe na pravno uređenje ugovornog prava država članica,⁴⁹ a ni sa sadržajne jer eIDAS uredba u bitnome nije odstupila od pravnog uređenja Direktive o elektroničkim potpisima, jedino je mnogo detaljnije uredila pojedina pitanja na području elektroničkog potpisivanja i k tome dodatno uredila druge elektroničke identitete.

U njemačkoj literaturi ističe se da kada se sklapa ugovor u elektroničkom obliku, svaka ugovorna strana potpisuje istovjetnu ispravu svojim elektroničkim potpisom, što je jednim dijelom uređeno § 126a st. 2. BGB-a, a drugim se dijelom izvodi tumačenjem navedene odredbe.^{50,51} Njemačko građansko pravo

so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.

⁴⁵ § 126b BGB (Textform) glasi:

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das

1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und

2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

⁴⁶ Direktiva 1999/93/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. prosinca 1999. o okviru Zajednice za elektroničke potpise, OJ L 13, 19.1.2000, str. 12.–20.

⁴⁷ Einsele, D., u: Schubert, C. (Red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018, § 126, Rn. 10 (online izdanje, citira se § i rubni broj teksta), *op. cit.*, § 126a BGB-a, rubni broj 1.

⁴⁸ Uredba (EU) br. 910/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 2014. o elektroničkoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektroničke transakcije na unutarnjem tržištu i stavljanju izvan snage Direktive 1999/93/EZ, OJ L 257, 28.8.2014., str. 73.–114.

⁴⁹ Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126a BGB-a, rubni broj 2.

⁵⁰ Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126a BGB-a, rubni broj 26.

⁵¹ § 126a st. 2. glasi:

Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

ne smatra dostatnim da ponuditelj ponudu potpiše svojim elektroničkim potpisom, a strana koja prihvaća ponudu izjavu o prijehu svojim elektroničkim potpisom.⁵² Isto tako bitno je da je svaka ugovorna strana potpisala istovjetnu ispravu namijenjenu drugoj strani, pri čemu elektroničkim potpisom mora biti obuhvaćen čitav tekst ugovora.⁵³

Iako se, kada je riječ o elektroničkom obliku očitovanja volje, njemačko pravo nomotehnički znatno razlikuje od drugih germanskih pravnih poredaka, ono u biti predviđa isto rješenje za priznavanje pravnih učinaka pisanog oblika očitovanjima volje koja su učinjena elektroničkim putem. Naime, i ono zahtijeva uporabu elektroničkih potpisa određene vrste, kao što je to u švicarskom i austrijskom pravu, pa po tom ključnom elementu nema razlike između njemačkog, švicarskog i austrijskog prava. Njemačko pravo spretnije je za primjenu, jer se pretpostavke za priznavanje pravnih učinaka pisanih očitovanja volje u situacijama kada je volja očitovana elektroničkim putem nalaze u općem propisu građanskog prava, ali ni ono nije moglo izbjeći stvaranje posebnog propisa o elektroničkim potpisima.

2.2.4. Funkcionalizam pisanog oblika i ZOO

Kada je riječ o hrvatskom pravu (a i drugim pravnim poredcima koji su nastali iz bivše SFRJ), još je stari ZOO predviđao zanimljivu alternativu za klasičan pisani oblik. U tom smislu bila je ključna odredba čl. 72. starog ZOO-a,⁵⁴ i to preciznije st. 4., koja je otvarala mogućnost korištenja tehnologija i u onim slučajevima kada je za neki pravni posao propisan pisani oblik.⁵⁵ Za pisani oblik bilo je dovoljno da se ugovorne strane koriste sredstvom pomoću kojeg se sa

⁵² Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126a BGB-a, rubni broj 26.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Sastavljanje isprave*
Član 72.

(1) Kad je za sklapanje ugovora potrebno sastaviti ispravu, ugovor je sklopljen kad ispravu potpišu sve osobe koje se njim obvezuju.

(2) Ugovaratelj koji ne zna pisati stavit će na ispravu rukoznak ovjeren od dva svjedoka ili od suda odnosno drugog organa.

(3) Za sklapanje dvostranog ugovora dovoljno je da obje strane potpišu jednu ispravu ili da svaka od strana potpiše primjerak isprave namijenjen drugoj strani.

(4) Zahtjev pismene forme ispunjen je ako strane izmijenjaju pisma ili se sporazumiju teleprinterom ili nekim drugim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davalac izjave.

⁵⁵ Matić, T., *Prijedlog dopuna Zakona o obveznim odnosima te obrisa programa daljnje regulacije*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 1, 2001., str. 127.

sigurnošću mogu utvrditi sadržaj i davatelj izjave. U biti je riječ o funkcionalnom pristupu, koji značajno potiskuje klasičnu formalnost pri sklapanju ugovora – vlastoručno potpisivanje. U primjeni odredbe čl. 72. st. 4. starog ZOO-a pisani oblik proširen je na slučajeve bezgotovinskog plaćanja, u situaciji kada ugovor nije bio sklopljen u pisanom obliku, a morao je biti. Naime, ako je na pisanu ponudu druga strana „odgovorila“ plaćanjem iznosa koji je odgovarao ponudi, a iz naloga za uplatu moglo se utvrditi da se uplata odnosi na ponudu, tada su bile ispunjene pretpostavke iz odredbe čl. 72. starog ZOO-a.⁵⁶ Danas je to odredba čl. 292. ZOO-a, koja je pretrpjela samo manje izmjene.⁵⁷ Jedna promjena odnosi se na zahtjev da ispravu potpišu sve ugovorne strane, a ne kao što je bilo prije – samo strana koja se obvezuje. Ta promjena nema veze s tehnološkim razvojem, već se jedino htjelo jasno propisati da za sklapanje pisanog ugovora u načelu nije dovoljno da ugovor potpiše samo budući dužnik, već sve ugovorne strane.⁵⁸ Druga izmjena izričito određuje javnog bilježnika kao osobu koja ovjerava rukoznak. Treća izmjena odnosi se na odredbu st. 4. čl. 292. ZOO-a, ali izmjene te odredbe nisu posebno značajne – to su jezične izmjene, a u odnosu na stari ZOO izbrisan je teleprinter kao tehnologija koja se više ne koristi. U preostalom dijelu zakonsko rješenje novog ZOO-a prati stari Zakon.

Prema tome, ZOO omogućuje valjano sklapanje ugovora u pisanom obliku bez uporabe vlastoručnog potpisa, neovisno o tome sklapa li se ugovor elektroničkim putem ili na neki drugi način. Kada je riječ o elektroničkom sklapanju ugovora, često će se koristiti elektronički potpisi, ali ZOO ne zahtijeva njihovu uporabu. Prema ZOO-u zahtjev pisanog oblika moguće je ispuniti bez ikakvog potpisivanja, vlastoručnog ili elektroničkog. U tom slučaju potrebno je ispuniti pretpostavke iz odredbe st. 4. čl. 292. ZOO-a. Kada se ugovor sklapa elektroničkim putem, to bi se moglo postići već i samim korištenjem određene adrese

⁵⁶ VSH, Rev 1866/85 od 7. siječnja 1986. – odluka objavljena u Pregledu sudske prakse, Prilog Naše zakonitosti 31/1986.; Rev 1227/1993-2 od 18. listopada 1994. (www.vsrh.hr).

⁵⁷ *Sastavljanje isprave*
Članak 292.

(1) Kad je za sklapanje ugovora potrebno sastaviti ispravu, ugovor je sklopljen kad ispravu potpišu ugovorne strane.

(2) Ugovaratelj koji ne zna ili ne može pisati stavit će na ispravu rukoznak ovjeren od javnog bilježnika.

(3) Za sklapanje ugovora dovoljno je da obje strane potpišu istu ispravu ili da svaka od strana potpiše primjerak isprave namijenjen drugoj strani.

(4) Zahtjev pisanog oblika ispunjen je ako strane razmijene pisma ili se sporazume pomoću drugog sredstva koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i identitet davatelja izjave.

⁵⁸ Pri tome je npr. zadržano posebno pravilo o obliku ugovora o jamstvu, kojim je određeno da je dovoljno da izjavu o jamstvu potpiše jamac (čl. 105. ZOO-a).

elektroničke pošte, međutim samo ako su njezinim korištenjem ispunjene pretpostavke iz čl. 292. st. 4. ZOO-a. Naime, adresu elektroničke pošte moguće je otvoriti i bez ikakve provjere identiteta, pa stoga elektroničko očitovanje volje koje nije elektronički potpisano, a dolazi s određene adrese koja sadržava samo ime i prezime ili naziv određenog pravnog subjekta, u pravilu neće biti dovoljno. S druge strane, ako se ugovorne strane koriste istim adresama elektroničke pošte u svojem poslovanju, a posebno u prijašnjim ugovornim odnosima, tada bi zahtjev u vezi sa sigurnosti utvrđivanja davatelja izjave mogao biti ispunjen čak i kada se koriste adresama koje su otvorili bez provjere identiteta. To, međutim, neće biti slučaj ako je riječ o prvim poslovnim kontaktima. U svakom slučaju treba voditi računa i o tome da je kod pojedinih ugovora bitno da i treće osobe mogu procijeniti može li se sa sigurnošću utvrditi sadržaj i davatelj izjave, kao npr. kada se ugovor ili njegovi pravni učinci upisuju u javne registre (npr. zemljišne knjige ili sudski registar). U takvom bi se slučaju za sklapanje ugovora elektroničkim putem vrlo vjerojatno zahtijevalo više od funkcionalnih pretpostavaka iz čl. 292. st. 4. ZOO-a.

U praksi se odredba čl. 292. st. 4. ZOO-a, odnosno odredba čl. 72. st. 4. starog ZOO-a rijetko primjenjivala, pa se može zaključiti da njezin potencijal nije prepoznat, iako se o mogućnosti funkcionalnog tumačenja pisalo u našoj literaturi još prije dvadesetak godina.⁵⁹

Ako je očitovanje volje potpisano elektroničkim potpisom, tada je za prosuđivanje jesu li ispunjene pretpostavke pisanog oblika relevantne odredbe eIDAS uredbe,⁶⁰ pravnog izvora koji je na razini EU-a izjednačio kvalificirani elektronički potpis s vlastoručnim potpisom.⁶¹ Ako su te pretpostavke ispunjene, tada je zahtjev pisanog oblika ispunjen temeljem odredbe eIDAS uredbe i odredbe

⁵⁹ Matić, *op. cit.* u bilj. 55, str. 127.

⁶⁰ Uredba (EU) br. 910/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 23. srpnja 2014. o elektroničkoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektroničke transakcije na unutarnjem tržištu i stavljanju izvan snage Direktive 1999/93/EZ, OJ L 257, 28.8.2014., str. 73.–114.

⁶¹ Čl. 25. st. 2. eIDAS uredbe glasi: *Kvalificirani elektronički potpis ima jednak pravni učinak kao vlastoručni potpis.*

Zahtjevi za napredni elektronički potpis propisani su odredbom čl. 26. eIDAS uredbe: a) na nedvojben način povezan je s potpisnikom; b) omogućava identificiranje potpisnika; c) izrađen je korištenjem podacima za izradu elektroničkog potpisa koje potpisnik može, uz visoku razinu pouzdanja, koristiti pod svojom isključivom kontrolom; i d) povezan je s njime potpisanim podacima tako da se može otkriti bilo koja naknadna izmjena podataka.

Pri tome se kvalificirani elektronički potpis koji se temelji na kvalificiranom elektroničkom certifikatu izdanom u jednoj državi članici priznaje se kao kvalificirani elektronički potpis u svim ostalim državama članicama (čl. 25. st. 3. eIDAS uredbe).

st. 1. čl. 292. ZOO-a. Pri tome treba spomenuti da su pravila eIDAS uredbe relevantna i za ugovorno pravo država članica, iako na prvi pogled to sama eIDAS uredba isključuje. Naime, prema t. 21. uvodnog dijela Uredbe: „Ova Uredba ne bi trebala obuhvaćati ni aspekte koji se odnose na sklapanje i valjanost ugovorâ ili drugih pravnih obveza ako postoje zahtjevi vezani uz oblik utvrđeni nacionalnim pravom ili pravom Unije. Osim toga, ona ne bi trebala utjecati na nacionalne zahtjeve vezane uz oblik koji vrijede za javne registre, a posebno trgovačke registre i zemljišne knjige.“⁶² Bez obzira na to, Uredba se ipak tiče ugovornog prava, i to upravo sklapanja i valjanosti ugovora, jer kada izjednačava vlastoručne i elektroničke potpise, posredno se odnosi i na oblik ugovora i drugih pravnih poslova.

Kada je riječ o valjanosti ugovora sklopljenih elektroničkim putem, na razini prava EU-a relevantan je još jedan pravni izvor – Direktiva o elektroničkoj trgovini.⁶³ Prema odredbi čl. 9. st. 1. Direktive o elektroničkoj trgovini, „države članice moraju osigurati da njihov pravni sustav dozvoljava sklapanje ugovora elektroničkim putem. Države članice moraju posebno osigurati da pravni zahtjevi koji se primjenjuju na ugovorni proces ne stvaraju prepreke korištenju elektroničkih ugovora i da ne rezultiraju time da takvi ugovori budu bez pravnog učinka i pravovaljanosti zbog toga što su sklopljeni elektroničkim putem.“ Iznimno Direktiva predviđa četiri skupine ugovora u kojima države članice ne moraju dopustiti sklapanje ugovora elektroničkim putem: „(a) ugovori kojima se stvaraju ili prenose prava na nekretnine, osim prava vezanih za najam; (b) ugovori za koje zakon zahtijeva sudjelovanje sudova, tijela javne vlasti ili struka koja obavljaju javne ovlasti; (c) ugovori o jamstvu i ugovori o vrijednosnim papirima koji se koriste kao kolateral danim od strane osoba koje djeluju izvan okvira svog zanimanja, posla ili struke; (d) ugovori koji su uređeni obiteljskim pravom ili nasljednim pravom.“⁶⁴ Direktiva o elektroničkoj trgovini preuzeta je u hrvatsko zakonodavstvo Zakonom o elektroničkoj trgovini.⁶⁵ Pri tome treba naglasiti da iz pravila Direktive i Zakona o elektroničkoj trgovini o „isključenim“ skupinama ugovora ne treba olako zaključiti da ih u hrvatskom pravnom sustavu nije moguće sklopiti elektroničkim putem. Naime, kada je riječ o ne-

⁶² Rečenice 4. i 5. točke 21. uvodnog dijela eIDAS uredbe.

⁶³ Direktiva 2000/31/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 8. lipnja 2000. o određenim pravnim aspektima usluga informacijskog društva na unutarnjem tržištu, posebno elektroničke trgovine (Direktiva o elektroničkoj trgovini), OJ L 178, 17.7.2000., p. 1–16, Special edition in Croatian: Chapter 13 Volume 039 pp. 58–73.

⁶⁴ Čl. 9. st. 2. Direktive o elektroničkoj trgovini.

⁶⁵ Zakon o elektroničkoj trgovini, Narodne novine 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14, 32/19.

kretninama, ta mogućnost otvorena je već 2013. godine.⁶⁶ Aktualni Zakon o zemljišnim knjigama također prihvaća mogućnost upisa u zemljišnu knjigu na temelju elektroničkih isprava.⁶⁷

U hrvatskom pravu potencijalni problem s izjednačavanjem elektroničkih očitovanja volje i pisanih ugovora postoji zbog postojanja još jednog pravnog izvora. Riječ je o Zakonu o elektroničkoj ispravi, koji je jedinstven primjer u poredbenom pravu, jer takvi propisi ne postoje u stranim zakonodavstvima niti za njima postoji potreba. Naime, jednom kada se uredi materija elektroničkih potpisa, tada je u biti uređena i materija elektroničkih isprava. U našem pravu, barem kada je riječ o privatnopravnim odnosima, isprave su uređene i ZO-O-om, i to ne samo klasične pisane isprave, već i isprave koje postoje u obliku elektroničkog zapisa, jer ZOO nikada nije ograničio pojam isprave isključivo na klasične na papiru napisane i vlastoručno potpisane dokumente. Poseban problem u vezi sa Zakonom o elektroničkoj ispravi postoji i stoga što taj propis propisuje pretpostavke za valjanost elektroničkih isprava na način koji je suprotan eIDAS uredbi, pa u tom segmentu hrvatsko pravo nije usklađeno s pravom EU-a.⁶⁸

3. FUNKCIJE PISANOG OBLIKA PRAVNIH POSLOVA

Propisivanje ili ugovaranje pisanog, a i bilo kojeg drugog oblika, u kojem pravni subjekti moraju sklopiti ugovor ili drugi pravni posao, ne bi smjelo biti samo sebi svrha. Pisani oblik pravnih poslova služi postizanju određenih ciljeva. Pojam ciljeva oblika pravnih poslova nije važan isključivo za zakonodavca kada propisuje pisani oblik, jer se spominje i u nekoliko odredba ZOO-a, pa je relevantan i za primjenu prava od strane njegovih adresata. Naime, u okviru pravila koja uređuje iznimke od načela neformalnosti,⁶⁹ određeno je da su valjane kasnije usmene dopune o sporednim točkama o kojima u formalnom ugovoru nije ništa određeno ako to nije protivno cilju radi kojeg je oblik propisan.⁷⁰

⁶⁶ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine 55/13.

⁶⁷ Čl. 49. st. 4. Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine 63/19.

⁶⁸ Zakon o elektroničkoj ispravi sadržava čitav niz odredaba koje propisuju tehničke zahtjeve za priznavanje valjanosti elektroničkih isprava, koji ne postoje u eIDAS uredbi (usp. čl. 6.-11. Zakona o elektroničkom potpisu).

⁶⁹ Čl. 286. ZOO-a (Neobvezatnost oblika).

⁷⁰ Čl. 286. st. 3. ZOO-a glasi: *Ali su pravovaljane kasnije usmene dopune o sporednim točkama o kojima u ugovoru nije ništa rečeno ako to nije protivno cilju radi kojega je oblik propisan.*

Ciljevi oblika ugovora spominju se i u odredbama o sporazumnom raskidu ugovora. Ugovori propisanog oblika mogu se raskinuti sporazumom u bilo kojem obliku, osim ako za određeni slučaj zakonom nije predviđeno drukčije ili ako cilj radi kojeg je oblik propisan zahtijeva da se ugovor raskine u istom obliku.⁷¹ Ciljevi pisanog oblika važni su i za osobe koje očituju volju, jer one mogu i za slučajeve za koje nije propisan pisani oblik ugovoriti da je poseban oblik pretpostavka valjanosti njihova pravnog posla. Isto tako ciljevi pisanog oblika važni su i za slučaj kada se oblik ne ugovora kao pretpostavka valjanosti pravnog posla, već osoba koja očituje volju (ili sve strane nekog pravnog posla) odabire određeni oblik pravnog posla radi veće sigurnosti ili nekog drugog razloga.⁷²

Kada je riječ o ciljevima pisanog oblika ugovora, u našoj literaturi oblik ugovora spominje se u kontekstu valjanosti (oblik *ad solemnitatem*), dokazivanja (oblik *ad probationem*) i utuživosti ugovornih obveza te upisa u javne registre.⁷³ No, kada je riječ o ciljevima pisanog oblika pravnih poslova, u poredbenom pravu postoje još razrađeniji prikazi funkcija pisanog oblika. Potpisivanje pisanog očitovanja volje služi potvrđivanju činjenice da je završen akt očitovanja volje, što – kada je riječ o višestranim pravnim poslovima – ujedno znači da je ugovor sklopljen (*Abschlussfunktion, Vollendungsfunktion*).⁷⁴ Osoba će svoje očitovanje volje potpisati nakon što je očitovala što je htjela, pa se u tom trenutku više ne radi o skici ili nacrtu očitovanja volje.⁷⁵ Tako dugo dok pregovaraju, ugovorne strane razmjenjivat će nepotpisane nacрте budućeg ugovora. Naravno, osobe koje sudjeluju u pregovorima mogu potpisivati i nacрте budućeg ugovora da bi se zaista znalo tko je sastavio nacrt pravnog posla, no u tom slučaju moraju na drugi način osigurati da se njihova očitovanja volje ne shvate na pogrešan način tako što će npr. izričito navesti da je riječ tek o nacrtu ugovora.

Osim toga, potpis upućuje na identitet osobe koja je očitovala volju (*Identitätsfunktion, Zuordnungsfunktion*).⁷⁶ Stoga se potpis u pravilu mora sastojati od imena i prezimena, a u zaglavlje ugovora navode se i drugi podaci koji upućuju

⁷¹ Čl. 288. ZOO-a.

⁷² V. odredbu čl. 289. st. 3. ZOO-a koja glasi: *Ako su ugovorne strane predvidjele određeni oblik samo da osiguraju dokaz svoga ugovora ili da postignu što drugo, ugovor je sklopljen kad je postignuta suglasnost o njegovu sadržaju, a za ugovaratelje je u isto vrijeme nastala obveza da ugovoru dadu predviđeni oblik.*

⁷³ Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 13, str. 135. – 136.

⁷⁴ Köhler, *op. cit.* u bilj. 37, str. 255.; Schauer, B., *E-commerce in der Europäischen Union*, Manz, Wien, 1999., str. 108.; Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126, Rn. 10.

⁷⁵ Köhler, *op. cit.* u bilj. 37, str. 255.

⁷⁶ Köhler, *op. cit.* u bilj. 37, str. 255.; Schauer, *op. cit.* u bilj. 74, str. 108.

na identitet ugovornih strana (npr. adresa i OIB i/ili drugi identifikacijski broj⁷⁷). Iz tog razloga nije dostatno potpisivanje skraćenim potpisom (parafom), ali se skraćeni potpis koristi zajedno s „punim“ vlastoručnim potpisom, tako da se parafira svaka stranica ugovora, a puni potpis koristi se na kraju isprave.⁷⁸ Potpis uglavnom mora biti vlastoručan, jer vlastoručno potpisivanje pruža barem određenu zaštitu od falsificiranja isprave i drugih zlouporaba (*Echtheitsfunktion*).⁷⁹ Veće jamstvo predstavlja ovjera potpisa od strane javnog bilježnika.

Tekst izjave volje, u pravilu, može biti napisan bilo kojim jezikom i pismom.⁸⁰ Iznimke su javne isprave, a kada je riječ o ispravama o pravnim poslovima koje se koriste za registraciju prava i činjenica koje proizlaze iz tih isprava, kao npr. isprave o nekretninama, poslovnim udjelima, dionicama, zrakoplovima i brodovima, tada se mogu koristiti i isprave napisane na stranim jezicima, jedino što moraju biti prevedene. Također su irelevantni sredstvo pomoću kojeg je zapis nastao te medij na kojem se pisalo, uz pretpostavku da osiguravaju relativnu trajnost zapisa.⁸¹ Naime, očitovanje volje u pisanom obliku ili, drugim riječima, sastavljanje pisane isprave služi fiksiranju očitovanja volje na način koji osigurava njegovo trajanje u dužem vremenu (*Perpetuierungsfunktion*),⁸² što pravnim subjektima daje određenu sigurnost u pravnom prometu. Pisano očitovanje volje ne mora nužno biti fiksirano na papir, ali je dugo vremena tako bilo uobičajeno, pa se podrazumijevalo. Trajnost zapisa koji sadržava očitovanje volje doprinosi pravnoj sigurnosti, jer unosi izvjesnost i jasnoću u pogledu prava i obveza koji postoje u nekom pravnom odnosu, a u slučaju spora, olakšava dokazivanje pravnorelevantnih činjenica (*Beweisfunktion*).⁸³ Isprave su u određenom smislu

⁷⁷ Ponekada je i propisana uporaba osobnog identifikacijskog broja (v. npr. čl. 49. st. 2. Zakona o zemljišnim knjigama, NN 63/19).

⁷⁸ Lokacija potpisa također je važna, pa se i puni potpis na početku odnosno na marginama isprave ne priznaje (Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126, Rn. 10).

⁷⁹ U nekim se situacijama radi ostvarenja ove funkcije zahtijeva da cijelo očitovanje volje bude napisano vlastitom rukom. Takvi slučajevi nisu tipični za očitovanja volje na području obveznog prava, jer bi previše usporavali pravni promet (Vuković, M., *Opći dio građanskog prava*, Knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 291). Iznimka od pravila prema kojem tekst očitovanja volje ne mora nužno biti napisan vlastitom rukom postoji u nasljednom pravu – vlastoručna oporuka.

⁸⁰ Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126, Rn. 6.

⁸¹ Einsele, *op. cit.* u bilj. 47, § 126, Rn. 6; Schwimann, M. (Hrsg.), str. 168.; Guhl, Merz, Kummer, *op. cit.* u bilj. 41, str. 122.

⁸² V. Referentenentwurf, Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, Bundesministerium der Justiz, str. 30.

⁸³ Wolf, M.; Neuner, J., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck Verlag, München, 2012., str. 509; Kletečka, Koziol, Welser, *op. cit.* u bilj. 22, str. 205, 210.

pouzdanije od ostalih dokaznih sredstava. Osim toga, u sudskom postupcima u kojima je prihvaćeno načelo legalne ocjene dokaza pravnorelevantne činjenice smiju se dokazivati jedino pomoću zakonom određenih dokaznih sredstava, među kojima istaknuto mjesto imaju upravo isprave, i to najčešće kvalificirane pisane isprave (npr. u ovršnom pravu – ovršne i vjerodostojne isprave⁸⁴).

Izrada pisane isprave doprinosi izvjesnosti i jasnoći glede prava i obveza u određenom pravnom odnosu na još jedan način. Iz naravi stvari proizlazi da je vjerojatnije da će se sastavljanjem pisanog teksta umanjiti mogućnost nastanka nejasnoća, nedorečenosti i proturječnosti prilikom očitovanja volje (*Klarstellungsfunktion*).⁸⁵ Doduše, i pisane isprave mogu sadržavati nejasnoće, nedorečenosti i proturječnosti, koje posebno dolaze do izražaja kada se ugovor sastoji od velikog broja isprava (općih uvjeta ugovora, cjenika s klauzulama o načinu računanja promjene cijena, okvirnih sporazuma te ugovora koji su sklopljeni itd.). Pri tome se naravno ne misli da će sastavljanjem pisane isprave eliminirati te opasnosti u potpunosti, nego samo da je vjerojatnost da do njih dođe manja nego u slučaju da se volja očituje u usmenom obliku.

U nekim je slučajevima propisan pisani oblik radi zaštite pravnih subjekata od olakog i nepromišljenog preuzimanja obveze (*Warnfunktion*).⁸⁶ Sama činjenica da je potrebno sastaviti ispravu, ili je barem potpisati, trebala bi imati, u određenom smislu, upozoravajući učinak. To se posebno odnosi na situacije u kojima obveze preuzimaju potrošači kao i druge osobe koje sklapaju pravne poslove izvan svoje poslovne i/ili profesionalne djelatnosti. Naime, te osobe često nisu svjesne da pravni učinci očitovanja volje redovito mogu nastati i bez sastavljanja pisane isprave ili, drugim riječima, bez očitovanja volje u pisanom obliku. To osobito dolazi do izražaja kada ugovorom samo jedna strana preuzima obveze, kao što je to npr. kod ugovora o darovanju, ali i ugovora o jamstvu. U tom smislu posebnu vrijednost ima propisivanje kvalificiranog pisanog oblika (javnobilježnički akt, solemnizirana privatna isprava ili sudski zapisnik), jer je u tom slučaju jedan od stadija sklapanja ugovora objašnjavanje značenja i učinaka ugovornih odredaba od strane suca ili javnog bilježnika. Osim toga, sudac ili javni bilježnik u takvim slučajevima provjeravaju je li osoba koja sklapa ugovor sposobna shvatiti značenje svojih postupaka. Naravno, nije riječ o medicinskom vještačenju sposobnosti, već o provizornoj provjeri sposobnosti,

⁸⁴ Čl. 22. Ovršnog zakona, Narodne novine 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20.

⁸⁵ Heinrichs, H. u: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Verlag C. H. Beck, München, 1999., str. 94.; Wolf, Neuner, *op. cit.* u bilj. 83, str. 509.

⁸⁶ Guhl, Merz, Kummer, *op. cit.* u bilj. 41, str. 122.; Köhler, H., *op. cit.* u bilj. 37, str. 255.

ali i ona ima smisla, jer je teže slučajeve nesposobnosti moguće otkriti već u običnom razgovoru s osobom koja želi sklopiti ugovor.

Nadalje, sastavljanje pisane isprave služi i olakšanju javnopravnog nadzora pravnog prometa (*Kontrollfunktion*).⁸⁷ U našoj se literaturi osim tih funkcija spominje još i preferencijska funkcija pisanog oblika.⁸⁸ Naime, kada zakonodavac uz neke ugovore i druge pravne poslove ne propiše oblik očitovanja volje kao posebnu pretpostavku njihove valjanosti, on tako na neizravan način potiče sklapanje određenog ugovora ili drugog pravnog posla.⁸⁹ S druge strane, ako propiše oblik koji pred pravne subjekte postavlja dodatne zahtjeve u pogledu pretpostavaka valjanosti pravnog posla, tada ih u određenom smislu demotivira od sklapanja nekog ugovora ili drugog pravnog posla.⁹⁰

4. OBLIK UGOVORA KAO AFIRMACIJA NAČELA DISPOZITIVNOSTI

4.1. Pretpostavke valjanosti ugovora i načelo dispozitivnosti

Iako su pravila o obliku ugovora i drugih pravnih poslova izravno povezana sa zakonskim pretpostavkama valjanosti pravnog posla, koje po prirodi stvari predstavljaju ograničenje načela dispozitivnosti, postoje primjeri u kojima pravila o obliku ugovora predstavljaju afirmaciju načela dispozitivnosti. Naime, pravila o obliku ugovora izdvajaju se od ostalih pretpostavaka valjanosti ugovora po tome što i kada oblik ugovora nije propisan zakonom, ugovorne strane mogu se sporazumjeti da oblik ugovora ipak bude pretpostavka valjanosti. Pri tome mogu ugovoriti i različite detalje u vezi s oblikom koji će biti pretpostavka valjanosti njihova ugovora. Inače ugovorne strane ne mogu svojim sporazumom stvarati druge pretpostavke valjanosti pravnih poslova. Mogu doduše učiniti nešto slično, a to je pravne učinke ugovora vezati uz ispunjenje različitih pravnih činjenica (npr. putem uvjeta ili roka), ali u tom slučaju nije riječ o pretpostavkama valjanosti pravnih poslova, već o sastojcima pravnih poslova. Ta je razlika možda izraženija u doktrinarnom nego pravnopraktičnom smislu, ali ona ipak postoji.

Pravila o pretpostavkama valjanosti ugovora prisilne su naravi kada je riječ o pretpostavkama koje ako nisu ispunjene, imaju za posljedicu ništetnost

⁸⁷ Heinrichs, H., *op. cit.* u bilj. 85, str. 94.

⁸⁸ Uzelac, A., *Forma arbitražnog ugovora – kako otjerati avet papirnatih pismenosti*, Pravo u gospodarstvu, br. 2, 2001., str. 138.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

ugovora. Pravila o pretpostavkama koje se odnose na pobjojnost ugovora nisu uvijek prisilnog karaktera. Tako npr. odricanje od prava pobijati ugovor zbog prekomjernog oštećenja unaprijed nema pravni učinak,⁹¹ iz čega proizlazi da ga se njegov nositelj (oštećena ugovorna strana) može odreći nakon što to pravo nastane, jer se tada njegov nositelj više ne odriče prava unaprijed.⁹² Slično tome može se disponirati pravom zahtijevati poništaj pobjojnog ugovora bez obzira na razlog pobjojnosti, što proizlazi iz pravila o noviranju (obnovi) pobjojnih pravnih poslova. Naime, novirati se može i obveza iz pobjojnog ugovora, ako je dužnik znao za pobjojnost.⁹³ Činjenica da je dužnik pristao na noviranje takve obveze tumači se kao odricanje od prava na poništaj pravnog posla.⁹⁴ To bi jedino po prirodi bilo isključeno kod pobjojnosti zbog ograničene poslovne sposobnosti, ako je riječ o krugu poslova za koje je suugovaratelju ograničena poslovna sposobnost.

Ugovaranje oblika kao pretpostavke valjanosti ugovora dolazi do izražaja u poslovima koji su od osobitog značenja za ugovorne strane, pa mogu oblik ugovora učiniti pretpostavkom nastanka i valjanosti ugovora. Na to su izričito ovlaštene na temelju zakona.⁹⁵ Od toga treba razlikovati situaciju u kojoj su ugovorne strane predvidjele određeni oblik, ali samo kao dokaz o sklopljenom ugovoru ili za neku drugu svrhu, a ne za nastanak i valjanost ugovora, pa je tada ugovor sklopljen čim ugovorne strane postignu suglasnost o sadržaju ugovora, a za njih istovremeno nastaje obveza da ugovor uobličie u predviđeni oblik.⁹⁶

⁹¹ Čl. 375. st. 3. ZOO-a.

⁹² U literaturi koja se bavila starim ZOO-om (temeljna odredba novog ZOO-a o prekomjernom oštećenju u sadržajnom smislu ne razlikuje se od starog Zakona) bilo je izneseno shvaćanje prema kojem se oštećena strana ne može odreći prava sve do isteka roka za poništaj (Krulj, V.; Blagojević, B., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I*, Savremena administracija, Beograd, 1983., str. 414., ali to nema smisla, jer nakon proteka roka za poništaj ionako nastupa konvalidacija, pa se oštećena strana nema višeg čega odreći. S druge strane bilo je i shvaćanja prema kojima odricanje od prava zahtijevati poništaj ugovora unaprijed svojem nositelju pripada na temelju načela dispozitivnosti uvijek osim kada je to zakonom isključeno (Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Riječka tiskara, Zagreb, 1978., str. 560.), što govori u prilog shvaćanju da odricanje od prava na poništaj ugovor zbog prekomjernog oštećenja proizvodi učinke ako nije poduzeto unaprijed, što bi značilo prije nego što su ispunjene pretpostavke za pobijanje, jer prije toga pravo nije niti nastalo.

⁹³ Čl. 148. st. 2. ZOO-a.

⁹⁴ Klarić, Vedriš, *op. cit.* u bilj. 13, str. 456.

⁹⁵ Čl. 289. st. 1. ZOO-a.

⁹⁶ Čl. 289. st. 3. ZOO-a.

4.2. Raskid, izmjena i dopuna formalnih ugovora

Prema odredbi čl. 289. st. 2. ZOO-a ugovor za čije je sklapanje ugovoren poseban oblik može se raskinuti, dopuniti ili na drugi način izmijeniti sporazumom u bilo kojem obliku. ZOO predviđa neformalnost raskida i za ugovore kod kojih je propisan pisani oblik, doduše isključujući iz tog režima ugovore kod kojih je zakonom nešto drugo predviđeno ili ako cilj radi kojeg je oblik propisan zahtijeva da se ugovor raskine u istom tom obliku.⁹⁷ Za raskid takvih ugovora vrijedi načelo formalnosti. Kada je riječ o propisanom obliku, sve kasnije izmjene i dopune ugovora također moraju biti u propisanom obliku,⁹⁸ osim ako je riječ o sporednim točkama o kojima u pisanom obliku ništa nije rečeno ako to nije protivno cilju zbog kojeg je oblik propisan⁹⁹ odnosno ako je riječ o umanjenju ili olakšavanju obveza jedne ili druge strane ako je poseban oblik propisan samo u interesu ugovornih strana.¹⁰⁰

Kada je oblik ugovora kao pretpostavka njegove valjanosti posljedica sporazuma ugovornih strana, tada sve kasnije intervencije (izmjene, dopune i raskid) mogu biti učinjene neformalno, bez pretpostavaka koje su predviđene za izmjene, dopune i raskid ugovora kod kojih je oblik propisan.¹⁰¹

No, od toga bi trebalo razlikovati situaciju kada su ugovorne strane posebno ugovorile da se njihov ugovor neće moći raskinuti, dopuniti ili na drugi način izmijeniti bez formalnog sporazuma. Naime, odredba čl. 289. st. 2. ZOO-a primjenjuje se kada su ugovorne strane predvidjele poseban oblik kao pretpostavku valjanosti ugovora, ali ništa posebno nisu ugovorile za daljnje izmjene, dopune i raskid takvog ugovora. Ako su izrijeком ugovorile da je poseban zahtjev oblika potreban i za sve daljnje intervencije u taj ugovor, tada bi trebalo poštovati volju ugovornih strana, jer to proizlazi iz načela dispozitivnosti, a odredba čl. 289. st. 2. ZOO-a nije prisilan propis. Odredba čl. 289. st. 2. ZOO-a (odnosno čl. 69. st. 2. starog ZOO-a, koja je sadržajno identična) temelji se na logici prema kojoj ako je oblik ugovora rezultat sporazuma ugovornih strana, tada se strane mogu sporazumjeti da takav režim više ne vrijedi te to mogu učiniti i neformalno.¹⁰² No, to nije slučaj kada su ugovorne strane ugovorile da sve izmjene i dopune moraju biti učinjene u određenom obliku. U takvoj

⁹⁷ Čl. 288. ZOO-a.

⁹⁸ Čl. 286. st. 2. ZOO-a.

⁹⁹ Čl. 286. st. 3. ZOO-a.

¹⁰⁰ Čl. 286. st. 4. ZOO-a.

¹⁰¹ Čl. 289. st. 2. ZOO-a.

¹⁰² Cigoj, S., *Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerijih*, I. knjiga, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984., str. 284.

situaciji ugovorne strane najčešće i neće ugovarati poseban oblik ugovora kao pretpostavku njegove valjanosti, već će samo ugovoriti da sve izmjene i dopune, a eventualno i raskid ugovora, moraju biti u određenom obliku. Već i stoga nema mjesta primjeni odredbe čl. 289. st. 2. ZOO-a, jer se ona primjenjuje ako ugovorne strane ugovore oblik ugovora kao pretpostavku njegove valjanosti, a ne ako izričito ugovore da se kasnije izmjene i dopune moraju napraviti u određenom obliku.

Zaključak prema kojem ugovaranje oblika izmjena, dopuna i raskida ugovora sprječava neformalne izmjene, dopune i raskid ugovora ne proizlazi isključivo iz formalnog tumačenja područja primjene odredbe čl. 289. st. 2. ZOO-a, već je posljedica dosljedne primjene načela *pacta sunt servanda*. Ako ugovorne strane žele biti vezane formom, tada nema razloga da pravni poredak taj njihov odabir negira ili relativizira. To je posebno važno ako se uzmu u obzir funkcije pisanog oblika, jer pisani oblik nije puka formalnost, već služi ostvarivanju određenih ciljeva.

Doduše, u nekim slučajevima inzistiranje na obliku i za raskid i daljnje izmjene odnosno dopune ugovora može biti u koliziji s načelima obveznog prava, a to znači i s prisilnim propisima, o čemu će više riječi biti u sljedećem poglavlju.

4.3. Oblik ugovora i načela obveznog prava

Pravila o obliku ugovora redovito imaju za posljedicu da određeni sporazumi ugovornih strana ne proizvode pravne učinke zato što se ugovorne strane nisu pridržavale pravila o obliku. Povreda pravila o obliku dovodi do ništetnosti ugovora, pa u takvom slučaju neće nastati namjeravani pravni učinci. Isto tako, ako su ugovorne strane ugovorile da izmjene, dopune ili raskid njihova ugovora moraju biti u određenom obliku, tada neformalne intervencije u ugovor neće imati učinak.

No, to ne mora uvijek biti tako. Naime, ako se za to ispune pretpostavke, tada formalni nedostaci ugovora ili formalni nedostaci intervencija u postojeći ugovor (izmjene i dopune ugovora) neće biti relevantni. U pravnoj teoriji postoje primjeri u kojima primjena pojedinih načela obveznog prava isključuje mogućnost pozivanja na formalne nedostatke ugovora ili drugog pravnog posla. Načela koja dovode do tog rezultata jesu načelo savjesnosti i poštenja te načelo zabrane zlouporabe prava.¹⁰³ Ta dva načela povezana su, u nekim zakonodav-

¹⁰³ Baretić, M., *Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003., str. 578. i 598. – 602.

stvima čak i na normativnoj razini,¹⁰⁴ a i u našem pravu analizira ih se paralelno, između ostalog i zato što načelo zabrane zlouporabe prava u izvjesnom smislu proizlazi iz načela savjesnosti i poštenja.¹⁰⁵

Na koji su način ta dva načela povezana s pravilima o obliku pravnih poslova? Ako je riječ o propisanom ili ugovorenom obliku, pa se ugovorne strane ne pridržavaju pravila o obliku i sklope ugovor neformalno, tada bi moglo biti suprotno načelu savjesnosti i poštenja i načelu zabrane zlouporabe prava ako se ugovorna strana koja je već primila ispunjenje pozove na ništetnost ugovora zbog formalnih nedostataka u trenutku kada je ona trebala ispuniti svoju obvezu. Također se ne mogu pozivati na formalne nedostatke posla ugovorne strane koje su znale da ugovor mora biti sklopljen u određenom obliku, a to namjerno nisu učinile.¹⁰⁶ Isto tako na ništetnost zbog nedostatka oblika ne može se pozivati ugovorna strana koja se dugo vremena ponašala u skladu s ugovorom koji nije formalno uredan i ako je ostvarivala koristi iz takvog ugovora, a onda se, kada joj ugovor više ne odgovara, pozvala na njegovu formalnu neurednost.¹⁰⁷ U svim tim slučajevima ništetnost zbog oblika ne može se isticati.¹⁰⁸ Sve to vrijedi i za formu izmjena i dopuna ugovora odnosno za njegov raskid. Ako je ugovor morao biti izmijenjen ili dopunjen u određenom obliku, a ugovorne strane izmijenile su ga ili dopunile neformalno i zatim su se neko dulje vrijeme ponašale kao da su izmjene ili dopune obavljene uredno, tada se ne mogu poslije pozivati na formalne nedostatke, jer bi to bilo suprotno načelima savjesnosti i poštenja te načelu zabrane zlouporabe prava. Ista posljedica nastupit će i ako

¹⁰⁴ Tako npr. u švicarskom pravu oba su načela uređena u istom zakonskom članku (čl. 2. švicarskog Građanskog zakonika, *Zivilgesetzbuch*), a prema vladajućem shvaćanju u švicarskoj pravnoj teoriji načelo savjesnosti i poštenja služi tumačenju i upotpunjavanju zakona i pravnih poslova, a načelo zabrane zlouporabe prava pomaže u korekturi rješenja koja proizlaze iz zakona i pravnih poslova. Opširnije v. Honsell, H.; Vogt, N. P.; Geiser, Th. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456. ZGB*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, Genf, München, 2010., str. 30.).

¹⁰⁵ Baretić, *op. cit.* u bilj. 103, str. 598. – 599.

¹⁰⁶ Honsell, Vogt, Geiser, *op. cit.* u bilj. 104, str. 47.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Takvo rješenje ZOO izrijeком prihvaća i kod simulacije u odnosu na poštene treće osobe (čl. 285. st. 3. ZOO-a), kao i kod naknadnog prestanka zabrane manjeg značenja, ako je ugovor u cijelosti ispunjen (čl. 326. st. 2. ZOO-a). Dakle, iako ništetnost postoji, i iako se na nju načelno može pozvati svaka zainteresirana strana, u ovim primjerima određene osobe to ipak ne mogu učiniti. Isto vrijedi i za pozivanje na ništetnost koje bi bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja odnosno načelu zabrane zlouporabe prava, naravno pod pretpostavkom da se dokaže ponašanje suprotno navedenim načelima.

nisu formalno izmijenile i dopunile ugovor, a jedna ili obje strane su znale da to moraju učiniti (npr. ako je jedna strana odvjetnik).

Načelo savjesnosti i poštenja te načelo zabrane zlouporabe prava mogu se povezati s pravilima o obliku pravnih poslova na još jedan način. Pravila o konvalidaciji ugovora koji su ništetni zbog povrede pravila o obliku u svojoj su biti konkretizacija načela savjesnosti i poštenja i načela zabrane zlouporabe prava, jer dovode do konvalidacije kada su formalno neuredni, a time i ništetni ugovori ispunjeni u cijelosti ili pretežnim dijelom, doduše ako to nije suprotno cilju zbog kojih je oblik propisan.¹⁰⁹ Izravno pozivanje na načela omogućuje da se sankcionira ponašanje ugovornih strana tako da se ne mogu pozivati na ništetnost iako nisu ispunjene pretpostavke za konvalidaciju. To pravila o konvalidaciji ne čini nebitnima, jer je povredu načela savjesnosti i poštenja odnosno načela zabrane zlouporabe prava teže dokazati. Naime, u oba slučaja strana koja se poziva na povredu tih načela često će morati dokazivati subjektivne elemente kod svojeg suugovaratelja (npr. namjeru ili svijest). Kod konvalidacije subjektivni elementi nisu relevantni, pa je položaj suugovaratelja koji se poziva na konvalidaciju u pogledu dokazivanja načelno jednostavniji.

Naravno, iz svega toga ne treba zaključiti da načelo savjesnosti i poštenja i načelo zabrane zlouporabe prava u potpunosti „brišu“ pravila o obliku ugovora i drugih pravnih poslova. Jedino ako se ispune posebne pretpostavke za primjenu tih načela, neće nastupati posljedice koje inače nastupaju kada neki pravni posao koji mora biti sklopljen u određenom obliku bude sklopljen samo neformalno. Te posebne pretpostavke najčešće su znanje i/ili svijest o tome da je ugovor trebalo sklopiti u posebnom obliku, iskorištavanje činjenice da je ugovor sklopljen neformalno da bi se izbjeglo ispunjenje vlastite obveze, iako je druga strana svoju obvezu već ispunila, te pozivanje na formalne nedostatke od strane osoba koje s obzirom na svoju profesiju moraju znati kada se neki ugovor mora sklopiti u određenom obliku.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Pisani oblik komunikacije ima posebno važno mjesto u ugovornom pravu. To osobito dolazi do izražaja u trgovačkom pravu, pa i šire od toga, kada god je riječ o pravnim subjektima koji sudjeluju u velikom broju transakcija, što općenito vrijedi za pravne osobe, neovisno o tome jesu li trgovci. Kada takvi subjekti sklapaju ugovore u pisanom obliku, bez obzira na to je li riječ o klasičnom pisanom obliku ili sklapanju ugovora elektroničkim putem koji proizvode

¹⁰⁹ Čl. 294. ZOO-a.

iste učinke kao i pisani oblik, forma ugovora često je rezultat njihova odabira, a ne djelovanja prisilnih propisa koji propisuju sklapanje ugovora u određenom obliku. S te strane ublažavanje pravila o pisanom obliku ugovora i drugih pravnih poslova može biti kontraproduktivno. Za razliku od građanskog prava u kojem su pravila o obliku pravnih poslova ublažavana te je formalizam općenito ostao sačuvan zbog interesa pravnog poretka,¹¹⁰ a manjim dijelom radi zaštite ugovornih strana,¹¹¹ u poslovanju među trgovcima (a i drugim pravnim osobama) oblik pravnih poslova velikim dijelom posljedica je načela dispozitivnosti. Trgovci često ugovaraju da je za raskid, izmjene i dopune ugovora potrebno sastaviti pisanu ispravu, jer se na taj način do određene mjere umanjuje rizik od nastanka spora u vezi s tumačenjem ugovora. Iako prilikom tumačenja ugovora nije jedino mjerodavno ono što je sadržano u pisanim ispravama, pravni položaj ugovorne strane koja se oslanja na pisane isprave u načelu je povoljniji za ugovornu stranu koja mora dokazati postojanje i sadržaj usmenih klauzula, a posebno za osobu koja se poziva na praksu ugovornih strana kao izvor prava.¹¹²

ZOO sadržava prilično liberalno uređenje pisanog oblika, jer je pojam pisanog oblika proširen još 1978. godine, kada su pravila o pisanom obliku nadopunjena u smislu da je s pisanim oblikom izjednačeno i svako drugo očitovanje volje koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde davatelj i sadržaj izjave volje.¹¹³ Na taj je način ZOO prešao s formalnih kriterija za određivanje što je pisani oblik na funkcionalne. To je omogućilo jednostavan prijelaz s klasičnog pisanog oblika u različite varijante sklapanja ugovora elektroničkim putem. Druga je stvar što praksa tu mogućnost uglavnom nije prepoznala pa su rijetki primjeri

¹¹⁰ Tipičan primjer za to su pravni poslovi koji se odnose na stvaranje, prijenos i ukidanje stvarnih prava na nekretninama. U tom slučaju oblik pravnog poslova propisan je zbog sustava zemljišnoknjižnog postupka koji se odvija u pravilu bez usmenih rasprava te su za upis knjižnih prava potrebne pisane isprave.

¹¹¹ Tako je npr. za konsenzualno darovanje propisan oblik javnobilježničkog akta (čl. 482. st. 2. ZOO-a) da bi se darovatelja upozorilo na posljedice njegova raspolaganja. Pisani oblik predviđen je i za izjavu jamca (čl. 105. ZOO-a).

¹¹² To između ostalog proizlazi iz predmnjeve potpunosti isprave, prema kojoj ako je ugovor sklopljen u posebnom obliku, bilo na temelju zakona, bilo voljom ugovornih strana, vrijedi samo ono što je ugovoreno u tom obliku (čl. 291. st. 1. ZOO-a). Valjane su i istodobne usmene pogodbe, ali samo o sporednim točkama o kojima u formalnom ugovoru nije ništa rečeno ako nisu u opreci s njegovim sadržajem ili ako nisu protivne cilju radi kojeg je oblik propisan ili ugovoren (čl. 291. st. 2. ZOO-a). Valjane su i istodobne usmene pogodbe kojima se smanjuju ili olakšavaju obveze jedne ili objiju strana ako je posebna oblik propisan (a trebalo bi uzeti i ugovoren) samo u interesu ugovornih strana (čl. 291. st. 3. ZOO-a).

¹¹³ Čl. 72. st. 4. starog ZOO-a. Toj odredbi u sadržajnom smislu odgovara odredba čl. 292. st. 4. novog ZOO-a.

u kojima se sudovi pozivaju na pravilo iz odredbe čl. 292. st. 4. novog ZOO-a, kao što su se rijetko pozivali na odredbu čl. 72. st. 4. starog ZOO-a.

Pravila o obliku posebno su liberalizirana kada je riječ o raskidu, izmjenama i dopunama formalnih ugovora i drugih pravnih poslova. ZOO tolerira neformalni raskid ugovora, čak i kada je riječ o ugovorima za koje je propisan pisani oblik, a naravno i u slučaju ugovorenog oblika. Kod ugovora kod kojih je oblik rezultat sporazuma ugovornih strana uvažavaju se i neformalne izmjene i dopune.¹¹⁴ S tim slučajevima ne treba poistovjećivati situaciju kada ugovorne strane ugovore da raskid, izmjene i dopune ugovora moraju biti poduzeti u pisanom obliku. Naime, tada se ne primjenjuju pravila o raskidu, izmjeni i dopuni formalnih ugovora (čl. 286., 288. i 289. ZOO-a), već načelo ispunjenja obveze (*pacta sunt servanda*, čl. 9. ZOO-a), jer su ugovorne strane tako ugovorile. Pri tome može i ne mora biti riječ o formalnom ugovoru, ali to nije bitno, već bi trebala biti presudna ugovorna odredba kojom su ugovorne strane ugovorile da se njihov ugovor može raskinuti, izmijeniti i/ili dopuniti isključivo formalnim putem. Naravno, kao i svaki drugi ugovor, i takav sporazum strana podliježe načelima obveznog prava (načelo savjesnosti i poštenja, načelo zabrane zlouporabe prava).

LITERATURA

- Aschauer, C., *Basic Features of Austrian Legislation in the Field of E-Commerce*, Croatian Arbitration Yearbook, vol. 8, 2001., str. 31–43.
- Baretić, M., *Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 24, br. 1, 2003., str. 571-615.
- Beale, H. G. (gen. ed.), *Chitty on Contracts, Volume I, General Principles*, 31st Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2012.
- Cigoj, S., *Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih*, I. knjiga, Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984.
- Einsele, D. u: Schubert, C. (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018. (online izdanje)
- Gatt, A., *Electronic Commerce — Click-Wrap Agreements: The Enforceability of Click-Wrap Agreements*, Computer Law & Security Review, vol. 18, br. 6, 2002., str. 404-410.

¹¹⁴ Čl. 286., 288. i 289. ZOO-a.

- Honsell, H.; Vogt, N. P.; Geiser, Th. (ur.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456. ZGB*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- Honsell, H.; Vogt, N. P.; Wiegand, W., *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529*, 3. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München, 2003.
- Kaser, M.; Knutel, R., *Römisches Privatrecht*, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2003.
- Klarić, P.; Vedriš, M., *Građansko pravo*, XIV. izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- Kletečka, A.; Koziol, H.; Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*, 14. Auflage, Manz Wien, 2014.
- Krulj, V.; Blagojević, B., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I*, Savremena administracija, Beograd, 1983.
- Matić, T., *Prijedlog dopuna Zakona o obveznim odnosima te obrisa programa daljnje regulacije*, Pravo u gospodarstvu, br. 1, 2001.
- Miladin, P., *Štutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 4, 2008., str. 923-995.
- Parać, Z., *Imovinskopravna zaštita i prijenos kompjutorskog softvera*, doktorske disertacije branjene na Pravnom fakultetu u Zagrebu, sv. 157, Zagreb, 1990.
- Terré, F.; Simler, Ph.; Lequette, Y.; Chénéde, F., *Droit Civil, Les obligations*, 12 édition, Dalloz, Paris, 2018.
- Triva, S.; Dika, M., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2004.
- Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Riječka tiskara, Zagreb, 1978.
- Vuković, M., *Opći dio građanskog prava*, Knjiga II, Školska knjiga, Zagreb, 1960.
- Wolf, M.; Neuner, J., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck Verlag, München, 2012.

Summary

Saša Nikšić*

WRITTEN FORM OF CONTRACTS AND OTHER LEGAL TRANSACTIONS

The notion of the written form of contracts and other legal transactions is analyzed in this paper. Historical development of formal legal transactions as well as the comparative law dimension of the form of contracts and other legal transactions are briefly addressed. The possibilities to acknowledge the legal effects of the written form in the case of electronic declarations of will are also analyzed. A particular emphasis is placed on different possibilities to interpret the relevant provisions of the Civil Obligations Act regarding the fulfillment of requirements for the written form if a contract is concluded electronically. The provisions of the German BGB are also discussed because of the fact that German law is to a larger extent adapted to the electronic declaration of will (declaration of will in electronic form and declaration of will in text form).

A part of the paper relates to situations in which the parties to a contract agree that they shall conduct their business exclusively in written form. Although the provisions on the written form are of a mandatory nature, considering that they regulate conditions for the validity of contract, when the parties to a contract agree that a certain contract must be in writing, they actually exploit the freedom of contract principle. This fact should be borne in mind when parties agree that any modifications to or rescission of a contract must be in writing. If this is the case, the will of the parties should be taken into the account, because it is in accordance with the pacta sunt servanda principle, and there are no mandatory provisions that would nullify such an agreement. Naturally, the validity of such agreements can be challenged if they are contrary to the good faith principle or the prohibition of the abuse of right principle.

Key words: written form, contract, legal transaction, electronic contracts, agreed written form

* Saša Nikšić, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb; sasa.niksic@pravo.hr; ORCID ID: orcid.org/0000-0001-6170-1781