

Enes Bikić*¹

Almir Gagula**²

DOPUŠTENOST KLAUZULE 20.1 FIDIC PREMA PRAVU BOSNE I HERCEGOVINE

Sažetak

U komercijalnoj praksi u Bosni i Hercegovini evidentan je pojačan značaj FIDIC Uslova ugovora o građenju na velikim građevinskim projektima. Nerijetko se pri realizaciji takvih ugovora javljaju sporovi između naručioca i izvođača vezano za pitanja dodatnih troškova i produženja rokova izvođenja radova. FIDIC predviđa poseban mehanizam rješavanja sporova i definiše prekluziju prava izvođača ako u ugovorenim rokovima ne izvrši najavu svojih potraživanja. Ovaj rad analizira validnost prekluzije takvog potraživanja iz perspektive prava Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: FIDIC, naručilac, izvođač, potraživanja, prekluzija;

I Uvod

FIDIC Uslovi ugovora o građenju (FIDIC) predstavljaju vrlo čest osnov za uređenje ugovornih odnosa između investitora (naručilac, *Employer*) i izvođača (*Contractor*) kod ugovora o građenju za velike infrastrukturne radove na području Bosne i Hercegovine. Brojni su razlozi za takvo što ali se u osnovi mogu svrstati u dvije grupe: (i) adekvatnost regulacije ugovornih odnosa kroz FIDIC uslove i (ii) insistiranje finansijskih institucija koje prate realizaciju tih projekata da osnova ugovornih odnosa između naručioca i izvođača budu upravo FIDIC uslovi.³ Njihova praktična vrijednost je nesporna a zastupljenost u ugovornim odnosima na velikim projektima u BiH evidentna. Primjećujemo da se primjena FIDIC uslova ugovara prilikom izgradnje svih dionica autoputa na koridoru Vc.⁴

¹ Prof.dr. Enes Bikić, prorektor za nastavu i studentska pitanja na Univerzitetu u Zenici

² Doc.dr. Almir Gagula, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici/Advokatski ured Gagula

³ Kao primjer projekta sa takvom pozadinom primjene FIDIC vidjeti detaljnije kod: A. Jusufhodžić/E. Mureškić, *Praktična primjena modela ugovora prema FIDIC „žutoj knjizi“ – Postrojenje za prečišćavanje otpadnih voda u Bihaću*, 4. Dostupno na <http://www.voda.ba> (03.03.2022.)

⁴ Tabela prikaz plana izgradnje autoceste i brze ceste u 2021. godini. Dostupno na <https://www.jpautoceste.ba/plan-gradnje/> (30.01.2022.)

Izgradnja hidrocentrale Vranduk je također bila ugovorena primjenom FIDIC uslova.⁵ Identično je i sa najvećom planiranom investicijom u oblasti energije tj. sa tzv. Blokom 7 u TE Tuzla⁶ kao i u brojnim drugim projektima.

Evidentno je dakle da FIDIC uslovi u komercijalnoj praksi u BiH nisu nikakva novina. Međutim o FIDIC uslovima nije napisano dovoljno iz perspektive prava BiH da bi učesnici u postupcima gradnje i kasnijim arbitražnim postupcima mogli imati adekvatan osnov za otklanjanje dilema koje se u praksi pojavljuju. Sudska praksa sudova u Bosni i Hercegovini na temu FIDIC je praktično nepostojeća, što je razumljivo kada se ima u vidu da se za rješavanje sporova između naručioca i izvođača u pravilu ugovara arbitraža.⁷ Unatoč tome što FIDIC uslovi predstavljaju relativno zaokružen set pravila za ugovor o građenju oni ne isključuju primjenu normi mjerodavnog prava koje se uobičajeno ugovora kao pravo mjesta izvođenja radova.⁸ U tom kontekstu, u relativnom skupim arbitražnim postupcima visoke vrijednosti spora, neka od pitanja mogu biti ključna za uspjeh jedne odnosno druge strane. Jedno od takvih pitanja je pitanje prekluzivnog dejstva propusta izvođača da dostavi najavu svog zahtjeva u roku od 28 dana definisanom čl. 20.1 FIDIC. S obzirom na dileme koje se u praksi prema iskustvu autora pojavljuju, potrebno je ukazati na potencijalno dejstvo određenih instituta poznatih u pravu BiH na čl. 20.1 FIDIC. U tom kontekstu najprije ćemo ukazati na neka osnovna pitanja instituta zastarjelosti i prekluzije u pravu BiH, a potom dati odgovor na pitanje validnosti čl. 20.1 FIDIC iz perspektive prava Bosne i Hercegovine.

1. Zastarjelost u pravu BiH

Zastarjelost je institut poznat u pravnim sistemima od davnina. U pravu BiH zastarjelost se percipira kao gubitak zahtjeva, tj. mogućnosti ostvarivanja potraživanja sudskim putem nakon proteka određenog vremena i po prigovoru dužnika. To ne znači da se gubi pravo kao takvo, ono i dalje postoji. S obzirom da se na zastarjelost ne pazi po službenoj dužnosti, dužniku je ostavljeno da prigovorom zastarjelosti uskrati mogućnost povjeriocu da prinudnim putem ostvari svoje potraživanje. Dužnik međutim i po isteku roka zastarjelosti može dobrovoljno ispuniti svoju obavezu. Ispunjenjem zastarjele obaveze ispunjava se postojeća obaveza, pa dužnik neće moći tražiti vraćanje ispunjenog po osnovu

⁵ Ted tenders electronic daily, Supplément au Journal officiel de l'UE, <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:435305-2014:TEXT:FR:HTML&tabId=1> (03.02.2022)

⁶ Prema Odluci Skupštine društva EP BiH od 18.09.2018. vrijednost investicionog ulaganja je 1,81 milijardi KM, https://www.epbih.ba/upload/documents/52SD_Odluka_investiciono_ulaganje_Blok7_tacka2_2.pdf (30.01.2022.)

⁷ Čl. 20.6 FIDIC – *FIDIC Red Book 1999 International Federation of Consulting Engineers*.

⁸ Čl. 1.4 FIDIC.

stjecanja bez osnova.⁹

Osnovna funkcija zastarjelosti je ostvarenje pravne sigurnosti i eliminisanje nesigurnosti u pravnom prometu. Pravosudni sistem ne smije biti doveden u poziciju da vremenski neograničeno mora obezbijediti prinudno ostvarenje potraživanja. To je povezano i sa praktičnim aspektima u svakom postupku: što je duži period od dospelosti potraživanja do njegovog prinudnog ostvarivanja sudskim putem to je teže dokazivati postojanje takvog potraživanja (svjedoci umiru, isprave nestaju). S obzirom da se potraživanja nasljeđuju i spadaju u ostavinsku masu, bez instituta zastarjelosti sudovi bi se suočavali sa potraživanjima starim nekoliko generacija.¹⁰

Između ostalog iz navedenih razloga, norme koje uređuju pitanje zastarjelosti, kao ustanove koja postoji dominantno u općem tj. javnom interesu, jesu prinudne odnosno imperativne prirode.¹¹ Sud na zastarjelost, unatoč takvoj prirodi zastarjelosti, ne pazi po službenoj dužnosti (*ex officio*), nego samo po prigovoru dužnika (*ope exceptionis*). Ako dužnik prigovor ne istakne najkasnije prije okončanja glavne rasprave, sud se neće obazirati na takav prigovor i isti se ne može iznositi u žalbi.¹² Drugim riječima, ukoliko dužnik ne istakne prigovor zastarjelosti sud neće tužbu odbacivati, nego će nastaviti sa postupkom i donijeti meritornu presudu.¹³ Moglo bi se reći da u tome postoji doza kontradiktornosti: unatoč tome što u osnovama ovog instituta leži opći a ne privatni interes, institut se efektivno ostvaruje tek ukoliko privatni interes pokaže inicijativu za korištenjem zastarjelosti.

Rokovi zastarjelosti su propisani zakonom¹⁴ i ne mogu se mijenjati pravnim poslom, niti se pravnim poslom može odrediti da zastarjelost neće teći određeno vrijeme.¹⁵ Pravni posao koji bi strane eventualno zaključile u tom smislu bi bio (djelimično) ništav kao pravni posao protivan imperativnim normama.¹⁶ Iako to

⁹ A. Bikić, *Obligaciono pravo – Opći dio*, 3. izd., Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2013, 312.

¹⁰ S. Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga prva, Pravni fakultet Kragujevac i Kulturni centar Gornji Milanovac, Novi Sad 1980, 902.

¹¹ Ž. Đorđević/V. Stanković, *Obligaciono pravo (Opšti dio)*, Peto izdanje, Naučna Knjiga, Beograd 1987, 709.

¹² Čl. 207. st. 3. Zakon o parničnom postupku FBiH – ZPP FBiH, “Sl. novine FBiH”, br. 53/2003, 73/2005, 19/2006 i 98/2015.

¹³ Đ. Nikolić, *Obligaciono pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Projuris, Beograd 2006, 157.

¹⁴ Čl. 371-380. Zakon o obligacionim odnosima - ZOO FBiH, “Sl. list SFRJ”, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 - odluka USJ i 57/1989, “Sl. list RBiH”, br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994 i “Sl. novine FBiH”, br. 29/2003 i 42/2011.

¹⁵ Čl. 364. ZOO FBiH.

¹⁶ Čl. 103. i 105. ZOO FBiH.

u zakonu nije eksplicitno određeno, ključna posljedica ništavosti pravnih poslova nije obaveza restitucije¹⁷ nego nepostojanje obaveze. Pravni posao koji je ništav – predstavlja pravni *nullum*, pravno „ništa“ a ništava obaveza – nije obaveza. Dužnost izvršenja obaveze postoji samo za valjane, a ne i za apsolutno ništave pravne poslove.¹⁸ Kao i kod nekih drugih instituta, tako i kod instituta zastarjelosti, veliki značaj ima načelo savjesnosti i poštenja i načelo zabrane zloupotrebe prava. Iako regulisano imperativnim normama i kao takvo ustanovljeno u općem, a ne privatnom interesu, pravo na isticanje zastarjelosti se također može u određenim situacijama koristiti protivno načelu savjesnosti i poštenja i to na način na koji se vrši zloupotreba prava.¹⁹ Opći rok zastarjelosti u pravu FBiH je 5 godina, a u pravu Republike Srpske 10 godina.²⁰ Kada su u pitanju ugovori o prometu roba i usluga, u koje spada i ugovor o građenju, primjenjuje se zastarni rok od 3 godine.²¹

2. Prekluzija u pravu BiH

Drugi institut kod kojeg protek vremena destruktivno djeluje na položaj povjerioca je prekluzija. Pod prekluzijom u materijalno-pravom smislu u pravu BiH podrazumijeva se gubitak određenog prava usljed nepreduzimanja radnje u pravcu očuvanja prava u ostavljenom roku.²² Prekluzija dovodi do gašenja prava zbog proteka vremena.²³ Kada se u prekluzivnom roku ne izvrši određena radnja i na taj način ne iskoristi pravo titulara, isti gubi pravo u cijelosti.²⁴ Svrha prekluzivnih rokova jeste da se povjerilac stavi u poziciju da se u određenom roku opredijeli da li će vršiti određeno pravo ili ne i kao takvi se propisuju u opštem ili interesu strana tako da se jedan pravni odnos u kratkom roku definitivno uredi.²⁵ Ovaj *ratio legis* instituta prekluzije treba zapamtiti jer suštinski opredjeljuje validnost čl. 20.1 FIDIC iz perspektive prava Bosne i Hercegovine.

Prekluzija se značajno razlikuje od zastarjelosti po cijelom nizu svojih osobina: (i) prekluzija je gubitak prava, a zastara dovodi samo do gubitka zahtjeva; (ii) kod

¹⁷ Čl. 104. ZOO FBiH.

¹⁸ Čl. 17. ZOO FBiH.

¹⁹ S. Perović, 140.

²⁰ Čl. 371. ZOO FBiH.

²¹ Čl. 374. ZOO FBiH.

²² B. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Riječka tiskara, Zagreb 1978, 79.

²³ Z. Rašović, *Građansko pravo*, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica 2006, 349.

²⁴ M. Simić/M. Trifković, *Poslovno pravo – osnovi prava i obligacija, privredna/trgovačka društva*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 1999, 38.

²⁵ Ž. Đorđević/V. Stanković, 715.

prekluzije nema zastoja niti prekida rokova kao što je to slučaj kod zastarjelosti; (iii) na prekluzivne rokove sud pazi *ex officio*, a na zastarne samo po prigovoru stranke; (iv) moguće je tražiti povrat obaveze ispunjene po proteku prekluzivnog roka, kod zastarjelosti to nije slučaj.²⁶ Prekluzija, može svoj izvor imati u zakonu, pravnom poslu ili sudskoj odluci.²⁷ Stav da prekluzivni rokovi mogu imati svoj izvor i u pravnom poslu od također je od velikog značaja za tretman pravne prirode i valjanosti klauzule iz čl. 20.1 FIDIC.

Primjeri prekluzije u pravu BiH su brojni. Tako se poništenje pobojnog ugovora može tražiti u prekluzivnom roku od 1 godine. Po isteku tog roka²⁸, na koji sud pazi po službenoj dužnosti, prestaje pravo zahtijevati poništenje ugovora²⁹ i dolazi do prećutne konvalidacije.³⁰ Rokovi za pobijanje pravnih radnji učinjenih na štetu povjerioca također su prekluzivne prirode.³¹ Identično je i sa rokovima za poništenje ugovora zbog prekomjernog oštećenja.³²

Rokovi koje zakon ostavlja kupcu stvari za obavještenje prodavcu o postojanju materijalnih nedostataka su prekluzivne prirode³³ i njihovim protekom kupac gubi prava po osnovu odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke.³⁴ Kod ugovora o leasingu, korisnik leasinga može koristiti prava iz garantnog lista prema dobavljaču u prekluzivnom roku od godinu dana.³⁵ Riječ je o gubitku cjelokupnog prava, a ne samo gubitku zahtjeva iz obligacionog odnosa. Jednaku prirodu imaju i rokovi za ostvarivanje prava kupca u vezi sa izdatom garancijom za ispravno funkcionisanje stvari.³⁶ Sličnu prirodu imaju i rokovi predviđeni

²⁶ A. Bikić, 332.

²⁷ S. Perović, 910.

²⁸ Čl. 117. ZOO FBiH.

²⁹ M. Povlakić, „Zaštita jemaca u Federaciji BiH s posebnim osvrtom na ograničenja u njegovoj primjeni“, *Sudska praksa*, br. 62, 43 i 143.

³⁰ Vrhovni sud RH br. Rev. 236/89; Vrhovni sud CG br. Rev. 324/95; Vrhovni sud BiH br. Rev. 781/89;

³¹ A. Bikić, 201.

³² A. Bikić, „Promijenjene okolnosti i prekomjerno oštećenje kod dvostranih ugovora“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu*, Vol. 54, 2011, 91.

³³ Čl. 482. ZOO FBiH.

³⁴ Vrhovni sud BiH br. Rev. 569/83; VTS br. Pž. 6/07; Vrhovni sud FBiH br. Pž. 204/99; Vrhovni sud BiH br. Rev. 21/94; Z. Slakoper, „Odgovornost za pravne nedostatke u Zakonu o obveznim odnosima i izabranim pravnim porecima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 28 No. 1, 2007, 366; D. Vujisić, *Poslovno pravo – Trgovinsko pravo*, Banja Luka 2009, 78.

³⁵ E. Bikić/A. Brkić, „Odgovornost dobavljača za ispunjenje obaveza iz posla finansijskog leasinga u domaćem pravu i praksi“, *Zbornik radova međunarodne naučno stručne konferencije Izgradnja modernog pravnog sistema*, Sarajevo, 2014, 365.

³⁶ A. Šabić-Učanbarlić, „Garancija za ispravno funkcionisanje stvari u ugovoru o potrošačkoj

CISG. Naime, kod skrivenih nedostataka provjera se može izvršiti u objektivnom roku od dvije godine računajući od dana stvarne predaje robe kupcu, izuzev kada je taj rok nesaglasan sa ugovornim garantnim rokom. Rok je objektivne i prekluzivne prirode.³⁷

Norme koje regulišu pitanje dužnosti kupca da pravodobno istakne prigovor vezano za nedostatke na prodanoj stvari se percipiraju kao norme dispozitivne prirode što znači da strane u ugovornom odnosu mogu u okviru slobode ugovaranja svojim sporazumom izmijeniti njihovo dejstvo.³⁸ U Zakonu o obligacionim odnosima inače dominiraju odredbe dispozitivne prirode³⁹, te stoga ne čudi da su odredbe koje uređuju pitanje odgovornosti za materijalne nedostatke također uglavnom dispozitivne naravi. Jednako vrijedi i za odredbe o garanciji za ispravnost proizvoda.⁴⁰ Interesantnim vrijedi spomenuti da su pravila o ugovornoj odgovornosti za štetu također pretežno dispozitivne naravi.⁴¹ Kod odgovornosti prodavca za pravne nedostatke prodane stvari moguće je vrijeme reklamacije odrediti ugovorom, a ako se to ne učini vrijedi jednogodišnji prekluzivni rok.⁴² Prekluzivni rokovi postoje i kod drugih ugovora, kao što je ugovor o prevozu stvari drumom, a što je za našu temu najbitnije - i ugovor o građenju.⁴³

Slično navedenom, rok u kojem strana može tražiti zaključenje glavnog ugovora po osnovu zaključenog predugovora⁴⁴ također je prekluzivne prirode. Po isteku roka od 6 mjeseci od roka predviđenog za zaključenje ugovora, a ako nije predviđen, počev od dana kada je prema prirodi posla ugovor trebao biti

prodaji“, *Revija za pravo i ekonomiju, Godina 18. br. 1*, Mostar 2017, 375; Vrhovni sud Srbije br. Rev. 369/02.

³⁷ Čl. 39. st. 2. CISG; M. Trifković *et al.*, *Međunarodno poslovno pravo*, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2009, 254.

³⁸ S. Fišer-Šobot, „Odgovornost prodavca za isporuku robe u međunarodnom i domaćem pravu“, doktorska disertacija, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad, 2009, 128 i 145.

³⁹ Čl. 20. ZOO FBiH: „Učesnici mogu svoj obligacioni odnos urediti drugačije nego što je ovim zakonom određeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njenog smisla ne proizlazi što drugo.“

⁴⁰ P. Klarić/M. Vedriš, *Građansko pravo – Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, XII. neizmijenjeno izdanje, Zagreb 2009., 417 i 425.

⁴¹ *Ibid*, 606.

⁴² Čl. 515. ZOO FBiH; M. Trifković *et al.*, *Poslovno pravo – Ugovori, vrijednosni papiri i pravo konkurencije*, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo 2004, 88.

⁴³ M. Trifković *et al.* (2004), 218, 268. Prekluzivni rokovi kod ugovora o građenju poznati su npr. i u pravu Kosova, N. Dauti (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Priština 2013, 231.

⁴⁴ Čl. 45. ZOO FBiH.

zaključen – nastupa prekluzija zahtjeva za zaključenje ugovora.⁴⁵ Pošto je riječ o materijalno-pravnoj prekluziji sud će morati odlučiti o tužbenom zahtjevu za zaključenje glavnog ugovora čak i ako je isti podnesen po proteku roka od 6 mjeseci⁴⁶ neovisno od toga što će pazeći po službenoj dužnosti na primjenu materijalnog prava takav tužbeni zahtjev odbiti. Pravo naručioca kod ugovora o djelu da ostvaruje prava po osnovu nedostataka izvršenog posla⁴⁷ prestaje po isteku godinu dana od učinjenog obavještenja i riječ je o prekluzivnom a ne zastarnom roku.⁴⁸

U oblasti prava privrednih društava, također postoje prekluzivni rokovi čije propuštanje dovodi do gubitka prava dioničara u dioničkom društvu odnosno članova društva sa ograničenom odgovornošću.⁴⁹ Naime, dioničari u dioničkom društvu imaju pravo iz zakonom predviđenih razloga pobijati odluke skupštine dioničkog društva. To pravo se gasi protekom roka od 60 dana od dana održavanja skupštine dioničkog društva.⁵⁰ Slično je regulisano i pitanje prava članova u društvu sa ograničenom odgovornošću. Njihovo pravo pobijanja odluka skupštine društva se gasi istekom roka od 30 dana od dana donošenja odluke.⁵¹ Još jedan specifičan oblik prekluzije postoji za slučaj ostvarivanja prava na naknadu štete u odnosu na članove uprave društva. Naime, član društva sa ograničenom odgovornošću može za račun društva podnijeti tužbu protiv člana uprave ili člana nadzornog odbora društva zbog štete koju je prouzrokovao društvu. Takva tužba je dvojako uslovljena: (i) mora joj prethoditi podnošenje zahtjeva društvu da društvo podnese zahtjev za naknadu štete u odnosu na navedena lica, te (ii) ako takav zahtjev bude odbijen ili ako o istom nije odlučeno član društva može u roku od 90 dana od odbijanja prijedloga odnosno od propuštanja donošenja odluke pokrenuti tužbu pred nadležnim sudom.⁵² Propuštanje postupanja na navedeni način dovodi do prekluzije prava člana društva da podnosi tužbu za račun društva u odnosu na navedena lica.

⁴⁵ Apelacioni sud Brčko Distrikta BiH br. Gž-39/05.

⁴⁶ S. Mulabdić/H. Mutapčić, „Dejstvo predugovora“, *Sudska praksa*, 85, 2020, 26; H. Horak *et al.*, *Uvod u trgovačko pravo*, Sveučilište u Zagrebu Ekonomski fakultet, Zagreb 2016, 141; I. Babić, *Privredno pravo*, Univerzitet Singidunum, Beograd 2008, 110.

⁴⁷ Čl. 616. ZOO FBiH.

⁴⁸ Vrhovni sud FBiH br. 070-0-Rev-09-000010; Vrhovni sud Srbije br. Prevl. 234/04; Vrhovni sud Srbije br. P.Rev.77/97.

⁴⁹ E. Bikić/A. Gagula, *Pravo privrednih društava*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica 2019, 253.

⁵⁰ Čl. 246. Zakon o privrednim društvima – ZPD FBiH, “Sl. novine FBiH”, br. 81/2015 i 75/2021.

⁵¹ Čl. 338. ZPD FBiH; E. Rizvanović, *Poslovno pravo – osnivanje, natjecanje, prestanak poslovnih subjekata*, Privredna štampa, Sarajevo 2013, 110.

⁵² Čl. 346. ZPD FBiH.

Prekluzivni rokovi nisu imanentni samo obligacionim odnosima nego vrijede i u oblasti radnog prava.⁵³ Pravo na podnošenje tužbe za zaštitu prava iz radnog odnosa unutar zakonom ostavljenog roka⁵⁴ prestaje istekom roka. Drugim riječima nastupa prekluzija procesno-pravne prirode.⁵⁵

Iz navedenog se može zaključiti da u pravu Bosne i Hercegovine postoji široka prihvaćenost instituta prekluzije kod kojeg nevršenje određenog prava u zakonom ili ugovorom definisanom roku dovodi do gubitka prava kao takvog *ipso iure*. Povjerilac koji nije koristio svoje pravo u ostavljenom roku gubi pravo i za razliku od situacije sa zastarjelim potraživanjem gdje po prigovoru dužnika gubi mogućnost prinudnog ostvarenja prava – povjerilac neovisno o prigovoru dužnika gubi svoje pravo u cjelini.

3. Sloboda ugovaranja kao polazna i ishodišna tačka

Sloboda ugovaranja kao jedno od osnovnih načela obligacionog prava Bosne i Hercegovine⁵⁶ sadržajno obuhvata pitanja specifična za većinu modernih pravnih sistema. Sloboda ugovaranja u pravu BiH obuhvata širok spektar sloboda za svakog ugovarača: a) Sloboda zaključenja ugovora. Svako lice ima osnovnu slobodu da odluči hoće li uopće zaključiti ugovor ili ne. Ugovor nastaje slobodnom i saglasno izjavljenom voljom ugovornih strana. Sloboda da se uopće zaključi ili ne zaključi ugovor predstavlja osnovnu slobodu pravnih i fizičkih lica u našem pravnom sistemu. Ova sloboda ima svoja pravna i ekonomska ograničenja. b) Sloboda izbora suprotne strane. Svaki subjekt prava, u pravilu, ima i slobodu da izabere drugu ugovornu stranu, tj. da izabere koje lice će biti odnosno koje lice neće biti njegov saugovarač. Iako naizgled i po prirodi stvari najveća i najlogičnija sloboda - i ovaj oblik slobode ugovaranja ima svoja pravna ali i ekonomska ograničenja. c) Sloboda uređenja sadržaja ugovora. U idealnom konceptu apsolutne primjene slobode ugovaranja, ugovarači bi imali pravo da sadržinu svog ugovornog odnosa urede na način kako to njima najbolje odgovora – i to u potpunosti onako kako to njima najbolje odgovara. Međutim, ovaj pojavni oblik slobode ugovaranja je najteže pogođen ograničenjima koja se nameću ovoj slobodi. Prekoračenje unaprijed postavljenih granica nužno znači sankciju u obliku ništavosti ugovora. d) Sloboda izbora forme ugovora. Ugovarači slobodno odlučuju ne samo o tome

⁵³ Vrhovni sud FBiH br. 70 Rs 000996 10 Rev; Vrhovni sud FBiH br. 65 0 Rs 041086 11 Rev.

⁵⁴ Čl. 114. Zakona o radu FBiH – ZoR FBiH, “Sl. novine FBiH”, br. 26/2016, 89/2018, 23/2020, 49/2021 i 103/2021.

⁵⁵ Zaključak sjednice građanskog odjeljenja Vrhovnog suda FBiH od 27.08.2003.

⁵⁶ Čl. 10. ZOO FBiH.

hoće li, kada će, s kim, na koji način i sa kojom sadržinom zaključiti ugovor, nego slobodno odlučuju o izmjeni elemenata već postojećeg ugovora i o njegovom prestanku. Funkcionalna ograničenja ovog oblika slobode ugovaranja najbližnja su po svojoj prirodi sa ograničenjima slobode ugovarača u pogledu uređenja sadržaja samog ugovora.

Sloboda ugovaranja podrazumijeva između ostalog i pravo subjekata prava da odluči da li će uopće zaključiti određeni ugovor. Kao ni ostali pojavnici oblika slobode ugovaranja, tako ni pravo na odluku da li će se ugovor zaključiti nije apsolutno ili neprikosnoveno pravo dato subjektima prava. Suprotno ovakvom pogledu, ograničavanje slobode ugovaranja u ovom smislu je bilo suprotno postavkama klasične ugovorne teorije. Ista je naime percipirala dužnost zaključenja ugovora, izvan prethodno preuzete ugovorne obaveze (predugovor), kao nešto što implicira prinudu pri zaključenju ugovora. Sloboda ugovaranja i prinuda pri zaključenju ugovora su u direktnoj kontradikciji odnosno negaciji jedna druge.⁵⁷ Sloboda da se subjekt prava odluči hoće li zaključiti ugovor, podvrgnuta je sve češćim ograničenjima.⁵⁸

Obaveza zaključenja ugovora u pravilu se propisuje zakonom⁵⁹, a ne propisom niže pravne snage. Brojni su primjeri legalnih ograničenja slobode ugovaranja u tom smislu.⁶⁰ Zakon o zaštiti potrošača u BiH trgovcima nameće obavezu da prodaju proizvode, odnosno pružaju usluge svim potrošačima po istim uslovima.⁶¹ Prijevoznik koji obavlja linijski prijevoz dužan je ne samo uredno i redovno održavati objavljenu liniju nego je i dužan primiti na prijevoz, tj. zaključiti ugovor o prijevozu, sa svakom osobom koja ispunjava njegove objavljene opće uvjete.⁶² Ugostitelj je dužan primiti na čuvanje stvari gostiju, izuzev ako ne raspolaže prikladnim kapacitetom ili ako čuvanje prelazi njegove mogućnosti iz drugog razloga.⁶³

Sve osobe koje se bave obavljanjem tuđih poslova, kao vlastitim zanimanjem, ili ista javno nude, iako nisu obligatorno dužni prihvatiti ponudu svih takvih lica, dužni su o tome obavijestiti zainteresirano lice, inače mu odgovaraju za štetu koju

⁵⁷ F. Kessler *et al.*, „Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, And Freedom Of Contract: A Comparative Study“, *Harvard Law Review*, v. 77, 3/1964, 409.

⁵⁸ B. Blagojević/V. Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – I. knjiga*, Savremena administracija, Beograd, 1983, 106.

⁵⁹ J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2009, 232.

⁶⁰ S. Perović, 187-189.

⁶¹ Čl. 7. st. 2. i 4. Zakona o zaštiti potrošača u Bosni i Hercegovini – ZZP BiH, „Službeni Glasnik BiH“, br. 25/2006 i 88/2015.

⁶² Čl. 649. ZOO FBiH.

⁶³ Čl. 725. ZOO FBiH.

pretrpi usljed tog neobavješćavanja o neprihvatanju angažmana.⁶⁴ Nametanjem obaveze odgovaranja za štetu, ograničava se njihova sloboda ugovaranja, jer ako ugovor i ne moraju zaključiti, moraju aktivno djelovati ako žele spriječiti nastanak obligacionog odnosa. Sloboda ugovaranja svakako znači zaključivati ugovore koje subjekt prava želi i s kim god da želi (aktivan odnos). Ali potpuna sloboda ugovaranja bi značila i izostajanje potrebe za bilo kakvom pravnom ili faktičkom radnjom u konzumaciji te slobode (pasivan odnos).

Advokati su dužni zaključiti ugovor o osiguranju od odgovornosti.⁶⁵ Isto vrijedi i za notare⁶⁶, ali iako bi bilo sasvim logično, obligatorno osiguranje od odgovornosti nije propisano za liječničku djelatnost.⁶⁷ Po prirodi stvari javne službe koje obavljaju određenu djelatnost moraju pristupiti zaključenju ugovora sa trećim licima (javni transport, javno skladištenje, djelatnost u oblasti kulture).⁶⁸

Za razliku od razloga koje zakonodavac ima na umu prilikom ograničavanja drugih oblika slobode ugovaranja, razloga koje pravna teorija i ponegdje praksa identificiraju kao razloge takvih ograničenja, kod ograničenja slobode sadržaja ugovora stanje je mnogo kompleksnije. Dok je zakonodavac gotovo konzistentan kod ograničavanja slobode zaključenja ugovora ili ograničenja slobode u pogledu forme ugovora, i bez pogovora koristi gotovo kristalno jasne imperativne formulacije kako u pogledu zabrane tako i sankcije, kod sadržaja ugovora nije uvijek jednostavno odrediti da li zakonodavac određeni zahtjev postavlja s ciljem definitivnog ograničenja slobode ugovaranja sa najstrožim posljedicama u slučaju nepoštivanja norme – ili je pak riječ o normama koje ne povlače za sobom ograničenje slobode ugovaranja makar se sadržinski odstupalo od zahtjeva norme.

Naš zakonodavac na dva bitna mjesta iskazuje svoj zahtjev prema adresatima u pogledu sadržaja ugovora. Najprije se odredbom čl. 10. Zakona o obligacionim odnosima određuje da ugovarači slobodno uređuju svoje obligacione odnose, ali pri tome iste ne smiju uređivati protivno Ustavu, prinudnim propisima ili moralu društva. Ova odredba nesumnjivo sadrži okvir u kojem se ugovarači moraju kretati odnosno u kojem su slobodni uređivati obligacione odnose.

Potom se zakonodavac odlučuje i za eksplicitnu sankciju kršenja prednjeg zahtjeva propisivanjem sankcije takvom ugovaranju koje prelazi te predefinirane okvire korištenja slobode ugovaranja. Prema odredbi čl. 103. ZOO ugovor koji

⁶⁴ Čl. 750. ZOO FBiH.

⁶⁵ Čl. 30. Zakona o advokaturi FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, broj 40/02, 29/03, 18/05, 68/05 i 42/11.

⁶⁶ Čl. 59. Zakona o notarima - “Službene novine Federacije BiH”, br. 45/2002 i 30/2016 - odluka US.

⁶⁷ Čl. 137. Zakona o zdravstvenoj zaštiti FBiH – „Službene novine Federacije BiH“, br. 46/10 i 75/13.

⁶⁸ B. Blagojević/V. Krulj, 106.

je protivan ustavu, prinudnim propisima ili moralu društva je ništav. Kao takav ugovor ne proizvodi pravne posljedice. Posljedica ništavosti je restitucija onog što je dato u izvršenju takvog ugovora.⁶⁹ Zakon o obligacionim odnosima se na još dva mjesta određuje u pogledu slobode ugovaranja. Najprije se u čl. 49. nedopuštenim predmetom obligacije određuje onaj koji je protivan Ustavu, prinudnim propisima ili moralu društva. Potom se u čl. 51 st. 2. ZOO jednako nedopuštenim ocjenjuje osnov ugovora koji je protivan Ustavu, prinudnim propisima ili moralu društva.⁷⁰ Konkretizacija ovog opredjeljenja za ograničavanje slobode ugovaranja na bazi navedenih kriterija izvršena je i kod uslova pa je tako određen ništavim ugovor u kojem je odgodni ili raskidni uslov ugovoren protivno kriterijima iz čl. 10. ZOO.⁷¹ Navedene odredbe predstavljaju suštinski okvir za ograničenje slobode ugovaranja u pravu Bosne i Hercegovine.

Sloboda ugovarača da odrede sadržaj ugovora može biti i najčešće jeste ograničena tzv. prinudnim, imperativnim normama (*ius cogens, ius strictum*). Riječ je o tipičnom obliku ograničavanja slobode ugovaranja primjetnom u svim pravnim sistemima. Zakonodavac vođen vlastitom idejom o tome koji su društveni odnosi dopušteni a koji ne, podvrgava iste prinudnim propisima u namjeri da određena društvena ponašanja spriječi ili ograniči. Instrument kojim se taj cilj postiže nazivamo imperativni normama. Imperativne norme se razlikuju od dispozitivnih po tome što dispozitivne norme vrijede ukoliko ugovarači drugačije ne odrede sadržaj ugovornog odnosa. Volja ugovornih strana u pogledu sadržaja ugovora nadjačava dispozitivne norme. Sa imperativnim normama to nije slučaj. One vrijede u pogledu ugovornog odnosa ugovarača, bez obzira da li su ugovarači ugovorili njihovu primjenu i bez obzira da li možda ugovarači za konkretan slučaj uopće ne žele primjenu imperativnih normi. Pojednostavljeno rečeno, nad imperativnim normama ugovarači nemaju pravnu moć, nego je upravo suprotno. Imperativna norma nadjačava volju ugovarača. Stoga i jeste pravilo da se ima smatrati ništavim ugovor koji je protivan imperativnim normama, odnosno prinudnim propisima.⁷² Imperativne norme mogu biti sadržane u propisima različitog ranga – u zakonskim ili podzakonskim aktima. S obzirom na prirodu imperativnih normi, uobičajeno je da se iste nalaze u zakonskim propisima.

Terminološki aparat kojim se zakonodavac služi da bi precizno odredio normu koja je imperativnog karaktera veoma je osebujan, diferenciran i može, od slučaja do slučaja, stvarati manje ili više ozbiljne probleme u praksi. Većih problema neće biti tamo gdje zakon izričito propisuje sankciju ništavosti upotrebom termina “ništav je”. Zakonodavac pak može koristiti i druge terminološke

⁶⁹ Čl. 104. ZOO FBiH.

⁷⁰ B. Blagojević/V. Krulj, 53.

⁷¹ Čl. 75. st. 1. ZOO FBiH.

⁷² Čl. 103. ZOO FBiH.

oblike kao što su: “mora”⁷³, “ne može”⁷⁴, “nedopušteno je”, “zabranjeno je” i sl. Ukoliko zakonodavac nije upotrijebio termine iz kojih bi nesporno proizilazio imperativan karakter norme čije kršenje bi rezultiralo ništavošću, tada sud treba tumačiti normu najprije na način da utvrdi cilj koji je zakonodavac imao u vidu u konkretnom slučaju.⁷⁵

Sloboda ugovarača u pogledu sadržaja ugovora u kontekstu imperativnih normi nije određena pozitivno (afirmativnim determiniranjem okvira), određenjem granica u okviru kojih se ugovarači mogu (i moraju) kretati da bi osigurali da se sadržaj njihova ugovora zadrži u dozvoljenim granicama. Naprosto, kada je sadržaj ugovora u pitanju, jednako kao i kod forme, vrijedi pravilo po kojem je dopušteno sve ono što nije *eksplicitno* kao takvo zabranjeno. Dakle, sadržaj ugovora će biti uvijek dopušten, izuzev kada ugovarači kontrahiraju prava i obaveze u sadržini koja je imperativnim normama označena kao nedopuštena. Kada se govori da je određeni ugovor po svom sadržaju protivan imperativnim, prinudnim, propisima, onda se uglavnom misli na propise koji su sadržani u izvorima građanskog prava. No moguće je da je imperativna norma sa punim dejstvom na sadržaj određenog ugovornog odnosa sadržana i u propisima drugih grana prava, ponajprije krivičnog i upravnog.⁷⁶

4. Mehanizam rješavanja sporova prema FIDIC

Mehanizam rješavanja sporova predviđen FIDIC spada u red tzv. MDR klauzula (*Multi-Tier Dispute Resolution*) tj. višeslojnih klauzula za rješavanje sporova. Generalno posmatrano ovakve klauzule nisu izuzetak u kompleksnim komercijalnim ugovorima i služe da obezbijede redoslijed rješavanja sporova kroz slijed pojedinih faza koje se mogu sastojati od različitih kombinacija pojedinih mehanizama ADR i arbitraže: pregovori, medijacija, determinacija od strane eksperta i konačno arbitraža.⁷⁷ Različita zakonodavstva imaju diferenciran pristup brojnim pitanjima koja su povezana sa MDR klauzulama. Tako se otvara pitanje da li MDR klauzule imaju materijalno ili proceduralno dejstvo, da li njihovo nepoštivanje otvara pitanje dopuštenosti zahtjeva ili otvara pitanje nadležnosti arbitražnog vijeća, da li su obavezne i kakve su posljedice njihovog

⁷³ Čl. 455, 543, 630. st. 2. ZOO FBiH.

⁷⁴ Čl. 270. st. 3, 364, 399. st. 1. ZOO FBiH.

⁷⁵ D. Popov, *Građansko pravo (opšti deo)*, Službeni glasnik, Beograd 2001, 256.

⁷⁶ B. Vizner, 54.

⁷⁷ D. Kayali, „Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses“, *Journal of International Arbitration*, 2010, Volume 27 Issue 6, 552.

kršenja.⁷⁸

Sudovi u SAD i Evropi generalno imaju pozitivan pristup ovakvim klauzulama i podržavaju njihovu izvršivost.⁷⁹ Takvo što nije ni čudno: MDR klauzule imaju brojne prednosti pred jednoslojnim rješavanjem kompleksnih sporova unutar nacionalnog pravosuđa. Njihova implementacija podstiče stranke na (i) uštedu novca i vremena kroz pokušaj ranog rješenja spora, (ii) veću fleksibilnost i (iii) ponekad manje gorčine jer se diskusija o uzajamnim potraživanjima vodi u manje suparničkom okruženju.⁸⁰ Kako je završni dio MDR klauzule obično arbitraža, time se ujedno postižu i svi pozitivni efekti zahvaljujući prednostima koje arbitraža ima u odnosu na redovni sudski postupak. Ne treba posebno ni isticati kako je upravo arbitraža preferirani modalitet rješavanja sporova iz kompleksnih ugovora sa međunarodnim elementom.

Stoga ne iznenađuje činjenica da FIDIC uslovi, predviđen za kompleksan ugovornih odnos, visoke vrijednosti, sa narazličite načine prisutnim međunarodnim elementom – usvaja i detaljno implementira MDR rješenje kao model rješavanja sporova koji nastanu između izvođača i naručioca. FIDIC uslovi MDR klauzulu sadrže u odredbi čl. 20 koja nosi naslov Zahtjevi, sporovi i arbitraža. Prema konceptu koji čl. 20 FIDIC uvodi potraživanje izvođača radova mora proći kroz mandatorni slijed od nekoliko koraka: 1. Najavu zahtjeva (*Notice*); 2. Detaljni zahtjev (*Detailed Claim*); 3. Odluka inženjera; 4. Podnošenje zahtjeva DAB (*Dispute Adjudication Board*), 5. Odluka DAB; 6. Najava nezadovoljstva (*Notice of Dissatisfaction*), 7. period hlađenja (*Cooling-off*), 8. Arbitraža.⁸¹

5. Najava zahtjeva izvođača

Jedna od ključnih specifičnosti FIDIC modela rješavanja sporova jeste mandatornost prvog koraka u MDR klauzuli, tj. Najave zahtjeva (*Najava, Notice*). Koncept gubitka prava izvođača u slučaju izostanka najave potraživanja u roku od 28 dana je uveden FIDIC Crvenom Knjigom 1999.⁸² Prema odredbama čl. 20 FIDIC Najava izvođača je potrebna u roku od 28 dana od dana kada je izvođač postao svjestan događaja ili okolnosti koji daje osnov za njegov zahtjev za dodatnim plaćanjem (*Costs*) ili produženjem rokova za izvođenje radova po ugovoru (*Extension of Time*). Jedno od pitanja koje se u tom kontekstu postavlja

⁷⁸ C. Oetiker/C. Walz, „Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland“, *ASA Bulletin*, 2017, Volume 35 Issue 4, 876.

⁷⁹ J. Nolan-Haley, *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 2020, 294.

⁸⁰ D. Baizeau/A-M. Loong, „Chapter 13, Part X: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses“, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2013, 1453.

⁸¹ Čl. 20. FIDIC.

⁸² C. Chern, *The Law of Construction Disputes*, Third Edition, 2020, 334.

jeste koji je tačno opredjeljujući moment od kojeg izvođaču teče rok od 28 dana za Najavu. Postavlja se pitanje da li je riječ o subjektivnom ili objektivnom roku. U praksi se smatra da je lakše dokazati objektivni nego subjektivni rok.⁸³

Najava mora biti u pisanoj formi. Po nekim autorima dovoljne su dvije-tri rečenice u kojima izvođač najavljuje svoj zahtjev, bez njegove obaveze da navede bilo kakav iznos novca koji potražuje ili broj dana za koje traži produženje roka za izvođenje radova.⁸⁴ Drugi autori sugeriraju oprezniji pristup koji upućuje na identificiranje FIDIC klauzula koje daju izvođaču osnov za najavu.⁸⁵ Korisno je u svakom slučaju navesti da se najava daje pozivom na čl. 20.1 FIDIC kako bi se izbjegli sporovi u vezi sa prirodom najave.⁸⁶ U praksi se također navodi kako se kao uslov prihvatljivosti najave s obzirom na sadržaj ogledaju u slijedećem: (i) najava je u pisanoj formi dostavljena inženjeru, (ii) opisuje događaj ili okolnost na koju se odnosi i (iii) sadrži obavijest o namjeravanom zahtjevu za produženje roka (ili za dodatno plaćanje ili oboje) prema ugovoru ili u vezi sa ugovorom.⁸⁷

Obaveza Najave je konstruisana kao preduslov za ostvarenje zahtjeva.⁸⁸ Drugim riječima ukoliko Najava ne bude dostavljena naručiocu u ostavljenom roku izvođač gubi pravo na svoje dodatne zahtjeve.⁸⁹ Iako se predmetnom klauzulom postavlja *cut-off* datum za podnošenje Najave, ista se može posmatrati razumno široko postavljenom uzimajući u obzir njene ozbiljne efekte.⁹⁰ Nije iznenađujuće da su izvođači u sporovima vrlo često osporavali prekluzivno dejstvo čl. 20.1 FIDIC.⁹¹ Takav pristup je razumljiv: suočeni sa vlastitim propuštanjem roka za Najavu, izvođači unutar normi mjerodavnog prava koje se primjenjuje na dati ugovorni odnos, pokušavaju argumentirati dejstvo određenih instituta s ciljem negiranja prekluzivnog efekta Najave. Jedan put argumentiranja protiv validnosti dejstva

⁸³ G. Owen, „The Working of the Dispute Adjudication Board (DAB) under New Fidic 1999“, www.fidic.org, 2003, 18.

⁸⁴ C. R. Seppälä, „Contractor’s Claims Under The FIDIC Contracts For Major Works“, www.fidic.org, 2005, 14.

⁸⁵ M. D. Robinson, *A Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions of Contract*, 2011, 96.

⁸⁶ E. Baker *et al.*, *FIDIC Contracts: Law and Practice*, 2009, 318; Chapter 4: Project Risks u Permanent Forum of China Construction Law (ed), *The Belt and Road Initiative: Legal Risks and Opportunities Facing Chinese Engineering Contractors Operating Overseas*, 2019, 202-203.

⁸⁷ *Obrascon Huarte Lain SA v Her Majesty’s Attorney General for Gibraltar* [2014] EWHC 1028 (TCC), para. 313.

⁸⁸ R. Thomas, *Construction Contract Claims*, Second Edition, 2001, 28.

⁸⁹ N. Gould, „Making claims for time and money“, www.fidic.org, 3; A. Burr, *Delay and Disruption in Construction Contracts*, Fifth Edition, 2016, 226.

⁹⁰ C. Chern, *Chern on Dispute Boards – Practice and Procedure*, Third edition, 2015, 443.

⁹¹ Y. A. Karaşahin, „Contractual Time Limits to Commence Arbitration“ u Maxi Scherer (ed.), *Journal of International Arbitration*, 2020, Volume 37 Issue 2, 228.

čl. 20.1 FIDIC je putem tumačenja navedene klauzule iz perspektive instituta koji uređuju pitanje zastarjelosti. Naime, u određenim pravnim sistemima strane u ugovornom odnosu ne mogu skraćivati ili produžavati rokove zastarjelosti definisane zakonom.

Tako je npr. u Poljskom pravu zabranjeno skraćivanje perioda zastarjelosti u odnosu na zakonom definisane rokove pa su postojali određeni argumenti u pravcu nezakovitosti čl. 20.1 u pravu Poljske uz kontra-argumente da bi se čl. 20.1 FIDIC mogao posmatrati iz prizme prekluzije, a ne zastarjelosti.⁹²

U drugim jurisdikcijama se također spominju različiti argumenti u pravcu oduzimanja dejstva čl. 20.1 FIDIC.⁹³ Argumentira se da je primjerice klauzula iz ugla prava Italije nevaljana zbog čl. 2965 *Codice Civile* koji predviđa ništavost prekluzivnih klauzula koje su pretjerano otežavajuće za jednu stranu. Pri argumentu se očito ne vodi računa o tome da je očuvanje prava izvođača vrlo jednostavno i zahtjeva da izvođač u roku od 28 dana dostavi najavu svog potraživanja, bez bilo kakvih pretjeranih formalnosti s tim u vezi.

Pojedini autori sugerišu da je pravo Francuske generalno sklono prihvatanju ovakvih klauzula pod uslovom da su razumne u konkretnim okolnostima.⁹⁴ Argumentira se također da bi zemlje kruga šerijatskog prava generalno bile nesklone prihvatati validnost ovakvih klauzula jer produžava zastarne rokove suprotno principima šerijatskog prava⁹⁵, između ostalog tako i u pravu UAE.⁹⁶ Kada je u pitanju egipatsko pravo, pojedini autori nalaze da je odredba čl. 20.1 FIDIC validna.⁹⁷ S druge strane spektra, iznenađujućim se čini da u švicarskom pravu ne postoji iskristaliziran stav o validnosti klauzule.⁹⁸ Prema arbitražnoj praksi pravo Tanzanije prihvata dejstvo čl. 20.1 FIDIC.⁹⁹ U pravu Bugarske postoje dva diferencirana pristupa ovom pitanju od kojih jedno favorizira valjanost ovakve vrste klauzula, a drugo da su klauzule nevaljane jer su u suprotnosti sa

⁹² B. Jaworski, „Applying the 20.1 Sub-Clause of the FIDIC Conditions of Contract under Standards of Polish Civil Law“, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol. 7, No. 2, 2017, 14-23.

⁹³ M. Rubino-Sammartano, „FIDIC’s clause 20.1 – A civil law view“, *Construction Law International*, Vol. 4, No. 1, 2009.

⁹⁴ R. Knutson (ur.), *FIDIC - An Analysis of International Construction Contracts*, 2005, 84.

⁹⁵ M. Sakr, „Turnkey Contracting under the ICC Model Contract for Major Projects: A Middle Eastern Law Perspective“, *26(2) Int’l Constr. L. Rev.* 146, 2009, 149.

⁹⁶ C. Edwards *et al.*, „Variations and the Resolution of Disputes under the FIDIC Red Books“, Nassib G. Ziadé (ed), *BCDR International Arbitration Review*, 2017, Volume 4 Issue 1, 210.

⁹⁷ I. Shehata, *Arbitration in Egypt: A Practitioner’s Guide*, 2021, 288.

⁹⁸ M. Scherer *et al.*, „Construction Arbitration in Switzerland“, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* 2nd edition, 2018, 1023.

⁹⁹ Konoike Construction Co. Limited V. Ministry of Works, Tanzania (Final Award), 10 February, 2016, Arbitrator Intelligence Materials.

imperativnim normama bugarskog prava i sa bugarskim javnim poretom.¹⁰⁰

Hrvatska arbitražna praksa široko potvrđuje validnost klauzule primjenom hrvatskog materijalnog prava. Argumentacija za prihvatanje validnosti klauzule oslanja se postojanje prekluzije prava naručioca u slučaju skrivenih nedostataka na građevini (mjesec dana subjektivni rok i 2 godine objektivni rok).¹⁰¹ Također se argumentira da čl. 20.1 FIDIC služi legitimnoj komercijalnoj svrsi jer promovira rano obavještanje o potraživanjima strana i uspostavlja adekvatan balans između naručioca i izvođača radova. U postupcima sudske kontrole arbitražnih odluka zauzima se i stav da bi preispitivanje primjene čl. 20.1 FIDIC zalazilo u meritum uz napomenu da pitanje primjene istog ne zadire u pitanje javnog poretka, a da bi mimo toga intervencija suda u arbitražnu odluku predstavljala meritorno preispitivanje iste što je nedopustivo.¹⁰²

Radovi pojedinih autora bez detaljne i ozbiljne argumentacije zaključuju da se klauzule poput one iz čl. 20.1 FIDIC generalno prihvataju od strane arbitražnih vijeća ali da bi se takve arbitražne odluke ipak mogle osporavati jer pravo Srbije zabranjuje promjenu zakonskih zastarnih rokova.¹⁰³ Autori međutim ne pojašnjavaju koji bi bio put za osporavanje takvih arbitražnih odluka imajući u vidu činjenicu da se arbitražna odluka po srbijanskom *lex arbitri* ne može pobijati zbog pogrešne primjene prava, nego tek iznimno ukoliko su dejstva odluke u suprotnosti sa javnim poretom Srbije.¹⁰⁴

6. Validnost klauzule u svjetlu prava BiH

Iz prednje analize proizilazi nekoliko zaključaka koji po mišljenju autora predstavljaju osnov za afirmativan zaključak o validnosti čl. 20.1 FIDIC iz perspektive prava Bosne i Hercegovine. Najprije, kao polaznu tačku ističemo činjenicu da je u pravu BiH sloboda ugovaranja jedno od osnovnih načela obligacionog prava i da ugovarači uživaju široku slobodu uređenja svojih odnosa. Mehanizam predviđen čl. 20. FIDIC u cjelini, pa tako i prekluzivno dejstvo Najave iz čl. 20.1 FIDIC nije u suprotnosti sa granicama slobode ugovaranja određenim čl. 10. ZOO. Klauzula kao takva nije suprotna Ustavu, prinudnim

¹⁰⁰ M. Zahariev/B. Milcheva, „FIDIC Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in the Light of Bulgarian Law“, *Kluwer Arbitration Blog*, 2017.

¹⁰¹ Čl. 604. i 605. Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, Narodne Novine br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21.

¹⁰² D. Babić/F. Pelicarić, „Validity of the Time Bar under FIDIC Sub-Clause 20.1 in Croatian law“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe*, 2020, 131-140.

¹⁰³ I. Panić/N. Lalatović Đorđević, „Limitation Clauses in Construction Contracts and the Arbitration Practice: Validity and Effects (Focus on Serbia and Montenegro)“, *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe: 2020*, 229.

¹⁰⁴ Čl. 58. Zakon o arbitraži Srbije - Službeni glasnik Republike Srbije, br. 46/2006.

propisima ili moralu.

Na prednji zaključak upućuje i činjenica da u pravu BiH, kako je naprijed prikazano, postoji niz pravnih situacija u kojima je dispozitivnim odredbama ZOO predviđena prekluzija prava jedne strane ukoliko pravo ne bude na odgovarajući način korišteno u određenim rokovima. Interesantno je i to da je većina prekluzivnih rokova definisana dispozitivnim normama, što znači da su strane ovlaštene dato pitanje urediti na drugačiji način ili u potpunosti isključiti dejstvo određenih klauzula. Klasičan primjer koji se u tom smislu može izdvojiti jeste onaj koji se tiče odgovornosti prodavca za materijalne i pravne nedostatke kod ugovora o prodaji. Odredbe su dispozitivne prirode pa prodavac i kupac mogu modificirati ili u potpunosti isključiti ovu odgovornost.¹⁰⁵ Štaviše, odgovornost za materijalne i pravne nedostatke je prirodni element svih teretnih ugovora¹⁰⁶, a pravila o takvoj odgovornosti kod ugovora o prodaji shodno se primjenjuju i na ostale teretne ugovore.¹⁰⁷ Drugim riječima, dispozitivnost predmetnih odredbi ne vrijedi samo za ugovore o prodaji, nego takva vrsta odgovornosti kod svih teretnih ugovora također spada u krug dispozitivnih ovlaštenja ugovornih strana.

Poredeći odredbu čl. 20.1 FIDIC sa dispozitivnim odredbama o odgovornosti za materijalne nedostatke, dolazimo do zaključka da prekluzivna odredba iz čl. 20.1 FIDIC nije pretjerano stroga prema izvođaču. Naime, vodeći računa o prilično jednostavnim zahtjevima (formalnim i sadržajnim) koji se postavljaju pred izvođača – čini se da su dispozitivne odredbe ZOO strožije prema kupcu kod ugovora o prodaji. Kupac naime ima niz obaveza: (i) dužan je stvar pregledati čim je to moguće i o vidljivim nedostacima obavijestiti prodavca u roku od 8 dana, a kod ugovora u privredi bez odlaganja¹⁰⁸, (ii) u obavještenju o nedostatku je dužan bliže opisati nedostatak i pozvati prodavca da pregleda stvar¹⁰⁹, i tek po ispunjenju navedenih uslova (iii) stiče pravo da traži ostvarenje prava na uredno ispunjenje ugovora, sniženje cijene, raskid ugovora i u svakom slučaju pravo na naknadu štete.¹¹⁰ Samo kupac koji je blagovremeno i na način predviđen ZOO obavijestio prodavca o nedostacima održava svoja prava. U protivnom ih gubi, a gubi ih u svakom slučaju po proteku roka od jedne godine.¹¹¹

Kada dakle poredimo čl. 20.1 FIDIC i prekluzivna dejstva propuštanja Najave izvođača sa regulacijom prava kupca kod materijalnih nedostataka – FIDIC rješenje nije ni drakonsko ni pretjerano strogo. Izvođač iz FIDIC-a u

¹⁰⁵ Čl. 486. ZOO FBIH.

¹⁰⁶ Čl. 121. ZOO FBIH.

¹⁰⁷ Čl. 121. st. 3. ZOO FBIH.

¹⁰⁸ Čl. 481. st. 1. ZOO FBIH.

¹⁰⁹ Čl. 484. ZOO FBIH.

¹¹⁰ Čl. 488. ZOO FBIH.

¹¹¹ Čl. 500. ZOO FBIH.

poređenju sa kupcem iz Zakona o obligacionim odnosima - u dužim rokovima i sa jednostavnijim formalnim zahtjevima održava svoja prava. Stoga je teško pronaći argumente zašto bi apstraktno gledano odredba čl. 20.1 FIDIC bila suprotna načelu savjesnosti i poštenja¹¹² i ravnopravnosti učesnika u obligacionom odnosu¹¹³ a da se to istovremeno ne mora uz iste argumente koristiti za jednaku klasifikaciju odredbi Zakona o obligacionim odnosima koje uređuju pitanje odgovornosti za materijalne nedostatke na prodanoj stvari. Štaviše, Zakona o obligacionim odnosima po navedenom pitanju nije konzervativni drakonski izuzetak: moderni civilni pravni sistemi redovno na sličan način definišu relativno kratke i prekluzivne rokove za očuvanje prava kupca.¹¹⁴

Mišljenja smo da nema mjesta interpretaciji odredbe čl. 20.1 FIDIC kroz institut zastarjelosti. Ista ne predstavlja modifikaciju rokova zastarjelosti što bi bilo protivno imperativnim propisima u pravu BiH. Tumačenjem navedene odredbe¹¹⁵ jasno proizilazi zaključak da je istom dogovorena prekluzija tj. gubitak prava, a ne skraćenje ili produženje zastarnih rokova. Naime, odredba u relevantnom dijelu glasi: „*Ako Izvođač ne da Najavu u roku od 28 dana, rok za završetak neće biti produžen, izvođač neće imati pravo na dodatna plaćanja i naručilac se oslobađa bilo kakve odgovornosti u vezi sa zahtjevom*“. Drugim riječima, ugovorne strane na ovaj način ne skraćuju zastarni rok sa 3 godine¹¹⁶ na 28 dana pa da bi to vodilo nezakonitoj modifikaciji rokova zastarjelosti - nego ugovaraju da se u slučaju izostanka Najave pravo kao takvo gasi. Po našem sudu riječ je o školskom primjeru prekluzije prava.

Pogrešno bi stoga bilo tretirati čl. 20.1 FIDIC kao zastarni rok. Takvo što ne samo da ne opravdava tumačenje odredbe i njena prekluzivna priroda, nego ne opravdava ni priroda instituta zastarjelosti. Kao što smo naprijed ukazali, kod zastarjelosti se ne gasi pravo nego samo zahtjev¹¹⁷ (i to po prigovoru dužnika), a kod čl. 20.1 FIDIC pravo se gubi u potpunosti. Drugaćijem poimanju pravne prirode čl. 20.1 FIDIC ne pomaže ni čl. 370. ZOO prema kojem se pravila o zastarjelosti ne primjenjuju u slučajevima kada su u zakonu određeni rokovi u kojima treba da se podigne tužba ili da se izvrši određena radnja pod prijetnjom gubitka prava. Navedenu odredbu ne treba restriktivno tumačiti na način da se odnosi samo na zakonske prekluzivne rokove a ne i na one koji imaju izvor u pravnom poslu. *In extremis* to bi značilo a) da ugovorna prekluzija nije uopće

¹¹² Čl. 12. ZOO FBiH.

¹¹³ Čl. 11. ZOO FBiH.

¹¹⁴ Samo primjera radi: čl. 201 i čl. 210. st. 1. Švicarskog Zakona o obligacionim odnosima; § 438 BGB; čl. 1468 Code Civile.

¹¹⁵ Čl. 99. ZOO FBiH: „Odredbe ugovora primjenjuju se onako kako glase.“

¹¹⁶ Čl. 374. ZOO FBiH.

¹¹⁷ Čl. 360. ZOO FBiH.

dopuštena ili b) da kada ugovorne strane definišu drugačije rokove prekluzije (npr. produže rok za pregled stvari ili za slanje obavijesti o materijalnim nedostacima kod ugovora o prodaji) tada isti prestaju biti prekluzivni, a postaju zastarni pa se primjenom čl. 370. ZOO na njih primjenjuju odredbe o zastari što bi u konačnom vodilo ništavosti takvih ugovornih modifikacija i značilo bi negaciju njihove dispozitivne prirode. Interpretiranje pojedinih instituta i pojedinih odredbi Zakona o obligacionim odnosima je uvijek kreativan postupak koji podrazumijeva ne samo leksičko tumačenje, nego prije svega *ratio legis* i sistemsko tumačenje. Izolovano posmatranje jedne odredbe uz striktno leksičko tumačenje može dovesti do potpuno pogrešnih tumačenja.

II ZAKLJUČAK

Najava iz čl. 20.1 FIDIC posmatrana iz svjetla prava Bosne i Hercegovine predstavlja ugovornu prekluzivnu odredbu kojom se sva prava izvođača gase ukoliko na predviđeni način i u predviđenim rokovima ne obavijesti naručioca o svojim vremenski i finansijskim zahtjevima. Odredba je validna i u potpunosti komplementarna sa postojećim dispozitivnim rješenjima koja predviđaju prekluziju prava u cijelom nizu slučajeva, a kod kojih su kako uslovi tako i rokovi za ostvarenje prava ne samo prekluzivni nego i dispozitivni na način da ih ugovarači mogu prilagoditi potrebama svake konkretne transakcije. Naravno, u okolnostima konkretnog slučaja nije isključeno dejstvo nekih drugih odredbi Zakona o obligacionim odnosima kao npr. načela savjesnosti i poštenja i zabrane zloupotrebe prava, a što se mora cijeliti u okolnostima svakog konkretnog slučaja.

Imajući u vidu vrijednost ugovora o građenju koji se zaključuju primjenom FIDIC uslova, sugeriše se izvođačima ali i naručiocima da u realizaciji ugovora vode računa o prekluzivnoj prirodi čl. 20.1 FIDIC. U tom kontekstu uputnim se čini i dodatno posebno ugovaranje uslova da bi se Najava iz čl. 20.1 FIDIC smatrala validnom kao npr.: određivanje da se Najava mora identificirati kao Najava po čl. 20.1 ili definisanje da će se kao validnom najavom tretirati samo one koje su navedene u listi Najava koju izvođač dostavlja u okviru redovnog mjesečnog izvještaja o napredovanju.¹¹⁸

O kvalitetnom *contract-managementu* je bolje voditi računa tokom pripreme i realizacije ugovora, nego se pouzdati u argumente da bi odredba čl. 20.1 FIDIC primjenom prava BiH mogla biti ništava. Kada se ima u vidu vrijednost potencijalnih arbitražnih sporova i troškova zastupanja i vještačenja, čini se praktičnijim voditi računa o urednom postupanju u skladu sa ugovorom. Dodatno,

¹¹⁸ Čl. 4.21 FIDIC.

na bazi izloženog autori zaključuju da veoma široke granice slobode ugovaranja u pravu BiH te dominantna dispozitivnost odredbi Zakona o obligacionim odnosima omogućava ugovornim stranama dovoljno fleksibilan mehanizam primjenjivog prava u okviru kojeg se uspješno može realizirati većina odredbi FIDIC.¹¹⁹ Odredba čl. 20.1 FIDIC u tom smislu ne bi predstavljala izuzetak.

VALIDITY OF THE FIDIC 20.1. CLAUSE UNDER THE LAWS OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Abstract

Increased importance of FIDIC Conditions of Contract on large construction project in Bosnia and Herzegovina is evident in commercial practice. A disputes between an employer and a contractor are not exception during the life of the agreement, in particular in relation to an issue of additional costs and extension of time. FIDIC introduces specific mechanism for dispute resolution and introduces loss of right (*preclusio*) of a contractor if it fails to notify its claims within agreed deadlines. This article analyses validity of such loss of right from perspective of the laws of Bosnia and Herzegovina.

Keywords: FIDIC, employer, contractor, claims, loss of rights

¹¹⁹ Naravno, određeni izuzeci postoje: npr. odredba čl. 14.8 FIDIC o mjesečnom ukamaćivanju kamate („If the Contractor does not receive payment in accordance with Sub-Clause 14.7 [Payment], the Contractor shall be entitled to receive financing charges compounded monthly on the amount unpaid during the period of delay“) u slučaju zakašnjelih plaćanja je suprotna zabrani anatocizma u pravu BiH iz čl. 400. st. 1. ZOO FBiH: „Ništava je odredba ugovora kojom se predviđa da će na kamatu, kada dospije za isplatu, početi teći kamata, ako ona ne bude isplaćena.”