

СИНТЕТИЧКИ ПОГЛЕД НА РЕШЕЊА О ПРЕЛАСКУ РИЗИКА КОД КУПОПРОДАЈЕ ТЕЛЕСНИХ ПОКРЕТНИХ СТВАРИ

Један од најважнијих и најспорнијих проблема из области права купопродаје телесних покретних ствари јесте сношење ризика за случајну пропаст или оштећење ствари. Питање ко сноси тај ризик по закључењу о купопродаји до његовог потпуног испуњења, продавац или купац одн. у којем тренутку је ризик за случајну пропаст или оштећење ствари прешао са продавца на купца, има изванредно велики практични значај, гако да је теоретско расправљање о њему усмерено првенствено на проналажење најрационалнијих и најадекватнијих решења која ће у највећој мери удовољити потребама робног промета и пословне праксе уопште.

1. Правни системи су ово питање различито регулисали. Ипак се усвојена решења у позитивном праву могу свести на три теорије: теорију закључења уговора; теорију „једностране испоруке“ и теорију предаје (преношења државине). Према првој теорији, преношење ризика је везано за закључење уговора о купопродаји, и то било непосредно за само закључење уговора (*periculum est emptoris*) (швајцарско и холандско право), било посредно, посредством правила *res perit domino* (француско и енглеско право). Према теорији „једностране испоруке“ ризик прелази на купца онда када је продавац извршио све радње које је по уговору обавезан да изврши да би омогућио купцу да преузме купљене ствари, а то ће по правилу бити онда када је продавац купцу „понудио испоруку“ (скандинавско и америчко право). Према теорији предаје, купац ће сносити ризик тек када му ствари буду уручене тј. када буде над њима остварио физичку контролу (немачко, аустријско, југословенско, совјетско право).

2. Када би се наведене теорије примењивале доследно и у свим ситуацијама, онда би разлике између правних система у области преласка ризика биле одиста врло велике. Међутим, ближим испитивањем ове проблематике се долази до констатације да су решења о тренутку преласка ризика усвојена у законодавству и пракси, упркос разлика у основном прилазу, понекад мање-више идентична, а понекад теже да се изједначе, сужавајући тиме поље разлика које произлазе из различитих базичних концепција.

а) Решења су мање-више идентична у једној широкој области трговачких купопродаја — у дистанционим купопродајама, прецизније код тзв. отпремних уговора, који постоје онда када се ствари шаљу, по нало-

гу купца, из једног места у друго које није место испоруке. У свим системима, — ако се оставе по страни ниансе у усвојеним правно-техничким решењима — преовладало је правило да ризик код ових уговора прелази на купца када су добра уручена превозиоцу, или (у неким земљама) шпедитеру, наравно уколико није уговорено или из околности не произлази да је продавац на себе преузео ризик све до предаје добара купцу.

Ово решење се теоретски уклапа у оне системе који усвајају теорију „једностране испоруке“, јер све док продавац није отпослао робу, он није извршио све радње које је по уговору био, дужан извршити, те није ни извршио „испоруку“. Са гледишта, пак, система по којима се под предајом подразумева само уручење (преношење државине) ствари купцу, правило да ризик прелази на купца уручењем добара превозиоцу јесте изузетак (нпр. немачко право), макар да је њиме обухваћен огроман број купородаја у робном промету. Што се тиче уговорне теорије, сама предаја ствари би била индиферентна за прелазак ризика, било да је реч о индивидуално одређеној ствари било о стварима одређеним по роду: у првом случају, прелазак ризика у тренутку уручења превозиоцу могао би имати основ упрећутом споразуму странака (нпр. енглеско право) или „у посебним околностима случаја“ (швајцарско право), а у другом случају, у индивидуализацији ствари која, када мора бити „контрадикторна“ (двострана), не може бити извршена пре уручења ствари превозиоцу који би овде иступао као овлашћеник купца.

Међутим, независно од ових теоретских објашњења чињеница је да су сви системи морали усвојити захтев комерцијалне праксе да у случају дистанционе купопродаје ризик прелази на купца у тренутку уручења робе превозиоцу.

б) Тежња за изједначењем — опет под утицајем комерцијалне праксе — изразила се у домену купопродаје ствари одређених по роду (тзв. генеричне робе), а састоји се у томе што у системима који усвајају теорију уговора и оним који почивају на теорији „једностране испоруке“ постоји тенденција померања тренутка преласка ризика према стварној предаји, чиме се ови системи приближавају решењима усвојеним у системима „предаја“ (преношења државине). Због чега и на који начин се ова тенденција изражава?

Када су у питању системи који усвајају уговорну теорију — било да ризик прелази на купца директно самим закључењем уговора или индиректно посредством примене правила *res perit domino* — природа предмета купопродаје је таква да захтева да ствари буду индивидуализиране (специфициране, идентификоване) и таква операција је услов за прелазак ризика. Понегде, индивидуализација правно важи само кад се врши билатерално (нпр. француски и енглески систем), тако да се практично изједначава са уручењем, стављањем на располагање, преношењем државине. Та билатерална индивидуализација се најчешће врши управо путем стварне предаје ствари купцу: продавац ће најпре сам издвојити добра, а затим их уручити купцу и ово уручење ће важити као билатерална (контрадикторна) индивидуализација и ризик одн. својина и ризик ће у том тренутку прећи на купца.

У системима извршења „једностране испоруке“ испорука захтева такође да је претходно извршена идентификација добара, а какве радње треба да изврши продавац зависи од уговора и природе добара: када купац има да преузме ствари у седишту продавца, најмање што је овај дужан да уради јесте да „понуди испоруку“ купцу, а то значи да мора добра издвојити (идентификовати) држати их на располагању купцу и о томе га обавестити (амерички систем); ако је при преузимању добара од стране купца, продавац дужан да сарађује, та сарадња ће по правилу бити таква и толерика да се практично испорука своди на преношење државине на добрима на купца (скандинавски закони); још више, ако је продавац трговац, изричито је регулисано да ризик остаје на њему све док ствар не уђе у државину купца (Једнообразни трговачки законик САД од 1962.).

3. Основна слабост теорије уговора, било да је прелазак ризика vezан директно или индиректно за уговор, јесте у томе да се она може доследно применити само онда кад је у питању уговор о купопродаји чији је предмет индивидуално одређена ствар. У свим другим купопродајама — које сачињавају највећи део робног промета: купопродајама чији је предмет ствари одређене по роду, као и у оним где су у питању индивидуално одређене ствари које морају бити одаслате, уговорна теорија не може бити примењена. Сам законодавац је био принуђен да од ње одступи у овим случајевима а ако то није учинио законодавац, онда је то настала да учини судска пракса која је, било »par le code, mais au delà du Code«, било идући обрнутим смером, успевала да пронађе решења која ће удовољити захтевима живота. Најзад сам трговински промет је, путем усвајања одређених клаузула и њиховим адекватним тумачењем, користећи се чињеницом диспозитивности правила о преласку ризика, допринио да се законска застарела правила о преласку ризика од стране и усвоје правила о преласку ризика која ће одговарати потребама тог промета. Ако се једна теорија у највећем броју случајева не може применити, јер је сам закон присињен да од ње одступи или се не примењује, јер је пракса одбацује, онда то значи да је развој дошао до степена када она мора бити елиминисана и замењена другом која ће адекватно изражавати потребе промета и захтеве праксе.

Други озбиљан аргумент против уговорне теорије јесте неминовност спорова о одговорности продавца за пропаст или оштећење ствари које се још налазе код њега, и ако је ризик прешао на купца. Продавац се може ослободити одговорности само ако докаже да ствари нису пропале одн. оштећене његовом кривицом тј. да су случајно пропале одн. оштећене. Оваквих спорова у системима који су усвојили теорију предаје не може бити.

Уговорна теорија која вуче порекло из римског права (*periculum est emptoris*) је могла да одговара неразвијеном друштву произвођача робе у којем је давала тон купопродаја чији је предмет индивидуално одређена ствар (*species*); она постаје неприхватљива у друштву у којем тон даје купопродаја чији су предмет ствари одређене по роду (*genus*), а која захтева, ако проблем посматрамо са правнотехничког гледишта — да се прелазак ризика одвоји од самог закључења уговора и помери за један каснији тренутак. Тиме се, с обзиром на масовност ове врсте купопродаје,

цела уговорна теорија доводи у питање. Њено напуштање диктује и све већа брига о купцу — потрошачу, који у принципу не треба и не сме да буде оптерећен ризицима пре него што ствар дође под његову контролу. Ранији прелазак ризика код дистанционе купопродаје се оправдава тиме што се транспорт купљене робе врши по захтеву купца, уместо да се роба преда у месту испуњења. Не би, међутим било правилно рећи да правило *periculum est emptoris* тежи или треба да се претвори у своју супротност, — *periculum est venditoris* — јер у принципу ризик треба да падне на оног у чијој се сфери делатности и под чијом контролом налази ствар која је предмет купопродаје.

4. Остаје, међутим, да се одговори на питање која је од две теорије предаје боља, рационалнија: да ли теорија „једностране предаје”, према којој би ризик прелазео у тренутку када је продавац извршио све потребне радње које на њега, по уговору, падају, конкретно када је, испунивши све те радње понудио испоруку купцу или, пак теорија према којој ризик прелази на купца кад је примио робу, кад је државина пренета на њега. Прва теорија почива — истиче се са стране њених поборника на „модерној”, „комерцијалној” концепцији испоруке. Њу су, као што смо већ рекли, прихватиле Скандинавске земље и САД, а била је усвојена и у прва два нацрта Једнообразног закона о купопродаји прокретних телесних ствари (римски нацрти од 1935. и 1939). Другој теорији стоји у основи традиционална „дивилистичка” концепција испоруке која се састоји у предаји — уручењу ствари купцу. Њу прихватају многи — и стари и нови законници; усвојио ју је, коначно, и Хашки закон о купопродаји телесних покретних ствари, који је одбацио у римским нацртима усвојену концепцију испоруке, као неодређену и приклонио се старом учењу.

Против теорије „једностране” испоруке говори најпре то да она неоправдано погодује продавцу, јер зашто би купац сносио ризике пропасти и оштећења ствари пре него што је ствар дошла у његов посед, а није дошао у доцњу у погледу пријема ствари, у ситуацији, дакле, када он није у прилици да предузме све потребне мере обезбеђења које ће свести на најмању могућу меру могућност настајања „случајних” штета. Против ње војује и аргумент да би наступање пропасти или оштећења ствари нужно водило споровима, јер би се продавац могао ослободити одговорности само ако докаже да до њега нема кривице што су ствари пропале или биле оштећене. Најзад, треба истаћи и тешкоће доказивања у којем је тренутку „понуда испоруке” извршена, да ли пре или после пропасти или оштећења ствари. Наведени аргументи против теорије „једнострана испорука” говоре у прилог усвајања теорије пријема (преношења државине) ствари од стране купца, јер се тој теорији не могу учинити горњи приговори и јер она „не држи” ни страну продавца ни страну купца већ пребацује терет ризика на оног под чијом се контролом ствар налази.

5. На крају је потребно нешто рећи о односу права својине и ризика. Познато нам је да многи писци (Рабел, Шмитхоф, Голдштајн) стоје на становишту да су „својина и ризик” две различите институције и да према томе, једна су, или треба да буду, правила о преласку својине, а друга о преласку ризика. Ово је схватање, усвојено у немачком Грађанском законнику и законцима који су стварани под његовим утица-

јем. Принцип одвајања је усвојио и хашки Једнообразни закон о купопродаји покретних телесних ствари. Друга је концепција да ризик треба у принципу да иде са својином, да је природно и логично да ризик сноси онај ко је власник ствари (*res perit domino*) и да, према томе, ова идеја, ако се посматра ствар са гледишта законодавне политике, треба да буде изражена и у законодавству. Ово схватање су усвојила многа законодавства и то како она по којима се својина преноси самим споразумом уговорних страна (*Code civil*, енглески *Sale of goods Act* и др.) тако и она која пренос својине везују за предају ствари (аустријско и совјетско право). Концепцију јединства су усвојили и Општи услови СЕВ-а. Свим овим системима заједничко је да су правила о преносу својине у принципу и правила о преласку ризика и да се преношењем својине оправдава померање ризика, прелазак ризика са продавца на купца.

Поборници идеје о јединственим правилима за преношење својине и ризика данас су највећма совјетски писци који сматрају да одвајање тренутка преношења својине и ризика „не значи и њихово одвајање по суштини”, да је прелажење ризика пре својине средство обезбеђења плаћања куповне цене, а не нешто што је у „природи ствари”, и да „стварна контрола” није теоретски разлог за прелазак ризика јер се ови ризици односе на случајне губитке и штете тј. оне „који настају услед узрока које лице упитању није могло предвидети и према томе спречити.” (Рубанов-Чиквадсе у *Honnald Unification of the Law of Sales*, стр. 357—358).

Ови аргументи о јединству својине и ризика тј. да ризик треба да пређе на купца кад и својина, нису убедљиви. Они поистовећују статику својине са динамиком промета. Истина је да правилно *res perit domino* произлази из природе ствари, јер је нешто што се само по себи разуме да сопственик сноси губитке и оштећења на стварима која му припадају, али то правило важи безусловно само за статику својине и не би одражавало верно стварне односе и потребе трговине и друштва уопште ако би се применило увек у динамици промета, у кретању ствари, њиховом прелажењу из једних у друге руке, излажењу из контроле једних и улажењу под контролу других. Према томе, у тој динамици је нужно одступити од правила *res perit domino* и одредити правила која ће, уместо да иду за догмом, одражавати потребе промета.

Овом идејом су, без сумње, ишли законодавци када су, било изричито, било прећутно, проглашавали принцип диспозитивности правила о тренутку преласка својине и ризика са продавца на купца. Тиме је омогућено уговорним странама да се прилагоде стварној ситуацији и потребама. Принцип диспозитивности наведених правила важи данас у свим системима, како оним у којима су правила о преласку својине и ризика идентична, тако и у оним која су прописала мање-више различита правила о том преласку.

6. Шта је за модерни промет важно за одређивање тренутка преласка ризика са продавца на купца, који критеријум ту треба да буде одлучан? Мислимо да то треба да буде стварна контрола на ствари. Док се ствар налази под стварном контролом продавца, на њега треба да падну ризици случајне пропасти ствари и случајних штета на продатим стварима. Ово не само због тога, и ако то долази на првом месту, што је онај

под чијом је контролом ствар у стању да предузме максималне мере безбедности, тако да се могућност „случајних” штета сведе на минимум, него и због тога што се продавац под чијом су контролом ствари обезбеђује осигурањем (напр. за сву робу која се налази у његовом магацину). Ове околности као и чињеница да се усвајањем принципа контроле избегавају спорови о томе да ли постоји кривица или је штета случајно настала — спорови у којима би терет доказивања падао на оног под чијом се контролом налази роба, говоре у прилог усвајања принципа да терет сношења ризика пада на оног под чијом се контролом налазе ствари. Могло би се применити да је у законодавствима усвојено гледиште да, код дистанционих купопродаја, предајом превозиоцу ризик прелази на купца, није у складу са принципом контроле, јер том радњом роба додуше излази из контроле продавца, али не долази под контролу купца, па да, према томе нема оправданог разлога да се преноси ризик на купца. Овај, аргумент не стоји јер се роба не предаје у месту испоруке и отпрема се на захтев купца, и када је то тако, оправдано је да купац, а не продавац сноси транспортне ризике.

Ово резонување не значи да ће, или да треба, да буду правила о тренутку преласка својине и преласка ризика увек различита. Не, јер ће често разлози који детерминишу тренутак преласка својине довести до фиксирања тог тренутка у исто време и за ризик. Но то не мора да буде, и у одређеним случајевима и ситуацијама, и неће бити. Према томе, у решавању ових случајева не сме се поћи од правила *res perit domino* као догме, јер његова примена може да доведе до неадекватних решења.

Др Врлета Круљ

РЕЗЈУМЕ

Синтетическиј възгляд на решения о переходе риска при купли-продажи движимого имущества

В статье рассматривается проблема кто сносит риск за случайную гибель или порчу при купле-продаже движимого имущества и в связи с этим автор констатирует, что принятые решения можно свести к трем теориям: теории заключения сделки (швейцарское, голландское, французское и английское права), теории „односторонней поставки” (скандинавское право и право США), и теории передачи (германское, австрийское, советское и югославское права).

Автор усматривает, что несмотря на различие в основных подходах, решения о моменте перехода риска часто более или менее тождественны, (в широкой области торговых купле-продаж — известными промежуток времени для купли-продажи), а иногда тяготеют к уподоблению — опять же под влиянием коммерческой практики (при купле-продаже вещей, определяемых родовыми признаками).

На базе проведенного анализа, автор подвергает критике теорию договоров, ибо ее можно последовательно применить только в гипотезе купле-продажи, когда речь идет об индивидуальной-определенной вещи, чем данная теория является неподходящей для современного торгового обра-

шения. Автор также приводит аргументы против теории „односторонней поставки” и высказывается в пользу теории „передачи”, которая „не подерживает” ни сторону отчуждателя, ни сторону приобретателя и которая бремя риска переносит на лицо, у которого вещь находится.

В заключение статьи автор рассматривает вопрос тождества и различия правил перехода риска.

SUMMARY

A Synthetic View of the Solutions Regulating Take-over of Sale Risks for Corporeal Mobile Objects

The problem of taking the risk in case of accidental loss or damage of things in buying or selling corporeal mobile objects is discussed in the paper. The author is stating that the adopted solutions may be broken down to three theories: theory of contract making (Swiss, Dutch, French and English laws); theory of «unilateral delivery» (Scandinavian, and USA law — the Uniform Trade Code); and theory of hand-over (German, Austrian, Soviet and Yugoslav laws).

The author states that in spite of the differences in the basic approaches the solutions relative to the moment the risk is taken over are more or less identical (in the large field of commercial sale distant sale (while sometime they tend to be equalized under the impact of commercial practices) in the domain of sale of things determined according to kind)

On the strength of analysis the author criticises the contract theory, for it can be, consequently, applied only hypothetically in sale when the object is an individually fixed thing, and so this theory is not suitable to the modern trade. He also states some arguments against the theory of «onsided delivery» declaring himself for the theory of hand-over, which does not take sides either with the vendor or buyer, but transfers the risk to the individual under whose control the object is.

The author winds up the paper by discussing the issue of identity and/or differences of the rules of transferring the risk and of transfer of ownership, taking the standpoint that in solving this problem one should not start with the rule *res perit domino* as a dogme, for the dynamics of exchanges of commodities demands divergence from this rule.

RÉSUMÉ

Vue synthétique sur les solutions relatives au transfert des risques dans les achats et ventes des choses mobilières corporelles

Dans cet article est traité le problème des risques supportés en cas de perte fortuite ou d'endommagement des choses dans les achats et ventes des choses mobilières corporelles, et à ce sujet l'auteur constate que les solutions adoptées peuvent être réduites à trois théories, à savoir: la théorie de la conclusion du contrat (droit suisse, hollandais, français, anglais; la théorie de «la livraison unilatérale» (droit scandinave et droit des Etats Unis d'Amérique — Code de commerce uniforme) et la théorie de la remise (droit allemand, autrichien, soviétique, yougoslave).

L'auteur constate qu'en dépit des différences dans les approches fondamentales, les solutions relatives au moment du transfert des risques sont parfois plus ou moins identiques (dans le large domaine des achats et ventes commerciaux — des ventes à distance) et dans d'autres cas elles peuvent être difficilement divelées — de nouveau sous l'influence de la pratique com-

merciale (dans le domaine des achats et ventes des choses déterminées selon le sorte).

Sur la base de l'analyse effectuée l'auteur critique la théorie du contrat, parce qu'elle ne peut être appliqué d'une manière conséquente que dans l'hypothèse des achats et ventes dont l'objet est la chose individuellement déterminée, de sorte que cette théorie est mal appropriée au trafic commercial contemporain. L'auteur cite aussi les arguments invoqués contre la théorie de la «livraison unilatérale» et il se prononce en faveur de la théorie de la remise, qui ne «prend fait et cause» ni pour le vendeur ni pour l'acheteur mais qui transfère la charge des risques à la personne sous le contrôle de laquelle se trouve la chose.

En terminant son article l'auteur traite la question de l'identité c'est-à-dire de la différence des règles relatives au transfert des risques et au transfert de la propriété et il se place sur le point de vue selon lequel pour résoudre cette question il ne faut pas prendre comme point de départ res perit domino en tant que dogme, car la dynamique de la circulation des biens exige de s'écarter de cette règle.