

ЗАЈАМ У СКИЦИ ЗА ЗАКОНИК О ОБЛИГАЦИЈАМА ПРОФ. МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА*)

— Критички преглед одредаба —

1. После извесног застоја настављено је са радом на кодификацији нашег грађанског права. Доношење законика није посао који се може преконоћ обавити ни у оним земљама чија доктрина и законодавство следе устаљене путеве. Нарочито је то тежак задатак у Југославији у којој се још тачно не зна шта ће остати у надлежности федерације, а шта ће регулисати републике, у којој пракса треба да решава питања која никад нико раније није решавао, а теорија није сагласна чак и у гледању на основне проблеме, као што је проблем својине. Ипак, чини се да је кодификовање цивилног права ушло у фазу када се може назрети крај. Добро је што је Поткомисија за израду закона о облигацијама и уповорима узела као основ за дискусију Скицу професора Константиновића. Чини се да су већим делом напуштене неке теорије и настојања на оригиналности по сваку цену којима можда и има места у стварном праву и регулисању статуса привредних организација, али се теже могу применити у домену облигационих односа. Као траг става који је раније био више присутан, као знак потцењивања материје остао је назив Поткомисије („Поткомисија за закон о облигацијама и уговорима). Ни по свом обиму ни по значају то не може бити ништа друго до *законик*, па звали га ми како хоћемо.

2. *Прописи Скице који се односе на зајам.* О зајму говори одељак 4. друге књиге (чл. 499—508). Поред тога и чл. 72 ст. 2 (за закључење зајма потребно је посебно пуномоћје), чл. 492 ст. 2 (зајам додељен купцу ради куповине одређених ствари), чл. 811 (законско заложно право комисионара за зајмове које је дао комитенту), чл. 971 (зајам у циљу игре или опкладе рађа природну облигацију) и чл. 985 (антих реза).

О каматама је реч у чл. 223—225 (законска камата) и чл. 319—322 (уговорна камата).

3. *Место прописа о зајму у оквиру Скице.* Уговори се могу регулисати редоследом који ће указивати на њихов значај (од најважнијих ка мање важним) или према неком другом критеријуму. Добро би било када би се бар донекле ова два принципа поклопила, када би законик следио неку логику, али тако да се на првом месту нађу важнији послови грађанског пра-

(*) Чланак представља нешто измењен и допуњен реферат који сам поднео на седници Поткомисије за израду закона облигацијама и уговорима од 5. II 1972. године.

ва. Скица у другој књизи најпре говори и о продаји, размени, продајном налогу, зајму и дару. То су уговори код којих се преноси својина, код којих се обавеза дужника састоји у *dare*. Затим следе: закуп, посуда (послуга), тј. уговори чија је основна престаџија пренос државине, *praestare*. Трећу групу чине уговори који повлаче за собом обавезу на неки рад (*facere*, поп *facere*), а на крају су уговори који су или акцесорне природе (залога, јемство) или се ретко јављају у правном промету.

Овакав распоред материје је добар. Тако се зајам нашао иза продаје или уговара који су њена варијанта (трампа, продајни налог). То је оправдано и полазећи од критеријума који Скица усваја и с обзиром на важност овог уговора. По традицији зајам заузима важно место у законикима. У примитивним правима негде се зајам помиње чак и пре продаје (Закон XII таблица). У скромним оквирима Хамурабијевог законика једанаест чланова посвећено је зајму. То је последица раширености посла, невоља које су га пратиле и политичких сукоба због презадужности. Како каже Тацит: „У стара времена, мање изопачена од наших, зајам је био најчешћи узрок зала, побуна и нереда“ (1). И данас је зајам један од најзначајнијих правних и економских трансакција. „У комерцијализованом друштву кредит је готово исто толико важан колико и новац. То је у првом реду последица општег претварања готовине у банкарски депозит, тј. у зајмове“ — пише Нусбаум (2).

4. *Дефиниција*. Члан 499 као предмет зајма одређује „новац или које друге замениве ствари“. То је традиционални став пореклом још из римског права (3).

Овакав став напустио је Наполеонов Code Civil који сматра да су предмет зајма не замениве, већ потрошне ствари — *les choses qui se consomment par l'usage* (чл. 1892, 1874). У француској терминологији и сам назив посла указује на потрошност — *prêt de consommation*, насупрот послузи — *prêt d'usage*. Такав став следила су и друга законодавства: АГЗ (§ 983), Аргентински (§ 2240), Италијански ГЗ чл. из 1865 (чл. 1819), СГЗ (§ 593).

Немачки БГБ вратио се римском појму заменивих ствари (§ 607). Такво схватање, како видимо, преузима и Скица.

У пракси готово искључиви предмет зајма су новац или које друге потрошне ствари. Предмет зајма прелази у својину дужника, он га троши и враћа исту количину исте врсте ствари. У томе се зајам и разликује од послуге код које се узима непотрошна ствар и иста та ствар враћа. Ипак теоретски је могуће замислити и зајам непотрошних заменивих ствари. Међутим, потребно је учинити једну напомену. Ако се остане при оваквој формулацији, треба ускладити терминологију нашег законодавства, јер неки прописи као предмет зајма наводе потрошне ствари, што је последица традиције, утицаја АГЗ и СГЗ. Тако нпр. Кривични законик у чл. 263 (зеленашки посао) помиње потрошне ствари.

(1) *Annales*, 6. 16.

(2) *Nussbaum, Money in the Law, Brooklyn*, 1950, стр. 141.

(3) У трећој књизи Гајевих Институција стоји: *Mutui datio in his rebus contingit quae pondere numero mensura constant. . .*

5. *Облик закључења уговора.* Из чл. 499 следи да се зајам закључује у консенсуалној форми. Тиме је напуштен традиционалан став, који прихвата знатан број законодавства, а по коме је зајам реални уговор.

Схватате да нема зајма док ствар није предана дужнику пореклом је из римског права. Овде је неформални, реални зајам био најпре посао између сродника и пријатеља, заснован на bona fides и без правне санкције. Промене у економском и моралном амбијенту довеле су до злоупотребе и потребе да се овакав посао санкционише. Излаз је нађен у примени принципа неоснованог обогаћења, у кондицијама (4). Да би се „дужник обогаћтио” потребна је предаја ствари. Такво решење преузела су готово сва европска законодавства у којима се захтева предаја ствари да би се уговор сматрао закљученим, иако је у њима напуштена ова тесна веза између зајма и неоснованог обогаћења. Нека су, као уступак консенсуализму, санкционисала и претходни неформални споразум као pactum de contrahendo (§ 893 АГЗ).

Швајцарски законик о облигацијама прекинуо је са овом традицијом и заменио реални уговор консенсуалним (чл. 184, 239, 253, 312, 427). А такво решење преузела су и друга законодавства, између осталих и сва источноевропска (5).

Требало би прихватити став чл. 499 *Скице* по коме је зајам консенсуални уговор у коме не постоји истовременост престације, већ обавезе зајмодавца претходе обавезама зајмопримца.

6. *Номиналистички или металистички принцип.* У средњем веку био је на снази „металистички” принцип. Због варирања квалитета новца, обила разних монета у оптицају, зајам је често валоризован у количини племенитог метала. Промене у вредности новца нису могле ићи на уштрб било повериоца било дужника. Први је, средином 16 века, напао овај принцип Димулен (6). Суштина овог принципа је да се за динар враћа динар, без обзира на промене у његовој унутрашњој вредности. Иако је данас, у време владавине папирног новца, могућност депрецијације неограничена, номиналистички принцип је општеприхваћен. Неки други став би поткопао националну валуту као мерило вредности и средство плаћања. Ипак је и у новијој историји изузетно бивало да је овај принцип у некој мери напуштан. Тако је у време незапамћене инфлације у Немачкој после I светског рата вршена „ревалоризација” зајма како би поверилац добио бар приближни еквивалент за оно што је дао на зајам. Занимљиво је да се и код нас говори о потреби ревалоризације кредита, нарочито оних за станове и стамбену изградњу.

Члан 504 *Скице* прописује да је дужник обавезан да врати „исту количину ствари исте врсте и истог квалитета, као што су биле ствари које је добио у зајам”. Ако дужник треба да врати ствари исте каквоће, да ли то значи да ће у случају опадања квалитета новца поверилац захтевати од

(4) *Contra: Voci, La dottrina romana del contratto*, Милано, 1946 (по коме је било управо обрнуто — неосновано обогаћење је санкционисано на тај начин што се пошло од идеја да је quasi ex titulo ствар код обогаћеног.

(5) Аргументе за и против види у: Станојевић, О неким проблемима уговора о зајму у нашем грађанском праву, Архив за правне и друштвене науке, 1964/3, стр. 210.

(6) *Molinaeus Tractatus contractum et usurarum redditumque constitutorum*, 1546.

његу једну додатну суму? Дословце схваћена оваква формулација ишла би у прилог металистичком принципу. Ипак то није случај. Сама *Скица* у чл. 316 опредељује се за номиналистички принцип. Нека законодавства, да би избегла евентуалне дилеме, у дефиницији посебно помињу новац: „Уговором о зајму обавезује се зајмодавац да преда у својину зајмопримцу одређену количину новца или других заменивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му после извесног времена врати исту своту новца или исту количину ствари исте врсте и истог квалитета” (7). А може се бранити и онаква дефиниција какву садржи *Скица*. Јер она говори о „истој количини ствари исте врсте”. То у случају новца означава исту суму.

7. *Одступање од уговора*. Од начела *pacta sunt servanda* *Скица* у случају зајма допушта два изузетка. Члан 502 дозвољава зајмодавцу да одбије извршење уговора ако се покаже да су имовинске прилике зајмопримца такве да је неизвесно хоће ли он бити у стању да врати зајам. Неће имати право на одустајање од зајма ако је за ове прилике знао приликом закључења уговора или уколико му је зајмопримац пружио обезбеђење. То је у складу са новијим схватањима науке (8). Слично право даје *Скица* и у другим случајевима. Тако нпр. 406 дозвољава продавцу да спречи предају ствари купцу ако је неизвесно да ће овај бити у стању да плати цену.

Док зајмодавац може одустати од уговора само под одређеним условима, зајмопримац може то учинити не наводећи разлоге. Наравно да је у том случају дужан накнадити евентуалну штету коју би кредитор из тога имао. У овом погледу, као и у случају враћања зајма пре рока (чл. 507), *Скица* следи једну традицију. Отказивање зајма ономе ко тражи кредит обично има теже последице него отказивање зајма од стране зајмопримца зајмодавцу.

8. *Одговорност за мане ствари*. Члан 503 различито регулише одговорност за мане у предмету зајма водећи рачуна о томе да ли је зајам бескаматан или каматан. Овакво разликовање је оправдано. Бесплатни зајам и зајам са накнадом су толико различити да у неким правима, нарочито старијим, носе различите називе (9). Између ова два посла, иако данас носе исти назив зајма, готово да је већа разлика него између продаје и поклона.

Први став овог члана предвиђа да ће зајмодавац одговарати за материјалне недостатке ствари без обзира на то да ли је знао за њих или није знао, уколико је посао теретан. За бесплатан зајам став други предвиђа нешто мању одговорност: зајмодавац ће одговарати само ако су му недостаци били познати или му нису могли остати непознати. У том погледу *Скица* спроводи јединствену концепцију, јер истовремено правило примењује и на дар (чл. 516), а зајам без интереса у суштини и није друго до поклон употребе новца.

У упоредном законодавству познат је и други приступ: поверилац би у случају зајма без камате, као и поклона, одговарао само за долозно при-

(7) Приближно такву формулацију садржи ГЗ РСФСР у чл. 269 и Пољски ГЗ у чл. 720.

(8) Такво решење усваја *Code civile* чл. 1822, *BGB* § 610, Пољски ГЗ чл. 721 и други.

(9) Више о томе: Станојевић, Зајам и камата, Београд, 1966, стр. 29 и сл.

чињену штету (ако је знао за мане ствари), а не и за нехат (ако је могао да зна).⁽¹⁰⁾

Могу се навести разлози и за један и за други став.

Размишљање у апстрактним категоријама више иде у прилог решења какво налазимо у немачком и италијанском законодавству. Ако неко улази у посао који му неће донети користи, који му може чак и штетити уколико долази до пада вредности новца, не би га требало држати одговорним и за мане које није знао, али је могао да зна. Са друге стране, у животу поклон, па и бесплатни зајам као њему блиска операција, често није сасвим лукративан посао, већ део шире трансакције типа *do ut des, facio ut facias*. Код поклона обично сви елементи нису видљиви, већ се, као код леденог брега, већи део крије испод површине. Зато су закони резервисани према даровима. Ово би били разлози за прихватање става *Скице* која предвиђа одговорност и за нехат.

9. *Враћање зајма пре рока*. Зајмопримац може вратити зајам и пре рока ако претходно обавести зајмодавца и ако му накнади штету која би из тога наступила (чл. 507). Та штета би могла да се састоји у немогућности да се да новац на кредит другом зајмопримцу под тако повољним условима, са толиким каматама. Ово је, додуше, тешко замислити у данашњим условима приврсе и јагме за кредитима, али се законик не прави за презент или неко предбудуће време, већ треба да траје и да да одговоре и на проблеме које ће поставити измењене економске околности⁽¹¹⁾.

То је општи принцип који важи за све новчане облигације: „Дужник новчане обавезе може је испунити и пре рока” (чл. 317, ст. 1). Чак је то пропис императивне природе, јер став 2. проглашава ништавим одредбе уговора којим се дужник одриче овог свог права.

И овде не постоји јединствено схватање у законодавствима. Нека полазе од тога да је зајам уговорен у интересу обе странке те у начелу не допуштају враћање зајма пре рока. Италијански ГЗ прави разлику између бесплатних и теретних зајмова: „Рок враћања сматра се уговореним у корист обе странке, а у корист зајмопримца ако је зајам без накнаде” (чл. 1816).

Ипак разлика између ова два решења у пракси није велика. Поставља се питање да ли у овим правима кредитор може одбити да прими исплату пре рока или је дужан да је прихвати, али има право на накнаду штете. Ако је ово друго случај, онда готово и нема разлике између тог става и оног по коме је допуштен повраћај зајмо пре рока, али је зајмопримац дужан да накнади штету коју би зајмодавац из тога имао.

10. *Нламенски зајам*. Постоји општи принцип да се не може пренети својина под условом или са неким ограничењима осим оних која спадају у стварноправне терете. Другаче је у римском и англосаксонском праву. Отуда на први поглед не изгледа допуштено да зајмопримац трљи контролу

(10) Италијански *Codice civile* чл. 1821, а из правила о поклону рекло би се да такав став има и *BGB* (§ 524).

(11) Навели смо овај пример зато што је приликом дискусије о чл. 507 било међу члановима Поткомисије неких који су питали у чему може бити штета за повериоца ако му зајам буде враћен пре рока.

повериоца у погледу начина на који ће утрошити ствари које су путем зајма постале његова својина. Ипак, у савременим условима све је чешћи случај да се странке у облигационом односу не налазе на противстављеним позицијама повериоца и дужника, већ су пре сарадници у заједничком подухвату. Имајући ово у виду сматрамо оправданим став чл. 508 *Скице* који даје могућност повериоцу да контролише коришћење наменског зајма и да захтева да му се зајам одмах врати ако је употребљен у неку другу сврху.

11. *Зајам и купопродаја; враћање зајма у другим стварима.* Веза између зајма и продаје, нарочито у историји права, веома су тесне. Нексип старог римског права, чије су укидање плебејци поздравили као „почетак једне нове слободе“, по свој прилици није био ништа друго до условно и орочено продавање самогдужника. ⁽¹²⁾ У грчком праву зајам уз реално обезбеђење закључиван је као продаја са правом откупа а слично је и са римском фидуцијом. У средњем веку продаја служи за изигравање забрана камата. Сам израз „зеленашење“ настао је од куповине „на зелено“. Европски зеленаши су преузели од арапских тзв. мохатру, која се састоји из две фиктивне купопродаје. Најпре купац, уствари дужник, купи неку ствар за 10 златника које ће платити кроз годину дана. Како је њему потребан новац, он ову исту ствар препрода трговцу од кога је и купио за осам златника које одмах добија. Тако је добио осам, за које кроз годину дана треба да врати десет — вишак од два златника је уствари камата.

Члан 505 *Скице* говори о случају када се даје натурални зајам, а уговори враћање у новцу. Тада се износ дуга у новцу одређује према вредности које су ствари имале у месту и у време предаје зајмопримцу.

Могућа су три решења овог питања: време и место закључења уговора, време и место предаје ствари, време и место испуњења обавезе зајмопримца ⁽¹³⁾. Ниједно од ових решења неће сасвим онемогућити шпекулације. *Скица* је, како видимо, прихватила друго решење. Тиме је, ако ништа друго, бар постигнута једнообразност у складу са „номиналистичким“ принципом. Као што је дужник дужан вратити ону суму новца коју је примио, без обзира на касније промене у њеној вредности, тако се и у натуралном зајму који се враћа новцем, вредност ствари процењује према месту и времену њихове предаје дужнику не узимају се у обзир накнадне промене у њиховој цени.

Овај случај (давање заменљивих ствари и враћање новца) *Скица* квалификује као зајам. Став 3 чл. 505 такође сматра зајмом уговор у коме се дају генеричне ствари, па се не могу вратити ствари исте врсте и квалитета, већ њихов еквивалент у новцу. Неке сличне операције, међутим, не сматрају се зајмом. Таква је, примера ради, продаја у којој цена треба

⁽¹²⁾ Виде о томе: Станојевић, О пореклу нексума, *Анали*, 1965/3—4, стр. 371 и сл.

⁽¹³⁾ За одређивање вредности ствари према месту и закључењу уговора говорила би примена аналогije са продајом. У време уговарања странке имају на уму вредност ствари *hic et nunc*. Такође би се могао навести и принцип да обавезе треба да буду јасне и одребене. Одређивање вредности према месту и времену исплате било би у складу са настојањем да се ревалоризују обавезе у складу са промењеном вредношћу тако да ниједна од странака не претрпи штету.

да буде исплаћена после одређеног рока, продаја на кредит. Како се и у случају продаје дугује камата на цену од тренутка доспелости или чак и ако цена није доспела, али је извршена предаја ствари која даје плодове, и ове трансакције имају сличности са зајмом (чл. 446).

12. *Зајам и неправна остава.* Неправна остава (*depositum irregulare*) и бесплатни зајам у економском ефекту су идентични. И један и други посао састоји се у давању заменивих и потрошних ствари, с тим што се враћају, не те исте ствари, већ иста количина ствари исте врсте и каквоће. Уколико се на депоновани новац може наплаћивати и камата (какав је случај био у посткласичном римском праву и какав је данас са банкарским депозитима), онда је ова трансакција сродна са каматним зајмом.

Ипак, још од времена Римљана, ова два посла се раздвајају. Иако су у економском погледу то идентичне трансакције, у правном су различите. У римском праву та разлика је још и већа, јер је неправи депозит био посао *bonae fidei*, а *mutuum* спадао у *negotia stricti iuris*. Данас ова разлика не постоји, али остаје она основна: зајам је посао у интересу онога који добија новац или друге ствари. Било да је бесплатан или не, зајам је нешто што се обавља углавном на иницијативу зајмодавца и у његовом интересу. Када се закључује депозит, насупрот томе, депозитар је тај који чини услугу депоненту узимајући његове ствари на чување. Ипак, иако постоји и данас, ова разлика је нешто мање изражена. Неки облици нередовног депозита (додуше они су издвојени у посебан посао) као што је случај са банкарским депозитима, не могу се сматрати трансакцијама закљученим искључиво у интересу депонента.

Имајући ово на уму, сматрамо правилним став *Скице* која задржава као посебан случај оставе *depositum irregulare* (чл. 745), али прописује да ће се на односе из овог уговора примењивати у начелу правила која важе за зајам. Једино се у погледу места и времена закључења уговора примењују правила из уговора о остави. Такав режим одговара хибридној природи посла, природи која је запажена још у римском праву, а данас је још израженија⁽¹⁴⁾. Може се додуше приметити да би, имајући у виду околност да се претежнији део права и обавезе равна према правилима која важе за зајам, овај посао можда требало уврстити у одељак четврти (зајам), али је аутор вероватно пошао од назива трансакције (*неправи депозит*) и од традиционалног места које заузима у законцима.

13. *Да ли је требало регулисати и неке друге облике зајма?* Има законодавстава која предвиђају посебан правни режим за различите врсте зајмова. У САД се прави разлика између малих и великих зајмова, нека законодавства предвиђају различиту каматну стопу за трговачке и нетрговачке зајмове, за оне са и без обезбеђења⁽¹⁵⁾. Грађански законик РСФСР

(14) *Collatio* (10. 7. 9) сматра да је пре зајам него депозит ако је депозитару дозвољено да се користи стварима (*mutua magis videtur quam deposita*). Међутим, Д. 16. 3. 29. 1 овај случај квалификује као оставу. Оба ова извора позивају се на Паулово Сентенције, што значи да је један од њих интерполиран. Остаљајући то по страни, очигледно је да у римском праву није постојала сагласност око правне природе ове трансакције.

(15) Тако АГЗ (§§ 995, 995), затим тзв. Закони о малим зајмовима (*Smallloan laws*) у САД и други.

посебно помиње позајмне операције залагаоница, државних штедионица и каса за узajамну помоћ (чл. 272—274).

Од различитих врста зајмова који се појављују у нашој пракси, највише пажње захтева зајам за стамбену изградњу и куповину стана. Он је необично важан не само с обзиром на учесталост, већ и с обзиром на новчане износе и на дужину трајања. Можда би требало у нашем закону посебно регулисати ову категорију кредитних послова уколико правни режим у нечему одступа од општих правних прописа. Нормирање би се могло извршити и на тај начин што би законик овластио посебни орган, било савезни било републички, да својим прописима регулише ову област. Уколико оваквих специфичности нема, онда су оквири које даје *Скица* довољни.

14. *Републичко законодавство и самоуправни акт радних организација*. Испрва је свака од држава у оквиру североамеричке конфедерације и федерације уживала широку законсавну самосталност. Једно од првих подручја на коме се осетила тенденција проширења федералне надлежности био је правни промет и облигације. Користећи се клаузулом Устава који је у надлежност савезних органа оставио осигурање трговине између држава (*interstate commerce*) Врховни суд је све више залазио у регулисање трговине и облигација, па чак и чисто уставних питања, позивајући се на потребу заштите промета између држава.

Природа промета је таква да не трпи правни партикуларизам. Основ за поновну примену римског права у средњем веку чини баш настојање да се овим правом, као делом општег права које се примењује на трговце из различитих покрјина, омогући настанак једнообразног правног система. Тежња ка стварању униформних, јединствених норми карактерише новији развој међународног промета.

Мишљења смо да сва важнија питања кредита и камата треба регулисати на јединствен начин. У супротном могле би да наступе тешке последице по јединство тржишта, могло би да дође до дискриминације или фаворизовања једних кредитних установа на рачун других. Ипак, постоје нека питања везана за зајам која би требало препустити не само републичком законодавству, него и самоуправној нормативној делатности радних организација. Заложни заводи су нешто што нема битног значаја за општејугословенски кредитни систем. У односу на ову установу не постоји сагласност да ли су помоћ људима у невољи или су начин за искоришћавање туђе беде. Постоје разлике и у традицији и у пракси. Колико је познато, данас постоји само једна кредитна установа оваквог карактера (у Загребу). Стога смо мишљења да је ово једно од питања које може република или покрајина самостално регулисати.

Питање зајмова (краткорочних и дугорочних) које дају касе узajамне помоћи могло би се препустити не само републичком, него и самоуправном нормативном регулисању. Такође би неке елементе уговора о кредитирању стамбене изградње из средстава радне организације могао да регулише статут или посебан правилник саме организације удруженог рада.

15. *Легитимност камата.* Питање да ли су камате дозвољене или не једно је од највише расправљаних у историји економије и права, нарочито у средњем веку. И економисти и правници — а ово је проблем у коме су економија и право најинтимније повезани — настојали су да одговоре на загонетку „како неко може да има колач и да га истовремено једе“ (16). Чини се да је већина теоретичара бркала два проблема:

— зашто се наплаћује интерес;

— да ли је оправдано узимати интерес на позајмљени новац.

Била оправдана или не, камата је вечита категорија права. Онај коме је новац потребан мора да прихвати камату, онај који располаже капиталом може да га да под условима да му то донесе добит, да му се новац врати оплобен. Стога је у праву *Tigo* који сматра да је у суштини својина та која објашњава ову појаву (17). Откад постоји својина постоји и могућност да се узима интерес на позајмљени капитал, без обзира на то како је етика или религија гледала на то.

Други је проблем да ли је то оправдано. У античко доба зеленашење је морално жигосано, али правно толерисано. Сматрало се да је неприродно да се узима плод од новца који нема нека унутрашња својства оплобавања, као што их има нпр. њива. У средњем веку и теорија и законодавство и црквени оци су једнодушни у осуди камата. Касније, са тријумфом грађанске мисли, са тријумфом трговаца, тријумфовао је и зајам са каматом. Ранији став теорије и закона осуђиван је као велика заблуда и препрека напретку, јер забрањује интерес „најлегитимнију ствар на свету“. Док се у старом и средњем веку са подозрењем гледа на трговину, сада се певају славопојке капиталу: „Напред, напред, капиталу! Остваруј своју каријеру, производећи добра за човечанство! Ти си ослободио робове, ти си срушио тврђаве феудализма! Расти још више... увећавајући демократију“ (17).

Не може се оценити став Аристотела и црквених оца као заблуда. Вековна сагласност терије, права и морала није била погрешна. Камата је стварно била синоним за зеленашење, средство за искоришћавање туђе невоље и узрок пропадања дужника. Основни разлог за то био је потрошни карактер зајмова, непостојање капитала, сем у зеленашко облику. Касније околност да „новац може рађати новац“ постаје очигледна истина, зајмови добијају све више производни карактер и интерес постаје оправдан.

Ренесансу старих дилема имамо у најновије доба. Њих је донела социјалистичка револуција.

У социјалистичкој економској теорији једно време је владало схватање да су камате неспојиве са новим друштвеним односима, да су оне атрибут капитала и капиталистичког начина производње. Касније се у некој мери одступило од тога, али још увек ГЗ РСФСР дозвољава узимања камата само у случајевима предвиђеним законом (чл. 270). А и у тим случајевима допуштене су релативно ниске каматне стопе.

Код нас је било сличних дилема и у теорији и у законодавству.

(16) *How to have your cake and eat it too, lend it out at interest* — пише *Samuelson, Economics, New York, 1958.*, стр. 575.

(17) *Djuvara, Du prêt à intérêt, Paris, 1881*, стр. 27.

Тако је А. Групче 1967. године писао на основу не нарочито обухватне анкете да се код нас углавном не наплаћују камате из зајма између приватних лица ⁽¹⁸⁾. Али је било и другачијих гледишта ⁽¹⁹⁾.

И законодавство је било неодлучно. Уредба о максимирању каматних стопа из 1946. (Службени лист ФНРЈ 46/1946) дозвољавала је приватним поверљивцима да могу узимати 4% годишње на име интереса. Али следећи пропис, Уредбе о максимирању каматних стопа из 1948. (Сл. лист ФНРЈ 71/1948), у чл. 1 је дозвољавао узимање камата само државним кредитним предузећима и задружним организацијама и то највише 6% годишње. Став други истог члана је гласио: „Кредитирање новцем уз наплату камата од стране било код другог забрањује се“.

После четири године донета је нова уредба (Сл. лист ФНРЈ 25/1952) која је поневила члан 1. Уредбе из 1948, али без изричите забране коју је садржао став 2.

Било је недоумица у погледу значења ових прописа. Они говоре о колебању законодавца, али нема сумње да тумачени сами за себе они не дозвољавају узимање камата из зајмова између грађана. Иако је испуштена изричита забрана, ипак Уредба из 1952. јасно каже да се само овлашћени субјекти привредног права могу бавити кредитирањем уз наплату интереса.

Па ипак, иако није изричито укинут, овај пропис је прећутно, једним заобилазним начином стављен ван снаге. Уредба о порезу на доходак из 1953. (Сл. лист ФНРЈ 56/1953) међу приходе грађана убраја и камате. То је још увек могло да се односи на камате из штедних улога, како је примећено ⁽²⁰⁾. Али Уредба из 1954. (Сл. лист ФНРЈ 55/1956) није остављала места двоумљењу, јер изричито говори о каматама из зајма. Додајмо овоме и чл. 263 Кривичног закона који гласи: „Ко даје новац или друге потрошне ствари на зајам и притом уговори несразмерну имовинску корист...“ Кажњиво је како видимо уговарање несразмерне користи, а умерена добит, бар са гледишта кривичног права, не би се могла сматрати недозвољеном.

Иако је чудан начин на који је камата из зајма легализована у нас, судови се држе овог и дозвољавају умерену, можда чак и прениску каматну стопу из зајмова између приватних лица.

16. *Начин регулисања камата. Скица*, осим у чл. 500, не говори о каматама у оквиру прописа који регулишу зајам. О каматама је реч у одељку IV другог дела под називом „законска камата“ и у глави II четвртог дела: „уговорна камата“. Оправдано је што аутор *Скице* није регулисао камате у одељку који је посвећен зајму. Као што ни зеленашење није више искључиво везано за зајам, тако и камата није више само атрибут зајма. Она је пропратна појава готово свих новчаних потраживања. Када се дугује новац, према чл. 223, дугује се камата због доцње, макар и да није изричито уговорена.

Забрањују камате углавном неке муслиманске земље, држећи се Корана, али је тај став све ређи (Мароко, бивша турска Мецела).

(18) Групче, Заем со интерес меѓу приватни лица, Преглед, Скопје, 1951.

(19) Ђорђевић, Зајам са каматом између приватних лица, Анали, 1955/2.

(20) *Ibidem*.

Потпуна слобода уговарања интереса последица је либерализма, као и околности да су откривени, или се бар мислило да су откривени, закони који регулишу величину камата. „Државни закони о зеленаштву имају онолико уплива на снаге које одређују камату, колико би ефекта имали слични закони, покушавајући да ограниче или контролишу плим и осеку океана” писао је двадесетих година овог века Рајан (21). И у Србији XIX века нашле су одјека идеје „манчестерске школе либерализма”. Тако је члан Касационог суда, А. Јовановић, писао да „странкама треба оставити на вољу и дозволити им да се за величину интереса погађају тако исто, као што чине и у другим уговорима” (22). Док је у прошлом веку овакав став имао много присталица не само међу теоретичарима, већ и законодавцима, данас су ретке земље које бар у некој мери не контролишу интересне стопе. Тако је у Енглеској донет 1900 г. *Money Lender's Act* који овлашћује судију да преиспита трансакцију ако је уговорен претеран интерес (*excessive interes*). Као такав је нпр. оцењен интерес од 48% годишње (23). У Француској је најављен закон који ће одредити каматне стопе, али до данас, колико је познато, није донет. Једино је забрањен анатоцизам.

Како је очигледно да ниједан од ова два екстрема (потпуна забрана и пуна слобода камата) није за нас прихватљив, задржаћемо се на начинима на који је регулисан интерес у оним правима која допуштају ограничену каматну стопу.

Нека законодавства праве разлику између зајмова водећи рачуна о степену ризика (зајам са залогом или без ње) о субјектима у уговору (трговачки и нетрговачки зајмови), величини зајма и другим околностима (смрт дужника, банкрот).

Француски закони из 1807, који је касније аброгиран, ограничио је каматну стопу на 5% у цивилној и 6% у трговачкој материји. Године 1886. укинута су ограничења за комерцијални кредит, док су за обичне зајмове ограничења остала још неко време на снази. Сличну разлику правило је и АГЗ (§ 995, који није више на снази).

Разлика између комерцијалних и цивилних зајмова има оправдања. Трговачки зајмови су по правилу продуктивни, у њима учествују људи чија професија изискује већу упућеност и више опрезности, тако да теже могу бити плен зеленаша.

У САД се полази од једне сличне разлике, али су решења супротна. Овде постоје мали и велики зајмови, што се донекле поклапа са поделом на цивилне и трговачке. Различите државе у оквиру САД прописују разне максималне каматне стопе за мале зајмове, оне се крећу од 1 до 10% месечно. То је више од онога што се узима у великим зајмовима. И овакво решење има оправдања. Законодавства која предвиђају мање каматне стопе за потрошне, цивилне зајмове, руковођена су пре dobrим намерама, него реализмом. Нема сумње да камате теже падају дужнику који ће позајмљено потрошити и тим поводом неће произвести нова добра. Али кредитори радије поверавају свој новац трговцу, него оном за кога није

(21) *Ryan, Usury and Usury Laws, Boston, 1924.*, стр. 9.

(22) В Право, 1885, стр. 177—178. Са оваквим ставом полемисао је М. Веснић у чланку објављеном у Праву, 1886, стр. 243—251.

(23) В. *Nussbaum*, н. д. стр. 163.

извесно да ће га вратити. Предвиђајући мање каматне стопе за овакве зајмове, повећаном ризику законодавац додаје још један разлог да се они нерадо дају. Наравно, онде где постоји друштвени капитал овакви разлози не морају бити пресудни.

Аустријски ГЗ и каснији закон о кредиту водили су рачуна о постојању обезбеђења, па су предвиђали веће каматне стопе за зајмове без залогe.

Извесна законодавства предвиђају мању каматну стопу ако на страни дужника наступе неке околности као што су: смрт, банкрот или ако је „сазрео зајам”, тј. ако је прошло више од 23 месеца од његовог закључења⁽²⁴⁾.

Оваквом, статичном одређивању каматних стопа могу се ставити озбиљне замерке. Макар да је либерализам у односу на камате грешно, у нечему има право: постоје детерминанте интересне стопе и законом се на њих не може много утицати. У условима стабилног новца или дефлације, у земљи у којој постоји обиље капитала који се нуди, можда ће и каматна стопа од 5% бити превисока. Са друге стране, у Немачкој је 1923. г. каматна стопа од 6% дневно била оцењена на суду као разумна, јер је покривала ризик до тада у свету невиђене инфлације. Онде где нема тржишне привреде држава још и може себи дозволити да на један крути начин регулише висину интереса. Али у условима деловања закона тржишта то није могуће. Стога су неке земље у новије време увеле корекције у систем законског одређивања каматне стопе, одређујући динамичне критеријуме тако да висина камата може да прати промене на новчаном тржишту.

У неким тржавама САД постоје посебни органи који одређују каматне стопе. Вирџинија од 1944. има једну комисију; „дужност комисије биће да с времена на време испита економске услове и друге чиниоце који су у вези или су од утицаја на послове зајмова о којима је реч (мали зајмови — О. С.) и да на основу ових фактора установи која ће максимална каматна стопа бити дозвољена”⁽²⁵⁾.

У Белгији је комора овлашћена да сваке године одреди каматну стопу за поједине врсте зајма. У неким законодавствима законска каматна стопа је функција званичне есконтне стопе централне кредитне установе: у Немачкој 2% изнад есконтне стопе *Reichsbank*e, аргентински Трговачки законик (§ 565) прописује да ће, у случају да се дугује камата а њена стопа није предвиђена, бити примењена банкарска есконтна стопа. Швајцарски Законик о облигацијама (чл. 104, § 3) за затезне камате комбинује оба ова метода: мораторни интерес једнак је уобичајеној есконтној стопи, уколико је ова већа од 5%.

Према неким мишљењима, овакав динамични начин одређивања законске каматне стопе је погодан за трговачки кредит, док би за зајмове између грађана требало задржати уобичајени ссисем законских каматних стопа (статичко одређивање)⁽²⁶⁾. То се противи савременој тенденцији изједначавања трговачког и грађанског права, тенденцији „комерцијали-

(24) Тако Вирџинија (*Statutes of Virginia, Charlottesville, 1946*, стр. 28).

(25) § 4168 а 37 Закона о малим зајмовима Вирџиније.

(26) Гако Нузбаум, н. д., стр. 158.

зације” цивилног права, али би се могли наћи и аргументи за овакав став. У зајмовима између грађана обично су употребљени мањи износи, грађани не морају бити упућени у кретања есконтне стопе банака, док све то код привредника није случај.

18. *Став Скице према каматама.* У погледу камата потребно је регулисати три врсте стопа:

— мораторни интерес

— каматна стопа за случај да је уговорено плаћање камате, али није одређена стопа

— максимална каматна стопа.

Мораторни интерес (законску камату) предвиђа чл. 223: „Дужник који задопни са испуњењем новчане обвезе дугује поред главнице и камату од шест одсто годишње на име накнаде штете проузроковане задоцњењем, ако за одређени случај није у закону одређена која друга свота”. Поверилац не мора да доказује да је претрпео неку штету да би имао право на затезну камату, али ако је претрпео и већу штету због дужникове доцње, има право на накнаду ако је докаже (чл. 224, став 2). Такво решење је у складу са новијим тенденцијама. Од савремених права енглеско је готово једино у коме се интерес не дугује аутоматски, јер је правило настало у условима слабо развијене тржишне и новчане привреде. Поред тога *Common law* (укључујући и америчко право) не дозвољава да се тражи већа накнада зато што је стварно претрпљена штета већа него што износи мораторни интерес, осим ако се тај захтев не заснива на неком другом основу а не на доцњи. Међутим, немачко, швајцарско и аустријско право (ово последње само за трговачке послове) дозвољавају повериоцу да захтева и више од мораторних интереса ако је претрпео већу штету.

Тај став, који, како видимо, следи и *Скица*, поставља један проблем. Ако је поверилац претрпео већу штету од износа затезне камате зато што је вредност новца опала, да ли ће имати право на такву накнаду? Скица се опредељује за номиналистички принцип, као и сва савремена права. За одређену суму новца враћа се иста сума, без обзира на касније промене у његовој вредности. Да ли треба овај принцип апсолутно применити? Ако је обавеза извршена о року, нема сумње да га се треба држати. Али би се могли ставити приговори на његову примину у случају доцње. Дужници могу оклевати са испуњењем дуга очекујући девалвацију или депрецијацију новца. У току 1971. године динар је толико изгубио вредност да би и максимална каматна стопа била слаба утеха за повериоца. Постоји општи принцип права: *Neto auditur turpitudinem suam allegans*. У једном случају наш суд је, после дугог колебања, ипак остао на позицијама номиналистичког принципа (27). Немачки судови су у време инфлације додељивали накнаду због претрпљене штете (28). Совјетски судови у овом погледу немају јединствен став, већ су некад дозвољавали, а другипут ускраћивали накнаду штете због смањене вредности новца (29).

(27) Према казивању члана Поткомисије за закон о облигацијама и судије Ј. Студина.

(28) *Reichsgericht*, 29 јануар 1924.

(29) Нубаум, н. д. стр. 216.

У сваком случају овај проблем пре спада у домен интерпретације, него нормативног регулсања тако да у *Скици* и није потребно више рећи од оног што је речено, а став је теорије и суда за какво ће се решење одредити.

Према чл. 319 *Скице* максимална каматна стопа износи 8%, ако надлежни орган није предвидео шта друго.

Ако је камата дугована, али није одређена њена висина, онда износи 6%. Та се стопа примењује и онда када плаћање интереса није уговорено, али се подразумева, као што је случај са зајмовима у привреди (чл. 500).

Законско одређивање каматне стопе показало је много недостатака. Додуше оно има и извесне предности: постојаност, извесност. Осим тога, у редовним привредним приликама, упркос географских и временских растојања, камате су се обично кретале око истих износа. Тако је Јустинијаново законодавство прописивало редовне каматне стопе од 6 до 12%, што не одуара много од величина које предвиђају савремена законодавства. Ипак, нарочито у условима привредне нестабилности, веома је тешко унапред прописати меру која би била разумна, одредити границу која одваја нормално обештећење од зеленашког искоришћавања туђе невоље. Познато је да је динар само у једној години губио на вредности по 27 и 40%.

У већини земаља прописи о максималним каматним стопама или су „мртво слово на папиру“ или су подложни честим ревизијама. У Југославији је од ослобођења донето на десетине прописа о каматама. Камата из кредитних операција у пракси већ данас превазилази максимуме које предвиђа *Скица*. Банке на орочена средства нуде веће камате, неке одобравају додатну камату због депрецијације (Сплитска банка). Једно предузеће, фабрика керамичких плочица „Тоза Марковић“, нудило је 10% интереса на уложена средства за њену реконструкцију.

Отуда смо мишљења да би регулсање камата требало ставити на еластичнију основу. Још би у приватним зајмовима овакав начин регулсања могао да опстане. Наше право не мора да иде наруку приватним кредиторима и капиталисању личних новчаних средстава, иако и ту могу настати нежељене последице ако се право опасно удаљи од онога што живот захтева, ако закон забрани, како Французи кажу: *ce que la nature des choses rend nécessaire*. Али крутост закона привреда теже подноси. И у нашем законодавству било је извесних настојања на „динамизирању“ критеријума. Тако је Закон о банкарским и кредитним пословима из 1956. (Сл. лист СФРЈ 12/1965) овластиво Савезну скупштину и СИБ да доноси одлуке о максималној каматној стопи за разне врсте кредита. Било је мишљења да се на зајмове између приватних лица могу применити каматне стопе које плаћају банке на штедне улоге⁽³⁰⁾. И сама *Скица* у чл. 319 предвиђа могућност да „надлежни орган“ може предвидети и друге величине каматних стопа. То се односи на максималне каматне стопе. За друге две величине (затезне камате и камате које су дуговане а није одређена висина), правило је ригидније: одступање је могуће, али је потребно да га закон одреди. Мишљења смо да би требало предвидети могућност ревизије не

(30) Ђорђевић, н. д. стр. 213; Групче, н. д. стр. 5. Критика њихових аргумената: Станојевић, н. д. (Зајам и камате итд.) стр. 284—285.

само путем гломазне законодавне интервенције, већ одлуком надлежног органа управе.

Остале одредбе Скице које се односе на камате у складу су са захтевима науке и основама нашег права: забрана анатоцизма (чл. 320), престанак рачунања камата када њихов износ достигне главницу (чл. 321), начин на који је регулисана антехреза (чл. 985). У ред ових мера за заштиту дужника спада и забрана комисорне клаузуле, коју предвиђа чл. 981.

* *
*

Скица представља плод дугогодишњег рада једног изванредног експерта⁽³¹⁾. Она као и сваки законик, представља органску целину. Интервенције у једном члану могле би изазвати потребу за променама читавог низа других. Највећем броју одредаба не може се приговорити нити са становишта норме нити у погледу формулације, Допуна дефиниције зајма и преформулисање зајмопримчеве обавезе (чл. 499 и 504) можда би учиниле „номиналистички” принцип јаснијим, али не мењају решења која произилазе из Скице, оваква каква је. Можда би се могла смањити одговорност за мане ствари у случају бесплатног зајма, тако да зајмодавац одговара само за умишљајно, а не и за нехатно нанету штету, али би у том случају ваљало мењати и неке друге одредбе. Једина сугестија о којој треба размислити јесте потреба еластичнијег регулисања каматних стопа.

Др Обрад Станојевић

РЕЗЈУМЕ

Заем в проекте Закона об обязательствах Михаила Константиновича — Критический обзор положений

Статья является комментарием положений о займе и процентах в проекте Закона об обязательствах М. Константиновича. По существу она представляет собой несколько измененный доклад, представленный автором законодательной комиссии Скупщины.

Автор высоко оценивает Проект в целом, а также положения, регулирующие договоры займа. Он соглашается с местом, отведенным займу в рамках особенной части обязательств (после продажи, поручения продажи и мены), с консенсуальной формой заключения договоров, с отдельным регулированием процентов и рядом других решений. Воотношении некоторых статей приводятся и другие солюции в качестве возможных (напр. при безвозмездном займе заемодавец отвечает лишь за умышленно причиненный вред, но не и за вред, возникший вследствие неосторожности, как предлагает Проект. Выражено мнение, что может быть следовало

(31) У погледу оцена квалитета Скице упућујем на мишљења која сам о овом нацрту изнео у више наврата: Допринос правној култури, Култура, 1969.; На маргинама једне кодификације, Гледяшта, 1969/10; *Arbeiten an der kodifizierung del Burgerlichen Rachts in Jugoslavien, Osteuropa Recht*, 1970/3..

бы в дефиницию договора займа и определение обязательств заемщиков внести формулировку, более точно определяющую номиналистический принцип, отстаиваемый с полным правом в Проекте.

Во второй части вначале дается изложение дилеммы югославской теории и законодательства в отношении законности взимания процентов. В новейшее время нет никаких колебаний — взимание процентов по договору займа допустимо. В отношении порядка установления размера процентов, предлагаемого в Проекте закона, автор находит его слишком строгим и занимает точку зрения, по которой следовало бы ввести „более динамичные“ критерии или же уполномочить соответствующий орган, который, учитывая хозяйственные и остальные обстоятельства, определял бы с времени на время размер процентных ставок для отдельных видов ссуд.

SUMMARY

Loan in the Draft Law of Contract by Mihailo Konstantinović -- A Critical Review of the Relevant Provisions

The provisions on loans and rates of interest in the Draft Law of Contract by M. Konstantinović are critically reviewed in the paper. It is, in fact, a slightly altered report submitted by the author to the Legislative Commission of the Assembly.

The author highly appreciates the Draft in general, and the provisions regulating the matter of loan. The place of loan is accepted within the special part on Obligations (after sale, bill of sale, and barter), consensual form of making contracts, separate regulations of interest rates and many other solutions. With regard to particular articles some other possibilities are indicated (for instance that a lender is accountable for an intentional damage, and not for negligence as proposed in the Draft). In his opinion, the nominalistic principle, for which the Draft is naturally pleading, in the definition of loan and of fixing the liabilities of the debtor.

In the second part the dilemma of the Yugoslav theory and legislation is exposed with respect to legitimacy of interest. The standpoint, expressed lately, is that undoubtedly interest to loan is permissible. The author is reserved as to the manner in which interest rates are regulated in the Draft Law, finding them to be too strict. In his opinion more »dynamic« criteria should be introduced or some organ authorized to fix, from time to time, the interest rates for some categories of credits in conformity with economic and other circumstances.

RÉSUMÉ

Le Prêt dans l'esquisse pour le code des obligations de Mihanlo Konstantinović — aperçu critique des dispositions

Cet article est le commentaire des dispositions sur le prêt et les intérêts de l'Esquisse pour le Code des obligations de M. Konstantinović. En réalité, c'est le rapport, quelque peu modifié, que l'auteur a présenté à la Commission législative de l'Assemblée nationale.

L'auteur s'exprime avec beaucoup d'estime à l'égard de l'Esquisse et des dispositions par lesquelles est réglé le prêt. Il admet: que la place du prêt soit dans le cadre de la partie spéciale des obligations (après la vente, l'ordre de vente et le troc), la forme consensuelle pour la conclusion du contrat, le règlement séparé des intérêts et une série d'autres solutions. En ce qui concerne certains articles d'autres solutions ont été indiquées, de même, comme étant

possibles (par exemple, à ce que dans le prêt gratuit le prêteur réponde seulement pour le dommage causé de manière dolosive et non point pour le dommage causé par inadvertance, comme le propose l'Esquisse). L'opinion est émise qu'il faudrait peut-être insérer dans la définition du prêt et la détermination des obligations du débiteur de telles formules qui rendraient plus clair le principe nominaliste, pour lequel s'est à juste titre prononcée l'Esquisse aussi.

Dans la deuxième partie est exposé d'abord le dilemme de la théorie et de la législation yougoslave par rapport à la légitimité des intérêts. Dans les temps les plus récents il n'y a pas d'hésitations — l'intérêt pour le prêt est permis. En ce qui concerne le procédé par lequel les intérêts sont réservés en le considérant trop rigide. Il est d'avis qu'il faudrait introduire des critères »plus dynamiques«, ou autoriser un certain organe à déterminer périodiquement le montant des taux d'intérêt pour certaines catégories de crédit, conformément à la conjoncture économique et à d'autres circonstances.