

ISPUNJENJE DAVANJEM UMJESTO ISPLATE - *DATIO IN SOLUTUM* U UGOVORNOM OBVEZNOM PRAVU

Doc. dr. sc. Oliver Radolović*

UDK 347.42

<https://doi.org/10.30925/zpfsr.44.2.9>

Ur.: 13. travnja 2022.

Pr.: 18. srpnja 2022.

Pregledni rad

Sažetak

Datio in solutum, ispunjenje obveze davanjem umjesto isplate, važan je institut ugovornog obveznog prava. Dužnik će tim putem ispuniti svoju ugovornu obvezu na drukčiji način od ugovorenoga, no uvijek uz suglasnost i pristanak vjerovnika. Datio in solutum je, stoga pravni posao, ugovor. Ispunjenjem ovoga drugog (drugotnog) predmeta obveze - obveza prestaje kada vjerovnik to primi. No, nije svako primanje uvijek isto i problem nastaje kada to primanje nije i fizičko primanje novca (na što najčešće glasi izvorna, prvotna obveza). Slučajevi davanja mjenice, zemljišnoknjižnoga prijenosa prava vlasništva na nekretninama ili stjecanja dionica kao primjera ispunjenja drugotnih obveza vrlo zorno pokazuju nastali problem. Ne bi se, naime, smjelo dogoditi da je ugovor izvršen, da je vjerovnik primio drugotnu obvezu, a da efektivno nije dobio ništa.

Ključne riječi: *datio in solutum; novacija (obnova); prvotna obveza; drugotna obveza; ispunjenje ugovora; prestanak ugovora.*

1. UVOD

U građanskom je pravu više povijesno pravno zanimljivih fenomena. Jedan od njih svakako je i *datio in solutum*, institut koji je u svojoj temeljnoj pravnoj strukturi uspostavljen još u rimskom pravu, ali je kroz povijest dobivao, a i danas dobiva, neke suptilne i vrlo specifične dodatke.

Rimsko je pravo, najopćenitije rečeno, predvidjelo kao *datio in solutum* davanje bilo kojega drugog predmeta ispunjenje obveza umjesto izvorno ugovorenog predmeta. Kako, u tom smislu, u današnje vrijeme navodi talijanska pravnica Valentina Zafarana¹ njemački BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) i talijanski CC (*Codice Civile*) i dan danas stoje na istoj pravnoj poziciji, ali (što je vrlo zanimljivo s mnogo

* Dr. sc. Oliver Radolović, docent, Sveučilište Jurja Dobrile u Puli, Fakultet ekonomije i turizma „Dr. Mijo Mirković“; oradol@unipu.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9490-7978>.

1 Valentina Zafarana, *Datio in solutum - prospettive storico-comparatistiche* (Roma: Diritto civile e commerciale, 2011.).

aspekata) austrijski OGZ/ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) kao prvu (izvornu, prvotnu) ugovornu obvezu predviđa samo novčanu obvezu. U talijanskom se pravu stoga govori o *prestazione in luogo dell'adempimento*,² u njemačkom o *leistung erfüllungs statt*,³ a u austrijskom o *leistung an zahlungs statt*.⁴

No, bez obzira na opisane razlike (razlike u nijansama) sociološka je činjenica da je prva (prvotna, izvorna) obveza najčešće novčana obveza. Načelo je građanskoga prava da dužnik ima ugovornu obvezu vratiti vjerovniku baš ono (onaj predmet) što (koji) je od njega dobio. To pravilo vrijedi i danas i ono je sastavni dio načela dužnosti ispunjenja ugovora (lat. *pacta sunt servanda*). Ono je, međutim, lako provedivo u obvezama manje vrijednosti i kraćih rokova ispunjenja, ali je ozbiljan problem kod obveza veće vrijednosti i dugotrajnijeg ispunjenja.

Institut *datio in solutum* zamišljen je kao *izlaz iz nužde* (njem. *Ausweg aus der Notwendigkeit*) kada dužnik ne može ispuniti obvezu onako kako je ugovoreno. Predmet ispunjenja koji je ugovoren, dužnik ne može dati, ali može dati nešto drugo. Cilj je *datio in solutum* biti u podjednakom interesu vjerovnika i dužnika (a ne samo jednoga od njih). Vjerovnik dobiva ispunjenje svoje tražbine, a dužnik se oslobađa duga.

No, *datio in solutum* ipak nije tako idilično jednostavna pravna konstrukcija jer je vrlo relevantna intervencija u *prvotni*⁵ ugovorni odnos i stoga otvara dosta novih pravnih pitanja kako bi se na prihvatljiv i primjeren način i u novonastaloj (*drugotnoj*)⁶ situaciji zaštitili opravdani interesi vjerovnika i dužnika.

Vjerovnik putem *datio in solutum* dobiva ispunjenje tražbine iz *prvotnog* posla i u vrijednosnom smislu načelno ne bi smio ništa izgubiti. S druge strane, opet samo načelno gledano, ne smije ništa izgubiti ni dužnik, jer ne daje (i ne bi smio dati) više nego što vrijedi njegova *prvotna* obveza.⁷ Vrijednosti su predmeta obveza, međutim, dosta relativna i oscilirajuća ekonomsko-pravna kategorija i to nalaže povećani oprez u pravično zamišljenoj pravnoj konstrukciji da se obveza dužnika uredno ispunjava davanjem nekoga drugog predmeta umjesto onog ugovorenog.

2 Čl. 1197. talijanskog Građanskog zakonika.

3 Para. 364. njemačkog Građanskog zakonika (u daljnjem tekstu: BGB).

4 Para. 1414. (austrijskog) ABGB-a (OGZ-a).

5 Riječi *prvotna*, *izvorna*, *inicijalna*, odnosno *drugotna*, *naknadna* obveza pravni su sinonimi i mogu se, bez rizika pogreške, podjednako koristiti. U daljnjem tekstu opis je njihova korištenja u literaturi i u zakonodavstvu.

6 *Drugotna* (nova, naknadna i slično) obveza, čak i uz najbolju volju ugovornih stranaka, nije i ne može biti nekakav besprijekoran i matematički točan nadomjestak *prvotne* obveze. Određena oscilacija u vrijednosti može se pojaviti ne samo u budućem tijeku vremena, već može biti čak i u trenutku sklapanja *drugotne* obveze. Ugovori građanskog i trgovačkog prava u pravilu nisu aleatorni poslovi pa ni kod *datio in solutum* nova obveza ne smije biti neka lutrija, odnosno neka igra aleatornosti. Ni za koju od ugovornih strana.

7 Vilim Gorenc, ur., *Komentar ZOO-a* (Zagreb: Narodne Novine, 2014.), 249. U hrvatskoj pravnoj literaturi pojam *prvotne* obveze nalazi se, npr. u navedenom Komentaru ZOO-a. U zakonodavstvu se navodi i u čl. 167. st. 3. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05. Riječ *prijašnja* (obveza), ZOO spominje uz vrlo srodan pojam novacije (čl. 145. st. 3. Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21., u daljnjem tekstu: ZOO).

Građansko (ugovorno obvezno) pravo tijekom stoljeća je razvilo i finim nijansama obogatilo institut *datio in solutum*. No, tu su povijesnu idilu radikalno razbila događanja u 20. i 21. stoljeću i njihove pravne posljedice, gdje su napose česti, veliki i iznenadni inflatorni udari doslovno razbili ili barem znatno uzdrmali jedan tako pomirljiv mehanizam kao što je institut *datio in solutum*. Ne bi bilo dobro iz toga tražiti izlaz u hipertrofiji propisa građanskog, odnosno ugovornog obveznog prava. Čini se u potpunosti dostatnim samo racionalno primjenjivati opća pravila i napose bogatu sudsku i poslovnu praksu iz toga područja.

2. DATIO IN SOLUTUM U OBVEZONOM PRAVU REPUBLIKE HRVATSKE

Hrvatsko je povijesno nasljeđe austrijski ABGB (OGZ). Taj je zakonik u paragrafu 1414. institut *datio in solutum* uredio ovako: *Ako se na mjesto isplate daje ino što, a to radi toga što su se vjerovnik i dužnik tako sporazumjeli ili stoga jer ugovorena isplata nije možna, tad se djelanje smatra kao posao za plaću.*⁸

Suvremena austrijska građanskopravna teorija⁹ *datio in solutum* definira kao *Leistung an Zahlungs Statt*, tj. kao radnju (prestaciju) umjesto dužne isplate, što su ugovorne stranke naknadno dogovorile i čijim se ispunjenjem dužnik oslobađa obveze (njem. *die den Schuldner befreit*). Već je ranije navedeno da je po austrijskom pravu prvotna obveza samo novčana obveza (po talijanskom i njemačkom pravu je svaka obveza).

Hrvatski Zakon o obveznim odnosima iz 2005. godine¹⁰ ne slijedi austrijsko nego njemačko i talijansko pravo. Članak 167. ZOO-a glasi: (1) *Obveza prestaje ako vjerovnik u sporazumu s dužnikom primi nešto drugo umjesto onoga što mu se duguje.* (2) *U tom slučaju dužnik odgovara isto kao prodavatelj za materijalne nedostatke stvari dane umjesto onoga što je dugovao.* (3) *Ali vjerovnik umjesto zahtjeva po osnovi odgovornosti dužnika za materijalne i pravne nedostatke stvari može zahtijevati od dužnika, ali ne više od jamca, ispunjenje prvotne tražbine i naknade štete.*¹¹ ZOO ne spominje ni mogućnost sklapanja *datio in solutum* kada ispunjenje prvotne obveze nije moguće.¹² No, ipak slijedi ABGB kada *drugotnu* obvezu uređuje kao naplatnu obvezu, približavajući je pravnom poslu kupoprodaje kao najvažnijem i

8 Adolfo Rušnov i Stjepan Posilović, *Tumač OGZ-a, Knjiga II* (Zagreb: Knjižara Hartman, 1910.), 739.

9 Helmut Koziol i Rudolf Welsch, *Bürgerliches Recht, Band II: Welsch* (Wien: Manz, 2007.), 99-100.

10 Čl. 167. ZOO-a.

11 Odredba je slična odredbi „starog“ ZOO-a iz 1978. (1991.) iz čl. 305. (Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., Narodne novine br. 53/91., 73/91., 3/94., 111/93., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01., 35/05.)

12 U teoriji građanskog prava u Hrvatskoj pojam *obveze cilja* nije posebno razvijen. Obveza cilja je, npr. gradnja kuće (jer ono što ima nastati mora biti kuća, ne štala, inače ugovor nije izvršen). Suprotno, obveza (samo) sredstva je, npr. ugovor o liječenju ili odvjetničkom zastupanju gdje je obveza izvršena ako je dužnik postupio savjesno, bez obzira na to što željeni cilj (zdravlje, sloboda) nije ostvaren. *Datio in solutum* svakako spada u prvu grupu.

najpoznatijem naplatnom pravnom poslu.¹³

I po austrijskom ABGB-u (OGZ-u) i po našem ZOO-u *datio in solutum* pravni je posao cilja,¹⁴ tj. cilj (efektivno, realno) mora biti ostvaren samim tim poslom. Vjerovnik to *drugo* (drugotni predmet, drugotnu obvezu) mora primiti (dobiti). Primiti, odnosno dobiti već samim sklapanjem drugotnoga posla.

Čini se, međutim, da nije (barem ne do kraja) točan zaključak da je *drugotna* obveza iz *datio in solutum* realna obveza (realni ugovor),¹⁵ jer realnost i ciljnost ugovora nisu isti pojmovi. Ugovor, naime, može biti realan i kada cilj nije ispunjen. Ako se predaje klasična pokretna stvar to se doista podudara, ali već, npr. kod mjenice (isto pokretnine) može doći do njezine nenaplativosti, a kod nekretnina je taj proces još mnogo izraženiji.

Slučaj mjenice (kao drugotne obveze) izazivao je prijepore i u prošlosti i danas. Autori Rušnov i Posilović¹⁶ navode da davanje mjenice za pokriće nije u slučaju dvojbe ni platež ni *datio in solutum* ako se ne utjera mjenična svota. Po tom stajalištu *datio in solutum* je tek (i samo onda) kad vjerovnik efektivno primi dužni mu novac.

U njemačkom je pravu još stroži stav, da je obveza finalizirana samim davanjem mjenice,¹⁷ a da je rizik (ne)naplate mjenice opći rizik koji ima svaki stjecatelj mjenice. Tu se mora primijetiti da takvo stajalište odudara od odredbe iz čl. 364. st. 2. BGB-a u kojem se navodi: *zum Zwecke der Befriedigung des Gläubers*.

Kako se čini, gledištu Palandta priključuju se i autori Komentara domaće ZOO-a pa se u tom smislu pozivaju na jednu rješidbu Visokog trgovačkog suda RH, br. PSP - 24/93 od 18. listopada 1993.¹⁸ Tu je sudsku odluku, zapravo valjalo izložiti kritici, a ne pozivati se na nju kao opravdanje toga stajališta.

Takvo (ne austrijsko) stajalište čini se neprihvatljivim. Vjerovnik ima pravo iz dva posla (prvotnog i drugotnog), ali iz oba efektivno nije dobio ništa! Treba inzistirati na ciljnosti drugotnog ugovora jer je samo to u prirodi (lat. *causai*) instituta *datio in solutum*. Analogan je problem i kada, npr. drugotni posao glasi na prijenos prava vlasništva nepokretne stvari. Kombinacija *nepokretna stvar umjesto dužnog novca* u praksi je najčešći slučaj *datioae in solutum* pa tu valja pregledati sve moguće ishode.

Mišljenje je autora da se ciljnost takvoga drugotnog posla postiže tek (i samo) kada vjerovnik dobije pravomoćnu i definitivnu odluku o upisu zemljišnoknjižnoga prava (prava vlasništva) i kada na relevantan način stupi u posjed odnosnih nekretnina.

Po važećem Zakonu o zemljišnim knjigama¹⁹ brisovna tužba zastarijeva protiv poštenoga stjecatelja za 60 dana, odnosno tri godine (ovisno o tome je li on primio

13 I dikcija ZOO-a upućuje da bi drugotni posao kod *datio in solutum* najčešće bio kupoprodajni posao, ali može biti i svaki drugi naplatni posao.

14 Talijansko pravo, npr. navodi da (izvorna) obveza prestaje *...quando la diversa prestazione è eseguita* (čl. 1197. st. 1. CC-a), a također i u njemačkom pravu (čl. 364. st. 1. BGB-a: *wenn der Gläubiger eine andere Leistung... annimmt*).

15 Gorenc, ur., *Komentar ZOO-a*, 250.

16 Rušnov i Posilović, *Tumač OGZ-a, Knjiga II*, 790.

17 Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch* (München: Verlag C. H. Beck, 2002.), 469.

18 Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, PSP - 24/93 od 18. listopada 1993.

19 Čl. 150. Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 63/19. (u daljnjem tekstu: ZZK).

z.k. rješenje ili nije), ali je protiv nepoštenog stjecatelja rok neograničen. Nade li se stjecatelj prava vlasništva, iz bilo kojeg razloga, u položaju nepoštenoga stjecatelja, na njemu će *vječno* biti rizik gubitka tako stečene nekretnine. Neće mu pomoći ni pozivanje na dosjelost jer nepošteni posjednik ne može steći pravo vlasništva dosjelošću.

Pitanje je i može li onda *reaktivirati* prvotnu obvezu, osobito stoga što cijeli pravni odnos komplicira i pitanje zastare potraživanja.

Kod *datio in solutum drugotni* je posao naplatan. Ne može ići darovanje ili zakup bez zakupnine (premda bi mogao uz razmjerno smanjenu zakupninu). Darovanje ne sadrži imovinski razmjer između prvotne i drugotne obveze, a može se pod nekim pretpostavkama i opozvati. Tu je nemoguće konstruirati odgovornost za pravne i materijalne nedostatke.

Drugotni posao može biti i neformalan ako su u pitanju pokretnine, ali mora biti formalan ako je riječ o nekretninama.

Kao što je u ovom radu već navedeno, drugotni posao mora biti realan (da vjerovnik stvarno dobije ispunjenje, da ga *primi* kako se navodi u ZOO-u), ali i više od toga, mora biti ciljan, tj. da vjerovnik ostvari sva prava koja je imao iz prvotnog posla.

Sličan problem poput navedenih s prijenosom mjenice, odnosno prijenosom prava vlasništva na nekretninama može, *mutatis mutandis*, nastati i kod prijenosa dioničarskih udjela u trgovačkim društvima.

Kada drugotnim poslom stječe daleko više od pripadajućeg (što odgovornost za pravne i materijalne nedostatke uvijek ne pokriva) moguće je pribjeći djelomičnoj ništetnosti (čl. 324. ZOO-a), odnosno primjeni pravila o stjecanju bez osnove (čl. 1111. - 1120. ZOO-a).

3. GRAĐANSKOPRAVNE KARAKTERISTIKE DATIO IN SOLUTUM

Bez obzira na to što se *datio in solutum*, u pravilu, uređuje jednim, eventualno s dva zakonska članka, pravna priroda ovog instituta mnogo je složenija, obuhvaća dosta različitih karakteristika i zahtijeva cjelokupno poznavanje građanskog (ponajprije ugovornog obveznog) prava.

3.1. Datio in solutum i novacija

Novacija (obnova) kao promjena glavne čindibe ili pravne osnove uređena je u ugovornom obveznom pravu kao promjena sadržaja obveze, ali i kao oblik prestanka obveze (čl. 147. st. 1. ZOO-a iz 2005.).

Kod *datio in solutum* prijašnja (prvotna) obveza i dalje *živi* (jer se u svakom slučaju, ako drugotna obveza propadne, vjerovnik opet vraća na tražbinu iz prvotne obveze (argument iz čl. 167. st. 3. ZOO-a)).

Nije, međutim, uvijek lako razlikovati je li riječ o novaciji ili je u pitanju *datio in solutum*. Opisane bitne razlike između ova dva instituta kao da se katkada *izgube*. One jednostavno toliko *izblijede* da ih je čak i vrlo teško razlikovati.

I jedno i drugo pravno rješenje (tj. novacija ili solucija) u pravilu se traže kada je ispunjenje prvotne obveze postalo neizvjesno ili čak nemoguće.

Njemački BGB (čl. 364. st. 2.) određuje da se u sumnji (je li riječ o novaciji ili *datio in solutum*) uzima da je riječ o novaciji, tj. uzima se (presumira se) da je riječ o novaciji, a ne o *datio in solutum* (... *so ist im Zweifel nicht anzunehmen das er die Verbindlichkeit an Erfüllung Statt übernimmt*).

I komentatori austrijskog ABGB-a (OGZ-a) naglašavaju da je katkada teško razlikovati je li riječ o nekom konkretnom slučaju o novaciji ili o *datio in solutum*. Oni naglašavaju da, kada dužnik preuzima novu obvezu, ne nastaje *datio in solutum* nego novacija, a ako se daje ekvivalent za protutražbinu, nastaje kompenzacija.²⁰

Koziol i Welser²¹ posebno ističu da razliku između novacije i *datio in solutum* napose čini to što se kod *datio in solutum* odmah i predaje predmet drugotne obveze, odnosno vjerovnik taj drugotni predmet prima (čega nema kod novacije).

Datio in solutum stoga je oblik ispunjenja obveze, a novacija to nije. Novacija samo umjesto prijašnje (prvotne) obveze stvara novu obvezu koja će se *pro futuro* ispunjavati prema pravilima obveznog prava.

Da bi, dakle, doista bila riječ o *datio in solutum* (a ne o novaciji), drugotna obveza iz pravnog posla *datio in solutum* ne samo da stvarno mora nastati, nego mora biti odmah i izvršena.²² Nastanak drugotne obveze je kod *datio in solutum* ujedno i njen prestanak.

Datio in solutum stoga je oblik ispunjenja obveze, a time i oblik prestanka obveze jer obveza uvijek prestaje ispunjenjem.

Novacija, odnosno obnova ugovora (samo) je oblik promjene prvotne (prijašnje) obveze i to tako da se prvotna obveza gasi, a nastaje nova koja će trajati kroz ugovoreno vrijeme i (u redovitoj situaciji) biti ispunjena na vrijeme i način kako je ugovoreno. Nema razloga da se kod novacije ova drugotna (nova) obveza ne ispuni upravo putem *datio in solutum*, ako, dakako, izostane redovito ispunjenje.

S jedne strane, uspoređujući *datio in solutum* i novaciju, nema dvojbe da je, barem u pravilu, novacija manje otegotna za dužnika i on time dobiva *predah* i može se pripremiti za ispunjenje koje je odgođeno za neko vrijeme.

S druge strane, gotovo je samo po sebi razumljivo, da vjerovniku više odgovara *datio in solutum*. Drugotna obveza odmah se ispunjava, odnosno on ju odmah prima.

Zbog toga katkada vjerovnik neće biti potpuno zadovoljan, jer bi on najradije dobio ispunjenje one prvotne obveze, ali se u naknadno pogoršanoj situaciji zadovoljio s drugotnom obvezom kao jedinim stvarno mogućim rješenjem.

3.2. *Datio in solutum pravni je posao (ugovor)*

Dikcija čl. 167. st. 1. ZOO-a iz 2005. godine (...*u sporazumu s dužnikom*) jasno upućuje na to da je riječ o ugovoru između vjerovnika i dužnika kojim oni utvrđuju (ali i razrješavaju) svoj prvotni ugovor kojeg dužnik ili ne može ispuniti ili obje

20 Rušnov i Posilović, *Tumač OGZ-a, Knjiga II*, 790.

21 Koziol i Welser, *Bürgerliches Recht*, 100.

22 Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 469. (*Der Schuldner erlischt nur, wenn das neue Schuldenverhältnisse wirks entstanden ist*).

strane iz nekoga drugog razloga žele da se ispuni drukčije.

Austrijsko pravo inzistira na tome da se drugotna obveza sklapa i kada se prva ne može ispuniti.

Potreba za sklapanjem drugotne obveze svakako nastupa (barem u pravilu) kada zbog nekoga razloga ispunjenje prvotno ugovorene obveze postane neizvjesno.

Nemogućnost ispunjenja prvotne obveze ponešto je i dvojben. Zbog nemogućnosti ispunjenja obveze u pravilu slijedi ovrha ili stečaj dužnika. Dužnik je, dakako, slobodan sklopiti i drugotnu obvezu, ali ga se na to ne može siliti. Ugovor prvotni, pa i drugotni, stvar je slobodne odluke dužnika. To je pravilo koje vrijedi za svaki ugovor.

Dužnik koji ne može ispuniti svoj dug (u pravilu novčani dug) sam odlučuje hoće li se prepuštiti primjeni pravila o ovrsi, odnosno stečaja ili će to izbjeći sklapanjem drugotne obveze putem *datio in solutum*.

U čl. 167. st. 2. ZOO-a ni domaći redaktori nisu odoljeli staroj *napasti* da institut *datio in solutum* vežu ili ga čak i poistovjete s kupoprodajom (...*dužnik odgovara isto kao prodavatelj*).

Datio in solutum, doduše, vrlo često slični na kupoprodaju, ali nije kupoprodaja u punom smislu te riječi.²³ Prijenos prava vlasništva (na temelju kupoprodaje kao drugotnoga pravnog posla) nije jedini mogući sadržaj *datio in solutum*.

Po hrvatskom pravu, naime, nije samo novčana obveza potencijalna prvotna obveza u *datio in solutum*. Zbog toga je nedosljedno kao drugotnu obvezu projicirati (samo ili makar i pretežno) prodajnu obvezu dužnika, odnosno putem kupoprodaje prijenosa prava vlasništva na vjerovnika.

Svaki naplatni pravni posao može biti drugotni posao (drugotna obveza), ali sociološki gledano, najčešća je situacija da je prvotna obveza novčana obveza, a da je drugotna obveza prijenos prava vlasništva neke dužnikove stvari na vjerovnika.

Dužnik (ako drugotni posao ipak ne želimo nazvati kupoprodajom) prenosi na vjerovnika svoje pravo vlasništva neke stvari (pokretne ili nepokretne) u cilju plaćanja duga iz prvotne obveze. Neplaćena novčana svota cijena je koju vjerovnik (sada u novoj obvezi) plaća kao cijenu za dobivenu stvar.

U biti, riječ je o pravnom poslu, odnosno ugovoru kupoprodaje.

Drugotni posao, drugotna obveza u čitavoj konstrukciji *datio in solutum* treba istoga trenutka sklapanjem, biti i ispunjena. Simbolički rečeno, *rođenje i smrt* drugotnoga posla nastupaju istoga trenutka.

No, kod mjenice i čeka (pa i dioničkih prava) uočene su već neke *pukotine* u tom smislu. Vjerovnik je mjenicu primio, ali novčanu tražbinu još nije utjerao, a možda i neće.

Po jednom rješenju, primanjem mjenice dužnik je drugotnu obvezu (pa onda i prvotnu obvezu) ispunio.

Po drugom²⁴ se uključuje novi pojam, *Zahlungshalber* (hrv. prijevod: *polovični*

23 Markus Wimmer, „Das Kaufmodell bei der datio in solutum und seine Folgen im modernen Recht“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 129, br. 1 (2012): 364-391.

24 Koziol i Welser, *Bürgerliches Recht*, 100-101.

platitelj). Primanjem mjenice vjerovnik je primio samo *polovicu* obveze, a druga bi *polovica* trebala uslijediti kada se potraživanje iz odnosne mjenice stvarno naplati.

To bi onda bilo, u određenom smislu, *datio in solutum* pod suspenzivnim uvjetom, a moglo bi se govoriti i o subjektivnom pravu *in nascendi*.

Insistirati na pravilu da je vjerovnik podmiren već samim primanjem mjenice (a bez naplate te mjenice) značilo bi teško oštećivanje vjerovnika. On gubi sva prava iz prvotnoga, ali i iz drugotnoga posla. To je, naime, redoviti učinak svake *datio in solutum*. Rezultat bi bio da vjerovnik ne dobije ništa.

3.3. **Datio in solutum kao alternativna obveza, facultas alternativa ili oblik pojačanja obveznog odnosa**

Datio in solutum ima nekih sličnosti sa svim upravo navedenim građanskopravnim institutima iz naslova poglavlja, ali se ipak bitno razlikuje od njih. Te razlike valja istaknuti upravo da bi se institut *datio in solutum* do kraja i ispravno razumio.

Alternativna obveza (lat. *due res in obligazione una res in soluzione*) ima za objekt dvije ili više činidbi, ali je dužnik (u pravilu on bira koju će ispuniti) obvezan izvršiti samo jednu i njenim ispunjenjem obveza prestaje (čl. 32. ZOO-a iz 2005.).

Kod *datio in solutum* nema više činidbi, prva je (u pravilu) otpala, a druga nije stvar izbora. Prvotna obveza *oživi* ako se drugotna ne može ostvariti (čl. 167. st. 3. ZOO-a), ali nikada istodobno ne postoje obje činidbe. Dosljedno tomu nema, kao mogućnost kod alternativnih obveza, ni pravo izbora.

Slično je i s fakultativnim obvezama (lat. *facultas alternativa - una res in obligazione due res in soluzione*, čl. 38. ZOO-a iz 2005.). Dužnik može ispuniti obvezu davanja nekoga drugog predmeta, ali vjerovnik može tražiti ispunjenje samo prvotne činidbe (čl. 39. st. 1. ZOO-a).

Nema ni relevantne sličnosti s poznatim oblicima pojačanja obveznog odnosa. Nekih sličnosti, dakako ima (npr. odgovornost za materijalne i pravne nedostatke po čl. 167. st. 3. ZOO-a iz 2005.), ali temeljna razlika ostaje u tome što se ugovor *pojačava* na početku, a *datio in solutum* se *dogđa* negdje pri kraju odnosa.

Neki oblici pojačanja (npr. ugovorna kazna) već po naravi stvari, ne idu uz *datio in solutum*. Mogu uz novaciju, ali nikako ne uz *datio in solutum*. Pojačava se ugovor koji tek treba izvršiti, a kod *datio in solutum* ugovor se već i ispunjava.

Izvjese, mada ne prevelike, sličnosti su i s *datio solvendi causa*, davanjem radi isplate (čl. 168. ZOO-a iz 2005.). Zakon to naziva *predaja radi prodaje*. Tu, za razliku od *datio in solutum*, nema prijenosa prava (napose ne prava vlasništva), a cijeli se institut ograničava na namirenje vjerovnika, s tim što će predanu mu stvar prodati i iz postignutog iznosa naplatiti svoju tražbinu.

Od toga je nešto viši pojam fiducijarni prijenos prava vlasništva, ali je opet niži od *datio in solutum*. Tu je prijenos prava vlasništva, ali samo kao osiguranje tražbine²⁵ (čl. 309. - 327. Ovršnoga zakona).²⁶

25 Gabrijela Mihelčić, *Komentar Ovršnog zakona* (Zagreb: Organizator, 2015.), 914-972.

26 Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12., 25/13., 93/14., 55/16., 73/17., 131/20. (u daljnjem

Navedene je sličnosti valjalo uočiti, no kako bi se podvukle bitne razlike između navedenih instituta. Pritom valja imati na umu da je *datio in solutum* način ispunjenja, prestanka obveze.

Samo slučaj *zahlungshalber* donekle *muti* ovako jasnu i čistu konstrukciju, ali ipak ne do mjere da i u tom slučaju ne bila riječ o *datio in solutum*.

Predmetni institut, hrvatski ZOO naziva *zamjena ispunjenja* (naslov čl. 167.). To je *nešto drugo* od izvorno ugovorene obveze. Može biti bilo koji naplatni pravni posao, a najčešće je kupoprodaja.²⁷

4. ZAKLJUČAK

Datio in solutum stari je institut građanskog, odnosno ugovornog obveznog prava. Tijekom povijesti nije čak ni pretrpio bitne promjene, a u radu autor upozorava na one koje su se ipak dogodile i koje su u tijeku.

To što propisi (pa i ZOO) *datio in solutum* uređuju u jednom ili dva članka nije izraz nekakve ispodnormiranosti na koje bi trebali upozoriti.

Stoljeća primjene, svakako u dobroj i kreativnoj primjeni i drugih (srodnih ili sličnih) instituta građanskog prava, stvorila su čvrstu poslovnu i sudsku praksu i institut zapravo *živi* bez nekih većih poteškoća.

Valja, međutim, upozoriti, na opasnost da je riječ i sudi se samo po tom jednom članku Zakona. Problem, naprotiv, valja sagledavati u primjeni drugih pravila i načela obveznog prava.

U svojoj temeljnoj biti je *datio in solutum* oblik ispunjenja ugovorne obveze, i to tako da dužnik daje (a vjerovnik konsenzualno prima) neki drugi predmet ispunjenja obveze. Svako drugo poimanje bilo bi protivno samoj naravi toga instituta.

No to ne znači da je sraz između prvotne i drugotne obveze kod *datio in solutum* sasvim jednostavan. Vrijednost bilo kojega predmeta ispunjenja obveze katkada je vrlo relativna, a vjerovnik je u pravilu u opasnosti da mora prihvatiti drugotnu obvezu, a pitanje je, odgovara li ta obveza vrijednosno potpuno prvotnoj. *Mutatis mutandis* isti je problem i na dužničkoj strani.

Realnost, kauzalnost i ciljnost (kao *causa finalis*) temeljne su građanskopravne karakteristike *datio in solutum*. Svi zakonici traže da vjerovnik *primi* drugotnu činidbu i da je tek onda posao završen, a ugovor ispunjen.

Praktične dvojbe nastanu onda kada to *primanje* nije u punom fizičkom smislu (vjerovnik efektivno ne dobiva novac, a prvotna je obveza najčešće novčana

tekstu: Ovršni zakon).

27 Davanjem *nečeg drugog* dužnik ne bi smio *dati* više no što stvarno duguje. Odgovornost za materijalne i pravne nedostatke pritom nije dostatna zaštita i po stajalištu autora, koje je tijekom ovog rada već izrazio, nužnost je u jačoj mjeri naglasiti ciljnost drugotnog ugovora i dosljedno tome svaki *višak* smatrati ništetnim. Zanimljivo je da po talijanskom pravu drugotna obveza smije biti nove vrijednosti (čl. 1197. st. 1. CC-a). No na to je bitno upozoriti jer su u praksi uočene neke slične tendencije, gdje se, npr. na ime *tobožnje* zaštite vjerovnika za tražbinu od nekoliko stotina kuna blokira bankovni račun dužnika od 100.000,00 EUR. Sve bez provjere utemeljenosti tražbine i mnogostruko niže od samog reklamiranoga duga! Takvu pogrešku institut *datio in solutum* ne bi smio ponoviti.

obveza). Prikazani slučaj s mjenicom to zorno prikazuje, a pravi problem nastaje kada je vjerovnik *primio* mjenicu, ali novac nije uplatio. Mjenica je vrijednosnica, najpoznatiji vrijednosni papir i u njoj je *sadržano* samo pravo.

Jedna je mogućnost da je davanjem mjenice posao dovršen, a po drugoj ipak nije ili je samo polovičan (njem. *zahlungshalber*). Autor se priklonio drugom rješenju, jer mu se čini da u protivnom vjerovnik može lako ostati bez ikakvog prava (prvotna je obveza prestala, a drugotna nije ostvarila cilj), što nije i ne može biti smisao *datio in solutum*.

Pritom je bitno istaknuti da *datio in solutum* nije novacija (obnova), iako su između njih određene sličnosti. Novacija otvara novu *trku* s novom ugovornom obvezom i tek će se u predviđenoj budućnosti otvoriti pitanje ispunjenja. Kod *datio in solutum* je, naprotiv, posao gotov jer je vjerovnik namiren, a obveza ispunjena.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Gorenc, Vilim. ur. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*. Zagreb: Narodne novine, 2014.
2. Koziol, Helmut i Rudolf Welser. *Bürgerliches Recht, Band II: Welser*. Wien: Manz, 2007.
3. Mihelčić, Gabrijela. *Komentar Ovršnog zakona*. Zagreb: Organizator, 2015.
4. Palandt, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*. München: Verlag C. H. Beck, 2002.
5. Rušnov, Adolfo i Stjepan Posilović. *Tumač OGZ-a, Knjiga II*. Zagreb: Knjižara Hartman, 1910.
6. Wimmer, Markus. „Das Kaufmodell bei der *datio in solutum* und seine Folgen im modernen Recht“. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, De Gruyter Berlin* 129, br. 1 (2012): 364-391.
7. Zafarana, Valentina. *Datio in solutum - prospettive storico-comparatistiche*. Roma: Diritto civile e commerciale, 2011.

Pravni propisi:

1. Ovršni zakon, Narodne novine, br. 112/12., 25/13., 93/14., 55/16., 73/17., 131/20.
2. Zakon o obveznim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78., 39/85., 46/85., 57/89., Narodne novine, br. 53/91., 73/91., 3/94., 111/93., 107/95., 7/96., 91/96., 112/99., 88/01., 35/05.
3. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine, br. 35/05., 41/08., 125/11., 78/15., 29/18., 126/21.
4. Zakon o zemljišnim knjigama, Narodne novine, br. 63/19.

Sudska praksa:

1. Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, PSP 24/93 od 18. listopada 1993.

Oliver Radolović*

Summary

FULFILLMENT BY GIVING INSTEAD OF PAYMENT - *DATIO IN SOLUTUM* IN CONTRACTUAL OBLIGATORY LAW

Datio in solutum - fulfillment of an obligation by giving instead of payment - is an important institute of contractual obligatory law. The debtor will thus fulfill their contractual obligation in a different way than agreed, but always with the agreement and consent of the creditor. *Datio in solutum* is, therefore, a legal act, a contract. By fulfilling this second (secondary) subject of the obligation - the obligation ends when the creditor "receives" it. However, not every receiving is always the same, and a problem arises when the receiving is not the physical receiving of money (which is usually the original, primary obligation). The cases of bill of exchange transfers, land registry of real estate ownership, or acquisition of shares as examples of fulfillment of secondary obligations clearly show the problem. Namely, it should not happen that the contract is "executed" but that the creditor "received" a secondary obligation without effectively receiving anything.

Keywords: *datio in solutum; novation (renewal); original (primary) obligation; secondary obligation; fulfillment of the contract; termination of the contract.*

* Oliver Radolović, Ph.D., Assistant Professor, Juraj Dobrila University of Pula, Faculty of Economics and Tourism "Dr. Mijo Mirković"; oradol@unipu.hr. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9490-7978>.

