

примедбе. У овим исправама примењује се претежно акадско право, премда спорадично наилазимо и на еламске правне утицаје. Тако су санкције уопште оштрије него у Вавилону. Више пута предвиђено је да се због кршења уговора кривцу отсеку руке и глава. Иначе ове листине сведоче о периоду у коме је кроз векове акадски и вавилонски утицај у Еламу био такав да је читав културни и правни живот био акадизиран. — Ред престолонаслеђа у Еламу био је веома компликован (70).

Из касније Арменије, државе око језера Вана, има коначно неколико натписа краљева државе *Урарту* из времена од IX до VII века. Они су писани асирским клинастим писмом а на домаћем халдиским (или урартејском) језику (71).

Већ овај брзи преглед клинописних извора показује како су велики и значајни задаци које ориентална правна историја још ставља науци. Резултатима тог изучавања осим правне историје користиле се и социологија и културна историја. Закључујем са жељом да се међу нашим млађим правницима нађу заинтересовани који ће предано сарађивати у међународним проучавањима правних извора писаних клинастим писмом.

Др. Виктор Корошец

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ НЕИСПУЊЕЊА УГОВОРА О КУПОВИНИ И ПРОДАЈИ

(Коментар и критика односних одредаба Општих узанса)

1. — *Права уговору верне странке у случају доцње.* — У случају доцње једне странке Опште узансе дају у чл. 209 другој страници избор између права да тражи испуњење уговора и права да одустане од уговора. Уз то може она тражити поред испуњења уговора још и накнаду штете због задоцњења, а ако одустаје од уговора, накнаду штете због неиспуњења. Опште узансе признају овај избор странци верној уговору у случају свих уговора на које се оне у смислу чл. 1 и 2 односе. Ми ћемо се, међутим, ограничити на разматрање чл. 209 и чланова који су с њим повезани, само уколико се они односе на уговор о куповини и продаји. Притом ћемо учинити још једно ограничење: нас ће интересовати само случај кад уговору верна странка изабере раскид уговора и тражење накнаде штете због неиспуњења.

Orientalistische Literaturzeitung (1932, pp. 318—320; 1934, pp. 501—503; 1941, pp. 213—217) и у *Zeitschrift für Assyriologie* (N.F. IX, 1936, pp. 221—232).

(70) Fr. König: *Mutterrecht und Thronfolge im Alten Elam*, Wien, 1925.

(71) Fr. W. König: *Handbuch der chaldischen Inschriften* (*Archiv für Orientforschung*, Beiheft 8) Graz, 1955; Joh. Friedrich: *Einführung ins Urartäische* (*Mitteilungen der Vorderasiatisch-Aegyptischen Gesellschaft*, 37, 3), *Grammatischer Abriss und ausgewählte Texte mit sprachlichen Erläuterungen*, Leipzig, 1933.

Од правила израженог у чл. 209 Општих узанса учињен је изузетак у чл. 213. По овом члану, кад је купац у доцњи, а већ је примио робу, продавац нема избора у смислу чл. 209; он може само тражити испуњење уговора (то је овде: исплата цене) и накнаду штете због задоцњења (то је овде: законска камата, ако купац није крив за доцњу, а уз то и накнада даље штете, ако је купац крив за доцњу). Смисао ове одредбе која се редовно појављује у кодификацијама трговинског права и робних узанса јесте у том да се избегне захтевање од купца у доцњи да робу врати натраг продавцу, до чега би дошло у случају раскида уговора, јер би то претстављало неоправдану строгост према купцу, пошто купац-трговац редовно даље продаје и предаје робу, пре него што се против њега подигне захтев на основу кондикције.

Даље је избор по чл. 209 утолико ограничен што уговору верној странци безусловно (примарно) припада увек само једно од права предвиђених у том члану, док јој друго право припада само ако је испуњен извршен услов.

Које је право примарно, а које је секундарно, и у чему се састоји услов за избор секундарног права, зависи од тога да ли је реч о нефиксном или о фиксном послу.

При нефиксном послу примарно је право на испуњење уговора и на накнаду штете због задоцњења, тј. оно настаје за недужну странку самим фактом падања друге странке у доцњу, дакле, непосредно по наступању доцње. Што се права одустајања тиче, „поверилац може одустати од уговора само ако је дужнику оставио примерен рок за испуњење његове обавезе, а дужник није испунио своју обавезу ни у том накнадном року” (чл. 209, ст. 2). По овој одредби, поверилац не мора приликом остављања примереног рока саопштити дужнику да ће уговор бити раскинут, ако до краја новог рока дужник не испуни обавезу. Довољно је да поверилац остави дужнику рок, па да тек по безуспешном протеклу рока изјави да одустаје од уговора. Притом је спорно како треба схватити реч „оставио”: да ли то значи да поверилац мора дужнику одредити примерен рок за испуњење обавезе или мора фактички трпети да дужник у том року испуни своју обавезу, а да тај рок уопште не спомене после доласка дужника у доцњу. Наша пракса је по овом питању нестална, док аустриска пракса, која има сличну одредбу у чл. 356 Трговинског законика, стоји од 1922 на овамо на становишту да није нужно да поверилац одреди накнадни рок. Ова тражња је за нас утолико интересантнија, што по Аустриском трговинском законнику, као и по Аустриском грађанском законнику, поверилац који би хтео да раскине уговор због дужникове доцње је дужан да унапред саопшти дужнику да ће одустати од уговора ако дужник у накнадном примереном року не испуни своју обавезу, док код нас, као што смо видели, он није дужан да то учини унапред. Ово се становиште у аустриском праву правда тиме да поверилац саопштавајући свој одустанак не може прегледати све околности које утичу на дужину примереног рока, па да, према томе, не би

било оправдано да саопштавање одустанка буде без дејства ако да прекратак рок, него да је, напротив, оправдано да дужнику у таквом случају стоји на расположењу дужи, стварно примерени рок. А ако је, на тај начин, поверилац овлашћен да дужнику одреди ма који рок за накнадно испуњење, с тим да дужник може своју обавезу још испунити у стварно примереном року, онда одређивање рока претставља формалност без правог смисла. Мислимо да је ово новије становиште аустриске праксе исправно, а ако је исправно по Аустриском трговинском закону, који говори само о „дозвољавању рока” (*Gewährung der Frist*), поготово је исправно по нашим узансама које говоре о „остављању рока”. Као што не мора унапред изјавити када оставља накнадни рок дужнику да ће одустати од уговора ако дужник не изврши своју обавезу у том року, поверилац то не мора учинити ни одмах по истеку накнадног рока. Он ту изјаву да раскида уговор може учинити све док не застари његово право из уговора. Само, ако одуговлачи са овом изјавом он ризикује да дужник у међувремену испуни своју обавезу и тако га лиши могућности да уговор раскине.

Изузетно по чл. 209, ст. 3, поверилац може одустати од уговора и без остављања накнадног рока, кад дужник изјави да неће испунити своју обавезу или кад се остављање рока противи природи посла.

У случају фиксних послова обрнут је ред при избору права наведених у чл. 209: примарно је право на раскид уговора, уговор се раскида самом чињеницом наступања доцње, а секундарно је право на испуњење обавезе. Уговору верна странка има право да захтева испуњење, само ако по проласку рока доспелости без одлагања обавести дужника у доцњи да уговор одржава на снази (члан 225).

Најзад, једно ограничење при избору права лежи у том што се не може одустати од једном извршеног избора (последња алинеја чл. 209).

II. — *Упоредно право.* — Изложено регулисање избора права који припада уговору верној странци готово је идентично са нормирањем тога избора у новелираном Опћем грађанском закону (§§ 918—921), у трговинским законицима бивше Аустро-Угарске (чл. 355—358 Аустриског трговинског законика, чл. 353—357 Угарског трговинског законика и чл. 371—375 Босанског трговинског закона), у немачком законодавству (§ 326 Грађанског законика и § 376 Трговинског законика) и у Швајцарском закону о облигацијама (чл. 107—108).

Ипак постоје извесна отступања ових права од одредаба наших узанса.

Главно отступање по новелираном Опћем грађанском закону, који начелно познаје двоструки избор као и наше узансе, јесте у том што и продавац који изврши уговор (испоручи робу) има тај избор према купцу у доцњи. Напротив, по бившим аустро-угарским трговинским законицима, по немачком праву и по швајцарском

праву, продавац који је извршио уговор, може, као и по нашим узансама, тражити само извршење уговора и накнаду штете због доцње.

Ова, пак, последња група права (бивши аустро-угарски трговински законици, и немачко и швајцарско право) отстају од наших узанса у том, што странци верној уговору даје троструки избор: поред права на испуњење уговора и на раскид уговора наводи се, засебно, право на накнаду штете. Постанак овог троструког избора објаснићемо кад будемо излагали тзв. теорију разлике при израчунавању штете (VII одсек). Тада ћемо видети да је овај троструки избор привидан; да је уствари реч о двоструком избору, као и по нашим узансама, пошто трећа могућност (право на накнаду штете) претставља и укључује у себи и раскид уговора. Ситуација је другачија једино по трговинским законцима бивше Аустро-Угарске у случају када продавац који још није испоручио робу (који је *in bonis*), тражи накнаду штете. Тада се право на накнаду штете састоји у праву продаје трећем за рачун немарног купца и у тражењу разлике између цене постигнуте том продајом и уговорене цене. Међутим, врло је спорно да ли такво тражење накнаде штете уопште претставља право на накнаду штете или је оно само једна врста права на испуњење уговора („испуњење на основу самопомоћи“), а сигурно је да то право не садржи у себи раскидање уговора, па стога у овом случају можемо говорити о заиста троструком избору који припада уговору верној странци.

Иначе треба нагласити да по новелираном Опћем грађанском закону, по трговинским законцима бивше Аустро-Угарске, као и по немачком и швајцарском праву, важе исти они услови за вршење како права раскида тако и права тражења отштете (који, као што знамо, нису исти при фиксним и нефиксним пословима), који важе по нашим узансама за вршење права раскида.

Једно даље отстапање састоји се у овоме: по свим поменутих правима осим по швајцарском (чл. 107 Законика о облигацијама), поверилац који хоће да одустане од уговора или да тражи накнаду штете, у случају нефиксних послова, мора приликом давања рока за накнадно испуњење изричито нагласити да ће одустати од уговора односно да ће тражити накнаду штете, ако дужник у том року не испуни своју обавезу, што по Општим узансама не мора нагласити.

Најпотпунија опрека одредбама Општих узанса о избору права од стране уговору верне странке садржана је у енглеском праву (*Sale of Goods Act*, 1893). И у том праву је избор купца нормиран друкчије неголи избор продавца. Закон, пре свега, не разликује фиксне послове од нефиксних. У погледу захтева уговору верног купца за испуњење уговора (*specific performance*) закон заузима различно негативан став, а фаворизује захтев за раскид уговора и накнаду штете због неиспуњења. По *sect. 52*, суд може (не мора) осудити продавца на испуњење уговора само ако је реч о испоруци индивидуално одређене ствари, која наравно може бити индивидуализирана и одвајањем продане количине из једне веће залихе ге-

неричких ствари (*generic goods appropriated to the contract*). Правило је плаћање накнаде штете због неиспуњења (*sect. 51*). У погледу уговору верног продавца, напротив, тражење плаћања цене је правило (*sect. 49*), а тражење накнаде штете, које се овде састоји у том да продавац продаћу робу прода трећем (*re-sale*) и тражи од купца у доцњи разлику до уговорене цене, дозвољено је само у следећа три случаја: (1) ако је роба лако кварљива, (2) ако продавац претходно позове купца на исплату цене под претњом поменуте продаје, па у датом року цена не буде плаћена, и (3) ако је продавац изрично задржао право да ће у случају доцње с исплатом моћи робу продати.

Пројект униформног закона о међународној продаји покретних телесних предмета (тзв. Римски пројект) претставља компромис између енглеског и средњоевропског становишта, при чему у нечем иде даље и од самог енглеског становишта. Ни купац ни продавац не могу тражити испуњење уговора: (1) ако ствар пресуђује суд у земљи у којој се у спорном случају по националном праву те земље не може тражити испуњење уговора, и (2) ако је куповина односно продаја ради покрића с обзиром на природу артикла узупелна (чл. 25, 26 и 64). А купац не може тражити испуњење ни онда кад би куповину ради покрића могао извршити без нарочитих жртава (чл. 26).

Најзад, и новији законици као што су Швајцарски законик о облигацијама од 30 марта 1911 и Италијански грађански законик од 16 марта 1942 приближују се донекле одредбама енглеског права, наиме олакшавају раскид уговора, иако не иду тако далеко као Римски пројект.

III. — *Начело позитивног уговорног интереса*. — Као што смо већ поменули, нас интересује само случај кад уговору верна странка, у смислу чл. 209 Општих узанса, изабере раскид уговора и тражи накнаду штете због неиспуњења уговора. Даљи избор који у том случају стоји на расположењу уговору верној странци нормиран је у Општим узансама у чл. 211 и чл. 212. Пошто је у њима важна свака реч, ми их преносимо дословно:

211: „Кад одустане од уговора због доцње продавца, купац може по свом избору:

„тражити разлику између уговорене цене робе и њене средње тржишне цене која је у месту испоруке постојала првог радног дана по истеку рока који је купац накнадно оставио продавцу за испуњење обавезе, а у случају кад није оставио такав рок због тога што му је продавац саопштио да неће испунити своју обавезу, онда првог радног дана по истеку рока испоруке; ако је купац, поред те разлике, претрпео и другу штету, он може тражити накнаду и те штете;

„тражити накнаду стварно претрпљене штете и изгубљене добити;

„купити код трећег лица робу коју му је продавац био дужан испоручити и тражити од продавца разлику између цене коју је са њим био уговорио и више цене по којој је робу купио код трећег лица, накнаду трошкова око куповине робе,

као и накнаду друге штете коју је претрпео због неизвршења испоруке од стране продавца.

„У овом последњем случају купац мора на сигуран начин и на време обавестити продавца о намераваној куповини, а куповину извршити у примереном року”

212: „Кад одустане од уговора због доцње купца, продавац може по свом избору:

„тражити разлику између уговорене цене робе и њене средње тржишне цене која је у месту испоруке постојала првог радног дана по истеку рока који је накнадно оставио купцу за испуњење обавезе, а у случају када није оставио такав рок због тога што му је купац саопштио да неће испунити своју обавезу, онда првог радног дана по истеку рока испоруке; ако је продавац, поред те разлике претрпео и другу штету, он може тражити накнаду и те штете;

„тражити накнаду стварно претпрљене штете и изгубљене добити;

„продати трећем лицу робу коју је купац био дужан да прими и тражити од купца разлику између цене коју је са њим био уговорио и ниже цене по којој је робу продао трећем лицу, накнаду трошкова око продаје робе, као и накнаду друге штете коју је претрпео због неиспуњења обавезе од стране купца.

„У овом последњем случају, продавац мора на сигуран начин и на време обавестити купца о намераваној продаји, а продају извршити у примереном року.”

У случају фиксног посла има уговору верна странка исти избор с том разликом, што у том случају мора о ефективној куповини односно продаји ради покрића накнадно обавестити странку у доцњи (чл. 226), док у случају нефиксног посла мора странку у доцњи претходно о том извести (чл. 211 *in fine* и 212 *in fine*).

(Наравно, уговору верни купац може осим тога захтевати повраћај евентуално унапред плаћене цене или аконтације са законском каматом. Али ово неће потраживати као накнаду штете него на основу права на кондикцију *causa finita*.)

Прва ствар коју треба истаћи у вези са горњим одредбама јесте да су се наше узансе поставиле на начело позитивног уговорног интереса (или „позитивног интереса испуњења”). По том начелу, накнада штете треба да стави уговору верну странку у положај који би био материјално еквивалентан њеном положају када би обе странке о року испуниле своје обавезе. Међутим, и купци и продавци постављају каткад погрешно своје захтеве за накнаду штете на једном другом, одбаченом начелу: начелу негативног уговорног интереса. По том начелу, недужна странка могла би тражити све оне издатке и оне губитке зараде до којих не би дошло, да није дошло до дотичног уговора. Тако би, на пример, недужни купац могао да тражи: накнаду трошкова набавке новца потребног за плаћања цене или аванса, затим трошкова плаћања (на пример, трошкова отварања акредитива), трошкова ангажовања шпедитера за отпрему која је изостала, трошкова припреме складишта за ускладиштење робе, трошкова узалудне набавке и отпреме амбалаже, и томе слично. Недужни продавци могли би, пак, да по начелу не-

гativног уговорног интереса, захтевају накнаду трошкова израде или набавке продате робе, провизију и камату на износе узајмљене или утрошене за финансирање производње или набавке продате робе, трошкове чувања и осигурања робе до краја уговорног рока испоруке, добит коју су изгубили што нису робу продали користећи прилике које су им се нудиле до краја истог рока, итд. На накнаду свих ових издатака и губитака нема права недужна странка, јер она би их имала и у случају да њен партнер благовремено испуни уговор, а накнадила би их из бруто зараде на послу, под условом да је посас добро калкулисала. А под тим условом добија она исту бруто зараду и у случају накнаде штете по начелу позитивног уговорног интереса, и то у виду разлике између новчане вредности онога што треба да прими и онога што треба да да. Пошто, пак, прима еквивалент бруто зараде, има из чега да накнади горе поменуте издатке и губитке, и то у истој мери у којој би то могла учинити да је уговор о року испуњен. Када би се недужној странци признало поред тога и право на накнаду свих издатака и губитака које би имала и у случају обостраног испуњења уговора, нашла би се она у повољнијој ситуацији неголи у случају испуњења уговора утолико што би поред еквивалента бруто зараде добила и накнаду за поменуте издатке и губитке. Међутим, смисао накнаде јесте само да успостави материјално ону ситуацију која би постојала да је уговор испуњен.

И. — *Процена штете на бази покрића.* — Као што се види из општих узанса, чл. 211 и чл. 212, уговору верној странци стоје на расположењу три могућности које се углавном свде на следеће:

(а) да тражи разлику између уговорене цене и тржишне цене, тј. цене по којој би се могла покрити,

(б) да тражи накнаду стварне штете и изгубљене добити, и

(в) да тражи разлику између уговорене цене и цене по којој се ефективно покрила.

Од тога су очевидно прва и трећа могућност сродне: у случају обе ове могућности реч је о израчунавању штете на бази куповине односно продаје у циљу покрића. Разлика између прве и треће могућности је у том што се у првом случају тражи отштета на основу тржишне цене, тј. на основу опште, апстрактне, сваком приступачне могућности куповине односно продаје дотичне робе (отуд израз: *апстрактна штета на бази покрића*), а у другом случају — на основу конкретне, ефективне куповине односно продаје дотичне робе (отуд израз: *конкретна штета на бази покрића*).

Ми ћемо у овом отсеку размотрити само случајеве израчунавања штете на бази покрића, и то најпре купчеве захтеве за отштету на бази покрића, а онда исте захтеве кад их поставља продавац. Притом ћемо у оба случаја најпре расправити захтев за накнаду конкретне штете а затим — апстрактне.

Купчева конкретна штета. — Кад купац израчунава штету на бази конкретне куповине у циљу покрића, он ће: (1) од куповне цене дате у циљу набавке робе од трећег лица одбити куповну

цену погођену са немарним продавцем, и (2) томе ће додати сву евентуалну осталу стварну штету и изгубљену добит коју је претрпео. Збир разлике под (1) и евентуалне остале штете под (2) претставља штету коју је купац претрпео. Погледајмо изближе сваку од ових двеју ставки.

Ad (1). — Уговор о куповини и продаји ради покрића мора имати, у суштини, исту садржину као и првобитни уговор, нарочито у погледу квалитета робе, дужине рока испоруке, услова испоруке (транспортне клаузуле) и услова плаћања (за готово или на кредит). Ако садржина уговора ради покрића отступа од садржине ранијег уговора, смањиће се или повећаће се цена закључена у уговору ради покрића, кад се буде та цена упоређивала са уговореном ценом, за онолико колико одговара утицају односног отступања. На пример, ако је првобитно роба била продана у месту X франко граница са одредиштем, у месту Y, а при куповини ради покрића буде купљена франко вагон станица у X, онда ће се цени плаћеној за покриће при израчунавању штете додати трошак подвоза и транспортног осигурања до границе; а ако се при куповини ради покрића иста роба купи франко вагон у одредишној станици Y, онда ће се од цене одбити трошак подвоза и транспортног осигурања од границе до места Y. Међутим, купац може евентуално доказати да повољнији услови куповине ради покрића нису повећали цену, на пример, да је робу добио на кредит само захваљујући сусретљивости према његовој личности.

Опште узансе не одређују у коме месту треба извршити куповину у циљу покрића. Из одредбе о процени штете у аналогном случају тражења апстрактне штете (чл. 211, ст. 1, тач. 1), према којој за подлогу треба узети средњу тржишну цену у месту испоруке, следи да би и конкретну куповину требало извршити у месту испоруке. С тим пак Опште узансе остају у сагласности са великом трговинских законика, али долазе у опреку са владајућим мишљењем у области бивших аустро-угарских трговинских законика и Немачког трговинског законика. По овом мишљењу куповину ради покрића треба извршити у месту купчевог пословног седишта или на најближем суседном тржишту. Ово је оправдано, јер присиљавати купца да изврши куповину у месту испоруке, које може за њега бити врло удаљено, значи само повећавати трошкове на терет продавца а да притом купац нема ништа од тог повећања осим напора и неугодности, скопчаних са набавком у једном мање или више удаљеном месту. Осим тога, такво набављање долази у сукоб са одредбом да куповину треба што пре обавити, кад већ наступи раскид, и да штету треба свести на нужни минимум.

У погледу времена куповине у циљу покрића, Опште узансе одређују да у случају фиксног посла куповину треба обавити „по истеку рока испоруке, без одлагања”, а у случају нефиксног посла у примереном року по раскиду уговора, пошто је купац претходно на време обавестио продавца о намеравању куповини. Притом су узансе у суштини, у сагласности са бившим аустро-угарским трго-

винским законима. Ови одређују да куповину треба предузети у часу када купац више није овлаштен да тражи испоруку у натури нити је дужан да је прими, а то је, у случају фиксног посла — по истеку рока испоруке; у случају нефиксног посла при коме не треба дати продавцу примерени накнадни рок — у часу саопштења избора права услед продавчеве доцње; и, најзад, у нормалном случају нефиксног посла — по истеку датог примереног рока за накнадну испоруку. После поменутих часова треба куповину извршити у року који је у даном случају потребан да се нађе прилика за покриће. Опште узансе, умећући при нефиксним пословима, између наведених часова и момента у ком се сме извршити куповина ради покрића примерени рок са купчевом дужношћу да у току тога рока благовремено обавести продавца о намераваној куповини, увде једну новину, коју нисмо нашли ни у једном националном праву са којим смо наше узансе упоредили.

И у погледу места и времена куповине ради покрића дозвољена су отступања с тим да се, ако је отступање било од утицаја на цену при тој куповини, изврши исправка те цене приликом израчунавања штете.

Најзад, купац је дужан да изврши куповину ради покрића пажњом уредног трговца. До које ће, пак, мере он притом уложити напор и труд да пронађе што повољнију прилику за куповину, зависиће од околности случаја. У начелу неће смети купити изнад тржишне цене, ако таква постоји на меродавном тржишту. Али конкретне околности (велика количина робе коју треба набавити) могу и овде оправдати отступање од правила.

— *Ad* (2). — Друга штета коју трпи купац услед продавчеве доцње може се састојати од разних стварних штета и разних изгубљених добити.

У стварну штету улазе, например, сви трошкови поновне куповине робе, тј. куповине ради покрића, као што су трошкови закључивања новог уговора, поновног отварања акредитива, поновног слања амбалаже, поновног припремања магацина за пријем робе и сл., јер свих тих трошкова купац не би имао да је продавац испунио уговор. Затим се стварна штета може састојати од накнаде штете или конвенционалне казне коју купац мора да плати трећем лицу коме је робу продао, пре но што је њему требала бити испоручена, а коме је не може да испоручи услед доцње продавца. Ово ће, наравно, купац моћи тражити само ако испорука трећем лицу падне у време, кад он још нема право да изврши куповину ради покрића, например, зато што још није прошао накнадни примерени рок испоруке остављен продавцу у случају нефиксног посла.

А као изгубљену добит купац може тражити накнаду за пропуштену употребу робе или за пропуштено изнајмљивање робе, за време док још није имао право да изврши куповину ради покрића.

Наравно, купчева је дужност да без потребе не одлаже момент куповине у циљу покрића, например, тиме што одлаже да продавцу саопшти право које је изабрао поводом продавчеве доцње,

или тиме што продавцу даје непримерено дуг рок за накнадно испуњење. За штету која купца задеси у тако продуженом времену продавац неће одговарати, по принципу ублажења штете на минимум. (Али процена штете израчунаће се и у том случају на бази куповине ради покрића која се изврши по завршетку тако одложеног односно тако продуженог рока за накнадно извршење.)

Купчева апстрактна штета. — Апстрактну штету на бази покрића купац може тражити само ако је у питању роба са тржишном ценом. Упркос томе, тражење апстрактно израчунате штете претставља далеко најчешћи случај у пракси.

Иначе, и овде се штета може састојати од два дела: (1) од разлике између цене, по којој би купац могао набавити неиспоручену робу, и цене уговорене са немарним продавцем, и (2) од осталих стварних штета и изгубљених добити.

Ad (1). — При израчунавању разлике између више тржишне цене и ниже цене уговорене са немарним купцем појављује се више питања, око којих се колеба и пракса и теорија. Коју тржишну цену треба узети за подлогу: произвођачку, grosистичку или детаљистичку? Које је место и које време меродавно за тржишну цену? Може ли се купац безусловно позвати на тржишну цену, или му се може приговорити да он робу вероватно или сигурно не би купио по тој цени (на пример, зато што би он, с обзиром на своје личне прилике, робу могао купити испод тржишне цене)?

У погледу врсте тржишта на чију цену се може позвати купац, важи правило да се сваки купац може позвати само на цену оног тржишта на коме редовно купује, дакле, grosиста на произвођачку цену, детаљиста на grosистичку. У погледу места меродавног за тржишну цену наше се узансе (чл. 211), као што је већ речено, одвајају од бивших аустро-угарских трговинских законика тиме што упућују на место испоруке, уместо на место купчевог пословног седишта. Даље, мора бити у питању цена на дан по истеку онога рока после кога би купац морао извршити куповину ради покрића. Тржишна цена мора се односити на исту врсту робе и на исте уговорне услове као у раскинутом уговору. Уколико купац мора да се позове на тржишну цену која донекле отступа од неког од набројаних услова, цепа ће се сходно исправити пре него што се употреби за израчунавање штете. Најзад, купац има безусловно право да узме за подлогу обрачуна средњу тржишну цену и не може му се приговорити да он вероватно или сигурно робу по тој цени не би купио. Штавише, њему се не може приговорити ни чињеница да је робу, изузетно, *de facto* купио испод тржишне цене, јер постигање цене повољније од тржишне треба захвалити његовом настојању које премашује дужну пажњу уредног трговца, па има права да плодове таквог настојања задржи за себе. Укратко, позивање на средњу тржишну цену претставља безусловни минимум који припада купцу који тражи накнаду штете због неиспуњења. Најзад купцу се неће моћи приговорити да он по тржишној цени не би могао робу даље продати, јер би се та продаја косила са прописима.

о максимирању цена; а не би му се могао ставити тај приговор, зато што се он у овом случају не позива на тржишну цену за доказ изгубљене добити услед пропуштене даље продаје, него за доказ цене коју би морао платити у циљу покрића.

Ad (2). — И у овом случају купац има право и на штету коју је претрпео услед нерасполагања робом од часа доспелости испоруке до дана меродавног за израчунавање штете на подлози тржишне цене.

Продавчева конкретна и апстрактна штета. — Што се пак тиче продавчеве штете, израчунате на бази покрића, и овде разликујемо конкретну и апстрактну процену на бази покрића. Кад продавац израчунава штету на бази покрића, он ће: (1) од цене уговорене с немарним купцем одбити цену по којој је неиспоручену робу продао трећем лицу (конкретна штета) или која важи на тржишту (апстрактна штета) и (2) томе ће додати у оба случаја друге евентуалне стварне штете и изгубљене добити.

Ad (1). — За садржину уговора о конкретној продаји ради покрића, време његовог закључења, врсту тржишта, место закључења, пажњу при њеном обављању као и за кориговање те цене у циљу поређења с уговореном ценом, уколико услови продаје ради покрића отстају од услова првобитне продаје, важи аналогно оно што важи у том погледу за куповину у циљу покрића. А у погледу израчунавања продавчеве апстрактне штете на бази покрића важи аналогно оно што је речено за купчеву апстрактну штету на бази покрића.

Ad (2). — Као остале стварне штете појављују се овде, на пример, трошкови чувања и осигурања робе за време од доспелости цене до часа у коме треба извршити продају ради покрића, односно обрачун на основу тржишне цене. А изгубљена добит састоји се, у првом реду, од промашеног коришћења цене у том времену, које ће бити једнако законској камати ако нема купчеве кривике, када одговара и за даљу штету.

V. — *Процена штете на бази искоришћења робе.* — Досад смо говорили о првој и трећој могућности које су стављене на расположење уговору верној странци у Општим узансама, чл. 211 и 212.

Међутим, сад се поставља питање шта значи друга могућност у тим узансама по којој уговору верна странка „може тражити накнаду стварно претрпљене штете и изгубљене добити”.

Овој се стилизацији може приговорити да и друге две већ расправљене могућности накнаде штете садрже стварну штету и изгубљену добит и ништа друго но стварну штету и изгубљену добит. Према томе, састављачу узанса није успело да формулише специфичност друге могућности.

Овом приликом треба приговорити и дефиницији изгубљене добити која је дата у чл. 231: „као добит за коју је извесно да би је поверилац, према редовном току ствари или према посебним околностима случаја, остварио, да је дужник своју обавезу испунио како треба”. Оваквом дефиницијом Опште узансе отстају од

уобичајене дефиниције. Наиме обично се законодавци задовољавају тиме да је добит вероватна. (Тако § 1293 Опћег грађанског законика, § 252, ст. 2, Немачког грађанског законика, чл. 2056, ст. 2, Италијанског грађанског законика.) Ограничити изгубљену добит само на добит за коју је извесно да би наступила, значи без довољног оправдања скучити у врло великој мери одговорност немарног дужника.

Правнотехнички, пак, може се приговорити унутрашњој систематици чл. 211 и 212. Као што смо видели, прва и трећа могућности које се пружају уговору верној странци, сродне су и уско повезане. Наиме ту је реч о проценама штете на бази покрића. Међутим, у случају друге могућности реч је, као што ће се одмах видети, о друкчијем типу процене. Осим тога, процена на бази покрића могућа је под истим условима, било да је реч о првом начину процене (о израчунавању апстрактне штете) или о трећем начину процене (о израчунавању конкретне штете), док је процена на бази другог начина могућа под сасвим другим условима, као што ћемо то изложити кад будемо у шестом отсеку расправљали о избору између разних процена штете. Из свих тих разлога није требало прву и трећу могућност у тексту односних узанса растављати једном, по својој природи сасвим различитом могућношћу.

При проналажењу начина процене штете у случају друге могућности треба поћи отуд да се у случају двостраних послова накнада штете увек израчунава одузимањем чинидбе мање вредности од чинидбе веће вредности, при чему се интереси странака за извршење у природи морају проценити у новцу. У случају уговора о куповини и продаји чинидбу у природи претставља роба. Пошто је, пак, у чл. 211 и 212 у случају прве и треће могућности исцрпно обрађена процена купчевог односно продавчевог интереса за извршење испоруке — на бази покрића, то у случају друге могућности треба мислити на један друкчији начин процене тих интереса.

Тај друкчији начин процене купчевог односно продавчевог интереса за извршење испоруке може бити само процена на бази сопственог искоришћења робе. Као што ће се одмах видети, израз „искоришћење” треба овде схватити у врло широком значењу.

Када купац процењује користи које је могао имати од неиспоручене робе, онда долазе у обзир две врсте користи: (1) он је могао доћи до тих користи сопственом употребом робе (на пример, машина и алата у свом предузећу), односно сопственом потрошњом робе (на пример, горива, сточне хране) или (2) продајом односно изнајмљивањем те робе (на пример, возила). У другом случају може купац доказати конкретну прилику продаје или изнајмљења или се позвати на апстрактну могућност продаје или изнајмљења. Конкретну прилику отуђења купац ће најлакше доказати ако је пре доспелости испоруке робу већ даље био продао. Али он се може, наравно, позвати и на то да му се прилика тек доцније пружила: до краја накнадног примереног рока за испоруку — или чак и доцније, пошто прође овај рок, ако је вероватно да би дотад робу

поседовао. А апстрактну прилику продаје доказује купац доказом цене која је владала на тржишту на коме он продаје робу (на пример, детаљиста позваће се на цену у детаљу) у времену у коме би он вероватно још поседовао робу. Дакле, деоба на конкретно и на апстрактно не односи се само на процене на бази покрића, него се сече са деобом на процену на бази покрића и на процену на бази коришћења.

Треба нагласити да позивање купца на апстрактну могућност продаје није идентично са позивањем купца на апстрактну цену куповине у циљу покрића. Пре свега, овде је реч о сасвим различитим основима процене које купац не може произвољно бирати, као што ћемо видети кад будемо говорили о избору између разних процена штете (VI отсек). У првом случају реч је о штети израчунатој на бази процене промашеног искоришћења, а у другом случају о штети израчунатој на бази цене која би се платила у случају куповине ради покрића. Осим тога, резултати ових двају начина израчунавања штете неће редовно бити идентични. Апстрактна штета на бази промашеног искоришћења биће већа од апстрактне штете на бази куповине ради покрића, јер гросиста ће се покривати по произвођачкој (на пример, фабричкој) цени, а продавати по вишој, гросистичкој, детаљиста ће се покривати по гросистичкој цени, а продавати по вишој, детаљној, итд.

Осим тога, и при процени купчеве штете на бази промашеног искоришћења долазе у обзир и евентуалне даље стварне штете. Ту треба нарочито истаћи штету која настаје за купца зато што није у стању да купљену робу правовремено испоручи даљем купцу робе, коме ју је продао пре доспелости испоруке купљене робе, а која се може састојати од разних чинидаба дужних трећем купцу: од дужности накнаде штете због неиспуњена уговора, од дужности плаћања конвенционалне казне, од нужде да се том трећем купцу испоруче купчеви комади боље врсте без наплате разлике у квалитету, само да би се отклониле веће штете услед неиспоруке, као што је плаћање накнаде штете или пенала, итд. Напротив, овде не може бити даљих изгубљених добити, јер је сва изгубљена добит обухваћена у главној штети која се састоји у пропуштеном искоришћењу.

При израчунавању продавчеве штете у случају купчеве доцње на бази искоришћења, операција одузимања је обрнута. Ту се од уговорене цене одбија процена продавчевог искоришћења робе. У погледу те процене постоји значајна дивергенција према ономе што смо видели код процене купчевог изосталог искоришћења робе. Док се у купчевом случају процена протезала, као што смо видели, како на случај личне купчеве употребе и потрошње робе тако и на случај искоришћења робе путем њеног отуђивања и изнајмљења, докле се у случају који нас сада интересује, под појмом искоришћења мисли само на личну продавчеву употребу и потрошњу робе, — а процена на бази продавчевог отуђења робе спада у другу категорију процене: у већ обрађену процену на бази продаје у

циљу покрића која се супротставља процени на бази искоришћења. Осим тога, док је купчева могућност искоришћења робе путем отуђења дозвољавала да се говори о деоби на конкретну и апстрактну штету на бази искоришћења, дотле у случају процене продавачевог интереса на бази искоришћења не може бити речи о апстрактној штети, пошто овде нема искоришћења путем отуђења.

VI. — *Избор између разних процена штете.* — По начелу садржаном у чл. 232 оштећени поверилац мора у циљу спречавања или смањења штете предузети или пропустити све оно што се од њега по правичној оцени може очекивати. Примењено на нашу материју то значи да странка која тражи штету због неиспуњења не може произвољно изабрати начин обрачуна штете. Стога сматрамо да није требало у чл. 211 и 212 навести да купац може „по свом избору“ изабрати начин накнаде штете. Он може бирати начин само онда када су начини између којих се врши избор подједнако онерозни за дужника, као што су конкретна и апстрактна отштета на бази покрића. Када то нису, он мора изабрати мање онерозан начин.

Ово правило је неоспорено када је продавац у доцњи а процена на бази купчевог промашеног искоришћења премаша процену на бази куповине ради покрића. У том случају купац може куповином ради покрића отклонити већу штету која би настала услед промашеног искоришћења робе. Исто тако ово правило је неспорно, када је купац у доцњи а процена на бази продавачевог искоришћења задржане робе не достиже процену на бази продаје у циљу покрића. Тада би се, наиме, од уговорене цене одбио мањи износ него што би се одбио у случају продаје робе ради покрића, што би, пак, повећало штету. Стога, продавац може у том случају тражити отштету само на бази продаје ради покрића.

Међутим, да би се повериоцу који тражи отштету на бази искоришћења могло приговорити зашто не тражи отштету на бази покрића, није довољно да је конкретна прилика за покриће постојала. Потребно је и то да се од странке верне уговору може с обзиром на све околности по правичној оцени тражити да искористи ту прилику. Ако је коришћење прилике скопчано са нарочитим трошковима или опасностима или ако изискује нарочиту вештину или знање, неће бити правично да се инсистира на конкретној отштети на бази покрића. Не могу се исцрпно набројати случајеви када се на таквој процени неће моћи инсистирати. Неће се моћи инсистирати на пример: када проналажење прилике за куповину односно продају ради покрића претпоставља такво познавање тржишта какво се од дужника не може тражити; када продавац пориче да је дужан испоручити робу, па купац није сигуран да ли ће успети са тражењем отштете на бази куповине у циљу покрића; када је уговору верни купац унапред исплатио робу, па би му тешко било да још једном изда толики или још већи износ; када је првобитно купио на кредит а куповину покрића би морао извршити за готово; када је робу даље продао још пре доспелости испоруке

по вишој цени од цене која се може добити у часу кад би требало извршити куповину ради покрића, као и онда када ју је по доспелости испоруке, а пре часа кад је требало извршити куповину ради покрића, могао продати по таквој вишој цени, итд. У свим тим случајевима уговору верна странка моћи ће се позвати на процену на бази искоришћења ма да је виша од процене на бази покрића.

Док је правило о избору јевтинијег начина израчунавања штете опште прихваћено у случају да процена штете на бази искоришћења даје виши износ од процене штете на бази покрића, тако да се говори о дужности покрића (од које, наравно, има изузетака), дотле је спорно да ли то правило важи и у обратном случају када је процена штете на бази покрића виша од процене штете на бази искоришћења. Неспорно је да се уговору верна странка може тада позвати на ову другу процену. Али спорно је да ли тада постоји и дужност процене на бази искоришћења. Случајеви у којима је процена на бази искоришћења нижа биће ретки, али ипак могу наступити, на пример, када је вероватно да би купац робу, да му је на време испоручена, продао, у међувремену између доспелости испоруке и часа меродавног за обрачун на бази куповине у циљу покрића, по цени која додуше премашује уговорену цену али је нижа од тржишне цене у поменутом меродавном часу. Исти случај имамо када је купац робу још пре доспелости продао даље по цени која лежи између уговорене цене и поменуте тржишне цене. Може ли продавац у таквим случајевима приговорити да је штета коју купац трпи што робу није продао, односно што није реализовао ранију продају мања од штете израчунате на бази цене покрића?

Владајуће мишљење оспорава тај приговор дужнику, тј. сматра да уговору верна странка има безусловно право на штету процењену на бази покрића, дакле, и онда када је штета процењена на бази искоришћења мања. У области аустријског грађанског права позива се то мишљење на § 1332 који даје оштећеној страни безусловно право на накнаду „по обичној вредности коју је ствар имала у доба кад је била оштећена”. Међутим, овај пропис односи се на случај оштећења ствари, дакле на накнаду штете *ex delicto*, а не на отштету на основу прекршаја постојеће облигационе дужности. Пошто, пак, сматрамо да у том случају нема места ширења прописа § 1332 путем аналогije, не видимо разлог који би искључивао примену чл. 232 и на случај у ком би процена на основу искоришћења била нижа од процене на основу покрића.

Међутим, ако уговору верна странка било у ком случају процени своју штету на начин који је у супротности са принципом ублажења штете садржаним у чл. 232, то има само ту последицу да разлику између тако непрописно израчунате штете и прописно израчунате сноси сама (§ 1304 Опћег грађанског законика, § 805 Српског грађанског законика, чл. 92 Римског пројекта).

На крају треба поменути да ће бити случајева у којима ће се штета моћи израчунати само на бази искоришћења, на пример, по

правилу у случају доцње са испоруком такве индивидуално одређене ствари која има за купца неко незамењиво својство.

VII. — Теорија размене и теорија разлике.— Када купац или продавац израчунава своју штету услед неиспуњења уговора тиме што одузима оно што уштеђује услед неизвршења уговора — од оног што би имао да прими у случају извршења уговора, онда се та операција може схватити на два начина. Може се сматрати да се при израчунавању штете врши одузимање између узајамних потраживања која постоје, тако да уговору верна странка, тражећи накнаду штете, тражи разлику између два постојећа потраживања (теорија размене или сурогације). Или се може сматрати да су сва узајамна потраживања странака раскидом уговора престала, па да се операција одузимања врши са фиктивним потраживањима да би се израчунала висина накнаде штете која се састоји у разлици добијеној изложеном операцијом одузимања (теорија разлике). Данкелман (Danckelmann) каже поводом ове теорије у Палантовом (Palandt) коментару § 325 Немачког грађанског законика: „Узајамна потраживања се не пребијају („verden nicht aufgerechnet“) него се обрачунавају („werden abgerechnet“).”

Није индиферентно која се од ових двеју теорија прихвати, јер су њихове практичне последице у више погледа различите.

Прво, по теорији размене, захтев на накнаду штете нити претпоставља нити укључује у себи раскид уговора, услед чега је уместан троструки избор у корист уговору верне странке у случају доцње друге странке (између испуњења уговора, раскида уговора и накнаде штете). Напротив, по теорији разлике, захтев за раскид садржан је у захтеву за накнаду штете као мање у већем. Стога је у правима која стоје на становишту теорије разлике, као што су аустриско, немачко и швајцарско право, оправдан двоструки избор, као што је нормирано у чл. 209 наших Општих узанса, док је троструки избор, кад се појави у таквим правима, привидан. Специјално у поменутих правима троструки избор има да захвали свој постанак чињеници што су се ова права угледала на текст Трговинског законика који је донесен на Нирнбершкој конференцији, која је, иако стојећи на становишту теорије разлике, увидела да је по тој теорији право на раскид садржано у захтеву за накнаду штете.

Друго, уговору верни купац који купује на кредит не би морао дозволити да се од процене његовог интереса за извршење испоруке одбије цена коју он дугује али која још није доспела. Исто тако, ако је било уговорено плаћање цене унапред, уговору верни продавац могао би по теорији размене у часу купчеве доцње тражити од њега исплату цене, а не би морао дозволити да се с тим потраживањем компензује новчани еквивалент његова изостала чинида која још није доспела. Друкчија је ситуација у случају теорије разлике. По њој, у часу раскида престају сва узајамна потраживања из уговора. Горње операције се врше на фиктивним потраживањима из уговора и њиховим новчаним еквивалентима.

А пошто се одузимање врши између фиктивних потраживања могуће је оно и кад противпотраживање није доспело, и затим, пошто су сва ранија међусобна потраживања по уговору престала уговору верна странка не може ништа друго тражити него разлику која је дошла на место ранијих потраживања.

Треће, различите резултате дају ове две теорије и у случају када новчани износ или новчана противвредност чинидбе које потражује уговору верна странка не достиже висину новчаног износа или новчане противвредности чинидбе које она дугује. Наиме, ако интерес уговору верног купца за испоруку робе, изражен у новцу, не би досегао висину уговорене цене (на пример, зато што се он покрије по цени нижој од уговорене), он би, по теорији размене, морао да разлику у цени плати продавцу у доцњи (односно уколико је цену или неки аванс унапред платио, морао би дозволити продавцу да од примљеног износа задржи поменућу разлику). Напротив, у случају теорије разлике, купац не би морао исплатити ову разлику, јер је продавчево потраживање уговорене цене престало, па би се у оваквом случају раскид уговора свео на сам раскид без икаквих узајамних потраживања странака, на оно што Енглези зову *nominal damages* (осим наравно, купчевог права да тражи повратак евентуално плаћене цене или аванса за законском каматом, и то у пуном износу). Исто тако би, по теорији размене, уговору верни продавац, у случају да новчана вредност уштеђене чинидбе (на пример, цена постигнута продајом робе трећем лицу) премашу уговорену цену, морао платити купцу у доцњи вишак који произилази из тог одузимања. Напротив, по теорији разлике, он то не би морао учинити, јер је купчево право на испоруку престало, и раскид би се свео на пуки престанак свих узајамних потраживања.

У погледу наших Општих узанса не може бити сумње да су се ставиле на становиште теорије разлике, будући да у чл. 211 и 212, у случају накнаде штете на бази покрића, одређују да се штета састоји у „разлици” између уговорене цене и цене постигнуте куповином или продајом ради покрића, односно у „разлици” између уговорене и тржишне цене. Тиме су узансе заузеле становиште које је данас опште прихваћено с обзиром на умесне практичне последице до којих оно доводи.

VIII — Начело ограничења штете на меру са којом се могло рачунати. — По чл. 85 Римског пројекта, штета, израчуната по изложеним начелима, не може премашити штету која проистиче из оних околности које је дужник имао или могао имати у виду приликом закључења уговора. На пример, југословенски купац који је услед доцње иностраног продавца морао платити увозни коефицијент, који је за време продавчеве доцње први пут заведен, не би могао, по овом начелу, у накнади штете због доцње тражити и накнаду плаћеног коефицијента.

Ово је начело узето из праксе енглеских судова, где оно садржи још једно ограничење: штета не сме бити већа од оне штете:

која нормално (*ordinarily and naturally*) проистиче из околности које је дужник имао или могао имати на уму. Норму не треба схватити тако да је странка која прекрши уговор одговорна за штету коју је, приликом закључења уговора, имала или могла имати у виду као нормалну последицу прекршаја уговора, јер, као што је речено у једној чувеној одлуци (*Hamilton v. Magill*, 1883), „странке кад закључују уговор мисле на његово извршење а не на његово кршење”. Норма само одређује да дужна странка одговара за штету која нормално проистиче из околности које је странка имала или могла имати на уму у доба закључења уговора. Притом јудикатура разликује редовну (генералну) и специјалну штету које *Chalmers (Sale of Goods Act)* овако дефинише: „Ако уговор није закључен под неким специјалним околностима, онда је мера редовне штете у губитку који природно произилази из кршења таквог уговора. А ако је уговор закључен са знањем странака под специјалним околностима, онда је специјална штета она која природно произилази из кршења таквог уговора, закљученог под специјалним околностима”. „Критеријум је нужно објективан”.

У нашим узансама нема изричног прописа о том, али је несумњиво да изложено правило и код нас важи с обзиром на начело да дужник не може одговарати неограничено и за удаљене последице повреде уговора.

Др. Богдан Прица

СПОРАЗУМНО ТРАЖЕЊЕ РАЗВОДА БРАКА

1. — Да ли чл. 56, ст. 2, Основног закона о браку садржи пресумпцију о неподношљивости заједничког живота супруга. — У чл. 56, ст. 2, Основног закона о браку прописано је да ће се сматрати нарочито да је заједнички живот постао неподношљив ако оба брачна друга наводећи оправдане разлоге споразумно траже развод брака.

Интерпретација овог законског прописа изазвала је у пракси спорове. Сви се даду свести на основно питање: да ли законска одредба установљава једну (обориву) правну пресумпцију о постојању одређених чињеница које оправдавају захтев за развод брака, или су странке, унаточ овакве стилизације закона, дужне пред судом доказати све околности релевантне за позитивну оцјену бракоразводног захтјева, исто као што је то тужилац дужан да докаже у оном случају кад се тужени противи разводу брака.

1. По мишљењу проф. Беговића овом се одредбом установљава уствари развод по споразуму супруга, али по доста отежаном поступку. Осим постојања споразумног тражења и навођења оправданог разлога, на основу чега се претпоставља да је заједнички живот супруга постао неподношљив, потребно је да се утврди истинитост навода, да се утврди да је живот супруга заиста постао неподношљив (1).

(1) В. Беговић: *Породично право*, Београд, 1948, с. 88—89.