YU ISSN 0003 — 2565

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

ПОВОДОМ КОДИФИКАЦИЈЕ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

3 — 5
1978.

ДОСАДАШЊИ ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИЦИ: др Михаило Константиновић (1953—1960), др Милан Бартош, заменик др Борислав Т. Благојевић (1960—1966), др Војислав Бакић (1966—1978).

Уређивачки одбор:

Др Војислав Симовић (главни и одговорни уредник), др Велимир Васић, др Драгаш Денковић, др Драгољуб Димитријевић, др Мирослав Ђорђевић, др Радомир Ђуровић, др Миленко Крећа (секретар Уређивачког одбора), мр Мирољуб Лабус, др Марко Младеновић, др Слободан Перовић, др Југослав Станковић (заменик главног уредника), др Обрад Станојевић

Технички уредник Вукосва Манојловић

Штампа: Штампарија ПТТ — Београд, Таковска 2

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXVI | мај—октобар | Број 3—5

Закон о облигационим односима који је Савезно веће Скупштине СФРЈ усвојило 30. марта 1978. године, с тим да ступи на снагу 1. октобра 1978. године, представља својеврсну кодификацију права облигационих односа у области промета робе и услуга на јединственом југословенском тржишту. Већи део ових односа био је до сада у нашем праву препуштен тзв. правним правилима која су судови примењивали руководећи се критеријумом њихове сагласности са начелима новог уставног поретка. И поред стваралачке улоге судске праксе која се испољила у тридесетогодишњем периоду развоја нашег послератног права, ипак се у овом домену осећала потреба за једном кодификацијом, која би, између осталог, унела и већи степен правне сигурности у облигационе односе настале између различитих субјеката, па и оних са елементом иностраности.

Посматран са становишта изградње нашег законодавства, Закон о облигационим односима представља, дакле, значајан кодификаторски акт којим је испуњена једна празнина настала аброгацијом старог права још одмах после рата, а којим је извршена даља разрада и оживотворење идеја и начела нашег уставног уређења. Међутим, његов значај није само у изградњи и довршавању законодавног система и уношењу већег степена извесности у делатности судова, већ исто тако он представља изузетно значајан повод за развој научне мисли и интелектуалну радозналост целокупне правничке јавности.

У ствари, свака кодификација права, као акт који долази да правно изрази већ изграђене и стабилне друштвене односе, може се пратити са разних тачки гледања. Нема разлога да то не буде и са овом кодификацијом. Тим пре, што је она, већ по природи самих односа које регулише, морала бити једним делом окренута традиционалним правилима која су се у дугој еволуцији искристалисала као надградња над робним односима, али истовремено она је морала одговорити захтеву специфично наших друштвено економских односа. Ова кодификација је,

дакле, имала за задатак да у једној симбиози изрази начела и тековине нашег социјалистичког самоуправног друштва, као и она правила облигационог права која су се вековима формирала у области промета робе и услуга. Отуда и посебан значај и интерес који ова кодификација изазива.

Полазећи од тог значаја, Уређивачки одбор је сматрао својом дужношћу да један број „Анала" посвети прилозима из материје облигационих односа и да се овим тематским бројем придружи општој дискусији и пажњи коју је овај Закон изазвао у нашој правничкој јавности.

Међутим, Уређивачки одбор овим бројем истовремено изражава дужно поштовање које Правни факултет у Београду гаји према свом професору др Михаилу Константиновићу, који је својом „Скицом за законик о облигацијама и уговорима" поставио темељ овој кодификацији. Његов самопрегоран, успешан и надасве савестан скоро педесетогодишњи рад на Факултету оставио је дубок траг не само на научном и законодавном плану, него и на све генерације, његове ђаке који су били у прилици да га слушају и да са њим раде.

Познат по својој скромности, професор Константиновић је успевао дуго времена да своје ђаке, а сада наставнике и сараднике овог факултета, спречи у жељи и намери да у његову част издају један број „Анала", чији је он био први главни и одговорни уредник, и да му и на тај начин бар једним делом искажу дужно поштовање.

Ипак, некако у исто време стекла су се два момента: донет је Закон о облигационим односима, а професор Константиновић је прославио свој осамдесетогодишњи рођендан. То је био добар повод и инспирација за један тематски број „Анала" посвећен и Закону о облигационим односима и професору Константиновићу, чији рад на овом закону представља „круну његове истраживачке делатности".

Одазивајући се овом јубилеју, прилоге за овај број су дали истакнути научни радници широм Југославије. Уређивачком одбору остаје да изрази своју захвалност свим ауторима прилога, а да професору Константиновићу пожели дуг живот и даљи успешан рад.

Уређивачки одбор

ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У СВЕТЛОСТИ СВОГ ВРЕМЕНА

1. — Доношење грађанских законика представљало је у свакој држави значајан акт њене законодавне политике и допринос изградњи целине позитивно-правног система. То важи и за законе који би регулисали само поједине делове грађанског (имовинског) права, а нарочито за делове којима би била регулисана материја облигационих односа. Све то у основи важи и данас, и за наше друштво и за наше право, али при томе треба имати у виду место које нови Закон о облигационим односима има у целини нашег савременог правног система, и то с обзиром на основне друштвене односе који стоје у темељима и нашег правног система. Ти основни друштвени односи су битно изменили и структуру нашег правног систма јер су нови друштвени односи постали битни и одлучујући у склопу целокупности правних односа, па и правног система као таквог. То све је данас општепознато и мора бити општепризнато, али је мислимо потребно на то указати и подвући како би се одредило место Закона о облигационим односима у нашем савременом правном систему.

Установа својине и права приватне својине основне су категорије досадашњих друштвених и правних система. На њима и као функција њих изграђивани су закони друштвених и економских односа, па и правила облигационих односа као правних инструмената путем којих су спровођени у живот, у области права ти основни закони друштвених односа и остваривање те основне категорије досадашњих друштвених и правних система. Отуда су и правна правила о облигационим, и уопште грађанскоправним односима сматрана основним правним правилима система, која су углавном служила и као допунска правила за све друге правне односе. Отуда и извесно „идолопоклонство" појави кодификације грађанског односно облигационог права, што је било и разумљиво јер се њима постављао правни систем путем кога су се најдиректније имале да штите основне категорије самог друштвеног система.

У нашем самоуправном социјалистичком друштву ствари су се у основи битно измениле. Рад и резултати рада постају основне категорије друштвеног система и друштвених односа. Правна правила која регулишу те основне категорије постају темељи нашег правног система, па према томе представљају, ако треба да се послужимо аналогијом са ранијим системом, и допунска правила за све друге правне односе. У

системском положају појединих грана права, право удруженог рада, заједно са друштвеном својином и њеним правним еманцијама, добија водеће место, јер се њиме поставља правни систем путем кога би се најдиректније имале да штите основне категорије једног самоуправног социјалистичког система као што је то случај са нашим друштвеним системом.

На овај начин долази и дошло је до системских, структуралних и битних промена у нашем правном систему. Ред вредности се мења у целини, па и у систематици права. Нови друштвени, па следствено томе и нови правни односи добијају посебно истакнуто и одлучујуће место, битно утичући на све остале правне установе и појаве. Отуда у овом и оваквом новом реду ствари треба сагледати како место тако и домашај нашег новог Закона о облигационим односима. Они су изразито важни, али другачији него што су у другим системима. То не умањује значајну важност и вредност овог закона ни у нашем правном систему, али се мења његово место и положај у целини нашег правног система. Други друштвени односи постали су темељи нашег друштвеног система, па се то мора одразити и у праву и на наш правни систем. Садашња фаза нашег друштвено-економског уређења задржава нужно и многе раније постојеће односе, посебно у области права, па самим тим мора дати и одговарајуће место и односним правним прописима. То важи и за облигационе односе, па и за право о облигационим односима. Они ће и надаље имати велики практичан значај, али ће ипак добити друго место у целини нашег правног система. То је нужна последица закона трансформације којем су обавезно подложне све друштвене установе, па и право како у целини тако и поједине његове области.

II. — У светлости овако измењеног системског места грађанског, односно облигационог права у целини нашег правног система треба сагледавати и постојање посебних и самосталних правила општим правним актима организација удруженог рада (самоуправни споразуми, друштвени договори и други самоуправни општи акти), посебно кад је реч о самоуправним споразумима. Наше право полази од постојања посебних правних правила о самоуправним споразумима као актима којима се заснивају материјални односи између учесника самоуправних споразума, при чему треба очекивати да ће правна теорија и пракса, полазећи од уставом и законом регулисаних основних принципа о самоуправним споразумима, временом изградити целовиту теорију о самоуправним споразумима као правним актима. При томе Закон о удруженом раду, кад је реч о самоуправним споразумима, упућује, код изрично наведених питања, да ће се „сходно" — „на одговарајући начин", на та питања, применити било „начела" било „опште одредбе" које важе за (облигационе) уговоре. То Закон о удруженом раду чини у чл. 598 прописујући да се „у погледу ништавости самоуправног споразума односно одређеног његовог дела којим се утврђују материјалне обавезе учесника као и у погледу правних последица ништавости, сходно примењују начела која важе за уговоре"; а у чл. 608 такође прописује да се на застарелост захтева на извршење материјалних обавеза који произилазе из самоуп-

равног споразума „сходно примењују опште одредбе о застарелости потраживања". Дакле, у оба ова случаја долази до примене односних одредаба о облигационим односима „сходно" — „на одговарајући начин", при чему је у првом случају реч о примени „начела" о ништавости уговора, а у другом случају о примени „општих одредаба" о застарелости потраживања. Тиме се, и поред коришћења, код изречно предвиђених питања, односних установа (и то само као „начела" или као „опште одредбе") из облигационог права, подвлачи пуна самосталност права удруженог рада и правног регулисања инструмената удруженог рада, посебно самоуправних споразума. А то значи да се тиме јасно изражава и подцртава ново место и положај облигационих права и Закона о облигационим односима у целини нашег данашњег правног система.

Међутим, очекујући да путем законодавства, а уз помоћ теорије и праксе, буде изграђен целовит систем о правним актима и правним пословима самоуправног карактера, а на потребу и обавезу изградње такве целовите теорије указује и сам Закон о удруженом раду, то не искључује да у међувремену не би могла на самоуправне опште акте, тамо где то има основа и разлога, да буду аналогно примењена и нека правила о облигационим односима. Кажемо аналогно, и само аналогно, што би значило коришћење решења из облигационог права само у оној мери и онолико кад и колико то одговара конкретном самоуправном односу и то првенствено оном материјалног карактера. И то све само из разлога рационалног коришћења свих правних установа, а не с разлога неког посебног, приоритетног места и значења облигационог права. Јер такво место и такво значење нема данас облигационо право у нашој земљи, али треба користити чињеницу да оно представља један историјски врло изграђен систем установа које, као техничка правила, треба примењивати свуда тамо где за то има потребе и оправдања, разуме се онда и онолико када и колико то допушта односна материја која тражи правно регулисање, и разуме се само дотле док се за такве материје — као што је овде у питању материја самоуправних општих аката, а напосе самоуправних споразума — не изграде посебна правила. Зато мислимо да овако решење стоји управо у складу са изложеним местом Закона о облигационим односима у нашем садашњем правном систему, а води рачуна и о стварној ситуацији за примену принципа рационалности који важи за сваки сектор друштвене делатности, па и за право.

III. — Ако у целини нашег правног система Закон о облигационим односима нема оно место и значај који се оваквим законима придаје у другим правним системима, овај закон има карактер општег извора за све облигационе односе. Он садржи општа правила за облигационе односе која се имају примењивати увек када другим „надлежним" законом нека питања о одређеној врсти облигационих односа не би била на другачији начин решена. Овакав карактер Закона о облигационим односима значи и то да ће његова решења имати да служе као аутентични показатељи за тумачење и примену било којих других правних прописа и правила о облигационим односима. То нарочито важи за

Основна начела Закона о облигационим односима, јер су то начела за све облигационе односе у нашој земљи, па без обзира где су и на који начин регулисани. Све ово како с обзиром на место које у нашем правном систему има овај закон кад је реч о облигационим односима, тако и с обзиром на јединственост југословенског тржишта, а минимум те јединтсвености југословенског тржишта управо се обезбеђује општом обавезном применом свих Основних начела Закона о облигационим односима на све облигационе односе у нашој земљи па без обзира ко би био надлежан да доноси норме за регулисање појединих врста облигационих односа, разуме се поред оних који су управо регулисани самим Законом о облигационим односима.

Овакво место и функцију Закона о облигационим односима сам овај закон одређује на два места:

1. — У чл. 23. Закона о облигационим односима предвиђено је да „На облигационе односе који се уређују другим савезним законима примењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом". Реч је о односу два истоврсна закона, оба савезна закона од којих је један sedes materiae за облигационе односе као такве и у целини, па је сасвим разумљиво да његове одредбе треба да буду примењене и на сва питања специфичних облигационих односа (дакле оних који се посебно регулишу другим савезним законима), уколико она нису обухваћена и регулисана другим савезним законима. При томе треба нагласити да питања која би била регулисана другим савезним законима, а односе се на облигационе односе, могу бити више или мање другачије регулисана него што су та иста питања регулисана у Закону о облигационим односима, но при томе, мислимо, то регулисање специфичних облигационих односа путем других савезних закона не би смело да буде у супротности са принципима израженим у Основним начелима Закона о облигационим односима, јер би се у противном могло поставити питање уставности тих другачијих решења облигационих односа из других савезних закона уколико би се она заснивала на другим принципима од оних изражених у Основним начелима Закона о облигационим односима. Све ово не зато што би Закон о облигационим односима, у односу на било који други савезни закон имао било какво више место на хијерархијској лествици правних норми одн. извора права, већ зато што треба сматрати, све док се супротно не утврди одлуком Уставног суда, да су Основна начела Закона о облигационим односима у сагласности са Уставом СФРЈ, и да њихова садржина важи за све облигационе односе у нашој земљи, тако да се за другачија мора поставити питање њихове уставности, јер не могу два начелно различита прилаза о истој основној установи облигационих односа бити у исто време у сагласности са уставом, не могу дакле бити важећа. Све то, поновимо, док се не би одлуком Уставног суда Југославије утврдило да су неки принципи изражени у Основним начелима Закона о облигационим односима неуставни.

2. — У чл. 24. Закона о облигационим односима предвиђено је да „На облигационе односе који се уређују републичким, односно покра-

јинским законима неће се примењивати одредбе општег дела овог закона у питањима која су, с обзиром на посебну природу одређених облигационих односа, друкчије уређена републичким, односно покрајинским законима".

У вези са овим прописом из чл. 24. Закона о облигационим односима може се поставити претходно питање његове уставности с обзиром на тач. 4. ст. 1 чл. 281 Устава СФРЈ. Тим прописом Устава СФРЈ одређено је да „Федерација преко савезних органа: ...4) уређује: основе облигационих односа (општи део облигација) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга". Правилност решења у чл. 24. Закона о облигационим односима зависи од тога како ће се схватити предмет и обим надлежности федерације за регулисање облигационих односа.

По једном гледишту, федерација има, у области облигационих односа, да регулише две групе питања: с једне стране основе облигационих односа (општи део облигација), а с друге стране уговорне и друге облигационе односе, и то само оне који спадају у област промета робе и услуга. Из овога се изводи закључак да федерација има — што значи може и мора — да у целини регулише основе облигационих односа, дакле, општи део облигација, с тим да би регулисање ове материје могло и морало бити извршено само савезним законом одн. савезним законима, и то тако да би правила тог општег дела облигација важила за све облигационе односе па без обзира ко би их, у појединостима, био надлежан да регулише: федерација или република односно покрајина. То све зато што је ово, дакле општи део облигација, у целини и само савезна материја. При том се ово гледиште брани и чињеницом да је регулисање материје општег дела облигација врло битно за обезбеђење јединства југословенског тржишта и за осигурање једнакоправности свих наших грађана у имовинским односима.

По другом гледишту, за одређивање нормативне надлежности федерације основно и одлучујуће је врста облигационих односа која се регулише на нивоу федерације. То би значило да као основни критеријум треба узети област промета робе и услуга, с тим да би, за ову област федерација с једне стране регулисала основе облигационих односа (Општи део облигација), а с друге стране уговорне и друге облигационе односе из те области. Решења која се налазе у Закону о облигационим односима обавезно би се тицала само ових односа, дакле облигационих односа у области промета робе и услуга, па било да се односе на општи део облигација, било да се односе на поједине уговорне и друге облигационе односе, али и увек само у области промета робе и услуга.

У основи, изгледа, да је у Закону о облигационим односима усвојено ово друго гледиште, са допуном што је прописано да ће се одредбе општег дела овог закона примењивати и на облигационе односе који се уређују републичким, односно покрајинским законима, разуме се уколико нека од тих питања обухваћених одредбама Општег дела Закона о облигационим односима нису, с обзиром на посебну природу одређених облигационих односа, друкчије уређена републичким, односно покрајин-

ским законима. Међутим, уколико се прихвати друго горе изложено гледиште, као што је то, мислимо, и учињено Законом о облигационим односима, онда се може поставити питање да ли је једним савезним законом, као што је то Закон о облигационим односима, могло бити одређено у којој ће се мери имати примењивати прописи тога савезног закона на питања која иначе спадају у нормативну надлежност република, односно покрајина. То треба да учине, ако хоће и ако нађу да то одговара њиховим потребама, саме републике, односно покрајине тј. да оне само одреде да ли ће се и у којој мери, на облигационе односе који се уређују републичким, односно покрајинским законима, применити и одредбе Општег дела Закона о облигационим односима. За случај прихватања као правилног овог другог становишта ово би било једино правилно приступање, мада треба рећи да је начин на који је поступљено у чл. 24. Закона о облигационим односима рационалан и практично врло користан, тако да са те тачке гледишта има оправдања.

Имајући све ово у виду, ми мислимо да је, код тумачења предмета и домашаја прописа из тач. 4, ст. 1 чл. 281. Устава СФРЈ, прво од овде изложених гледишта тачније. А то значи да би, по нашем мишљењу, регулисање основа облигационих односа, дакле општег дела облигација долазило у целини у потпуности у нормативну надлежност федерације, па без обзира о којима се уговорним и осталим облигационим односима ради, дакле да ли су у питању такви односи у области промета робе и услуга, или другде, дакле без обзира да ли се уговори и остали облигациони односи (ван питања општег дела облигација) регулишу на нивоу федерације или република, односно покрајина. Тиме би у пуној мери била поштована делокруг сваког носиоца законске надлежности у нас, па се не би морало прибегавати једном решењу као што је оно у чл. 24. Закона о облигационим односима, решењу које је довољно рационално али исто толико несагласно са системом нашег федерализма, као што смо то већ горе указали. И да додамо: у случају прихватања другог горе изложеног решења, свакако да се може поставити питање уставности квантитативних и квалитативних евентуалних одступања решења републичких, односно покрајинских закона од решења која су већ прихваћена у Основним начелима Закона о облигационим односима. И овде се може поставити слично питање као и за случајеве које смо изложили уз чл. 23. Закона о облигационим односима, а то може да изазива неизвесност у погледу важећих решења. Да би се и то избегло, мислимо да је било правилније дати текст чл. 24. Закона о облигационим односима у коме би се изразило друго горе изложено становиште, тј. да је материја Општег дела облигација у искључивој нормативној надлежности федерације (то, или бар такво решење за Основна начела Закона о облигационим односима).

IV. — Једна од традиционалних карактеристика знатног дела норми о облигационим односима је њихова диспозитивност. Уговорачима је остављена могућност да своје односе регулишу — у целини или делом — другачије него што гласе норме за те односе у Закону о облигационим односима. Допуштена је дакле слобода уговорања одн. аутономија

воље у имовинским односима, при чему обим и домен ове могућности није исти у свим правима нити је био увек исти кроз историју. О томе треба посебно водити рачуна, тако да је одговор на ово питање специфичан за сваки закон и свако раздобље времена у било коме друштву. Тај одговор управо исказује временску детерминисаност облигационог права сваког друштва и сваке државе; он дакле пружа најзначајнију „боју" облигационом праву „у светлости свога времена". То треба нарочито подвући, јер постоји опасност, због општеприхваћености и традиционалности принципа слободе уговарања, да се у томе принципу, као таквом, види један универзалан и униформан инструмент за сва времена и за сва друштва, што је свакако врло погрешно. Свако друштво и сваки правни систем су до сада, а и сада, користили и примењивали овај принцип, али увек са прилично различитим захватима, доменом примене, ограничењима и усмеравањима. Уосталом — као што је то случај и са свим другим правним установама и инструментима. Зато о овоме треба посебно водити рачуна при примени норми нашег новог Закона о облигационим односима. И у овом погледу, а посебно код питања захвата, домена примене и ограничења слободе уговарања, у погледу дакле значаја и захвата слободе уговарања одн. аутономије воље, Закон о облигационим односима има своја специфична решења која су прилично различита од решења која смо ми до сада имали у нашим законима односно у нашој пракси — судској и вансудској. Отуда је с правом речено да се специфичности облигационих односа сваког правног система огледају и показују управо путем установе слободе уговарања, дакле путем домета и садржинске усмерености аутономије воље. А то треба стално имати у виду, нарочито када су у питању облигациони односи између организација удруженог рада, иако не само они. Јер, пуним и целовитим остварењем слободе уговарања кроз прописе Закона о облигационим односима моћи ће се само стварати, дејствовати и извршавати управо облигациони односи који одговарају једном самоуправном социјалистичком систему. Само тиме ће се и целовит систем облигационих односа у нашем друштву укључивати у стварност нашег друштвено-економског поретка, који у себи носи плурализам интереса који треба да се одрази и путем слободе уговарања, али који има и низ других друштвених вредности и показатеља, који исто тако треба и мора да се изразе и оживотворе управо путем слободе уговарања. Отуда та временска, а то ће рећи савремена црта и особина, нарочито подвучена, Закона о облигационим односима, о којој треба нарочито водити рачуна управо код одређивања захвата, домена примене и ограничења слободе уговарања одн. аутономије воље.

Код одређивања природе и примене установе слободе уговарања, постављају се два основна — начелна питања: које се норме Закона о облигационим односима имају сматрати диспозитивног карактера, те би код њих учесници облигационих односа могли другачије уређивати своје облигационе односе; и докле и како садржински учесници могу, користећи се слободом уговорања, уређивати своје облигационе односе. Два питања на која одговоре треба тражити и давати узимајући у обзир

управо систем, принципе, идеје и дух новог Закона о облигационим односима. При томе се треба чувати од било какве „традиционалности" или „класичности" јер наш Закон о облигационим односима носи управо у овоме своје специфичности, које треба да дођу до примене у сваком облигационом односу. О овоме треба нарочито водити рачуна зато што су често решења у тексту Закона о облигационим односима врло слична или текстуелно истоветна са решењима која смо до сада примењивали, али су решења која се тичу захвата, домена примене и ограничења слободе уговарања нова, више или мање другачија од оних која смо примењивали кад је било речи о аутономији воље у имовинско-облигационим односима. Ову чињеницу није, у времену када се започиње са применом Закона о облигационим односима, никада довољно подвлачити, јер су ту најзначајније новине које, у области уговорних односа, носи у себи Закон о облигационим односима.

1. — Питање слободе уговарања је изрично предвиђено у чл. 20. Закона о облигационим односима: „Учесници могу свој облигациони однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из појединe одредбе овог закона или из њеног смисла не произилази што друго". Према томе закон у начелу полази од тога да су његове одредбе диспозитивног карактера, те да се у односу на њима регулисане облигационе односе може применити слобода уговарања, сем ако другачије не произилази из појединих одредаба или њиховог смисла. Отуда потреба да се код појединих одредби претходно одреди да ли оне евентуално немају императивни карактер, те да се у односу на њима регулисане облигационе односе — у целини или за поједине елементе — не може применити принцип слободе уговарања. О овом сам суд у случају спора, по службеној дужности треба да води рачуна, јер је, кад је реч о примени чл. 20 Закона о облигационим односима, у питању једна норма императивног карактера чије поштовање, као претходно правно питање, треба да обезбеди сам суд.

У пракси неће увек бити могуће одредити да ли је у питању норма диспозитивног или императивног карактера. Мислимо да се, између ове две врсте норми, не може, код облигационих односа постављати никакав однос правила и изузетка: реч је о две групе норми које паралелно и једнаковредносно постоје у једном позитивном законском тексту, с тим да свака од тих двеју група норми има исту правну важност а различит домен примене, тако да управо треба и разграничити та два паралелно постојећа домена примене. То разуме се у пракси неће бити ни лако ни неспорно. Стандард којим се Закон о облигационим односима служи као мерилом за разграничење ове две групе норми: „смисао одредбе" није довољно одређен али је одредив, и то управо путем и краз судску праксу, а уз помоћ правне теорије. Биће потребно код сваке одредбе Закона о облигационим односима одредити њену природу, омогућујући тиме што ширу и што потпунију слободу уговарања тамо где то проистиче из „смисла одредбе", али и отклањајући примену слободе уговарања и обезбеђујући примену и поштовање решења које даје сама одредба закона опет када то проистиче из „смисла одредбе". При томе,

разуме се, биће од одлучујућег утицаја управо систем, дух и идеје не само самог Закона о облигационим односима, иако ће то бити најважнији показатељ, него и основи нашег целог правног и друштвено-економског уређења. Само тим путем моћи ће и област облигационих односа постати, и по духу и по садржини, интегрални део целине правног система једног самоуправног социјалистичког друштва.

2. — На питање: докле и како садржински учесници могу, користећи се слободом уговарања тамо где је то допуштено по Закону о облигационим односима, уређивати своје облигационе односе, одговор такође даје Закон о облигационим односима у чл. 10: „Учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва." Према томе, и овде, разуме се ако су у питању облигациони односи код којих је допуштено слободно уговарање у смислу чл. 20, закон у начелу полази од принципа да корисници у промету слободно уређују облигационе односе, дакле прихвата и садржински аспект слободе уговарања. Међутим, овој могућности Закон о облигационим односима одређује границе коришћења, и то довољно подробно, тако да о тим границама, које су императивног карактера, суд мора водити рачуна по службеној дужности. Та подробност није ипак таква да она умањује функцију суда ни задатке правне науке при њиховом конкретном одређивању и прецизирању. Биће потребно и овде обезбдити пуну и стварну примену основних принципа и духа нашег данашњег правног система, јер ће се управо овде показивати шта је то ново што наше друштво доноси у облигационим односима. А тога новог има, па се мора и обезбедити његово спровођење у живот.

Три су показатеља за одређивање и детерминисаност-усмереност одн. одмеравање и ограничавање садржине слободе уговарања, при чему је у сваком поједином случају обавезна примена сваког од њих. А ти показатељи су:

а) Уставом утврђена начела друштвеног уређења, под којима се имају разумети не само она која се налазе у Уводном делу Устава СФРЈ под називом „Основна начела", него и сва начела на којима је изграђен цео текст Устава.

б) Принудни прописи, и то како они који се налазе у самом Закону о облигационим односима тако и они који се налазе у другим законским и подзаконским актима заснованим на закону. Овде треба посебно подвући значај норми из Основних начела Закона о облигационим односима које садрже мере-границе како уопште слободе уговарања тако и границе-усмерености садржине решења прихваћених од стране учесника по основу слободе уговарања. Тих граница-усмеравања садржине слободе уговарања има и у низу прописа у појединим деловима Закона о облигационим односима, али је постојање управо Основних начела специфичност нашег закона, тако да у њима треба тражити највећи део најчешћих граница-усмеравања садржине облигационих односа уопште, а напосе оних заснованих уз коришћење слободе уговарања.

тако да ће у пракси ово бити и најчешћи и суштински најважнији показатељ за оцену да ли је неки облигациони однос у супротности са „принудним прописима", пошто се у суштини највећи део принудних прописа опште-облигационог карактера и налазе у овим Основним начелима Закона о облигационим односима. Зато ће се у пракси моћи и морати чешће пута постављати питање сагласности решења која су заузели учесници у облигационом односу управо са Основним начелима Закона. И у томе је такође специфичност нашег система слободе уговарања и уопште облигационих односа. При томе се каткада указује на опасност да ће се овим ослабити чврстина уговорних односа заснованих на принципу слободе уговарања, јер су постављени многи критеријуми за оцену законитости заснованих уговорима облигационих односа, а суду, тобоже дата сувише велика власт — могућност да оцени законитост решења која су од стране самих учесника одређена — прихваћена. Ми мислимо да таква опасност не постоји, јер није реч ни о каквим волонтористичко-дискреционим овлашћењима већ о довољно објективно формулисаним критеријумима који имају за задатак да обезбеде да сви облигациони односи буду, сваки појединачно и у целини, у сагласности са основама нашег правног и друштвено-економског система. Реч је само о једном новом начину обезбеђења законитости у једној области где, искуство то показује, може да буде највише одступања од прописане законитости и највише коришћења неједнакости између субјеката-учесника у облигационим односима. При томе овај начин поступања обезбеђује не само отклањање негативности које се јављају при коришћењу слободе уговарања него и остварење свих позитивних захтева које друштво, и то друштво социјалистичко и самоуправно, поставља у погледу свих облигационих односа. Јер, у крајњој линији, ако то не би било тако и ако овако како смо изложили не би видели место и значај Основних начела Закона о облигационим односима могло би се поставити питање да ли је наш систем облигационих односа један интегрални део правног система управо социјалистичког самоуправног друштва. И да додамо, правно-технички посматрано сви текстови Основних начела Закона о облигационим односима су далеко објективнији и садржајнији показатељи него што је, на пример, установа јавног поретка из ранијих закона.

Број принудних прописа путем којих се омеђава обим и одређује садржински домашај коришћења слободе уговарања је данас доста велики. Они се, као што смо рекли, знатним делом налазе и у Основним начелима Закона о облигационим односима. Примера ради, као такви принудни прописи у склопу тих Основних начела, били би:

1° Поступање у складу са начелом јединства југословенског тржишта и утврђеном економском политиком, да се не ремети стабилност тржишта и да се не наноси штета другим учесницима на тржишту, потрошачима и друштвеној заједници као целини (чл. 9).

2° Равноправност учесника у облигационом односу (чл. 11).

3° Придржавање начела савесности и поштења у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа (чл. 12).

4⁰ Забрана вршења права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом или самоуправним споразумом установљено или признато (забрана злоупотребе права — чл. 13).

5⁰ Забрана установљавања права и обавеза којима се за било кога од учесника или за друге ствара или искоришћава монополистички положај на јединственом југословенском тржишту, којим се стичу материјална или друга преимућства која се незаснивају на раду или стварају неравноправни односи у пословању или нарушавају друге основе самоуправних друштвено-економских односа (чл. 14).

6⁰ Начело једнаке вредности узајамних давања при заснивању двостраних уговора, с тим да се законом одређује у којим случајевима нарушавање тог начела повлачи правне последице (чл. 15).

в) Морал социјалистичког самоуправног друштва трећи је показатељ за одређивање домета и садржине слободе уговарања код облигационих односа, који је, као категорија забрањујућег правила, постављана увек кроз историју, па је оправдано задржана и у нашем правном систему. При томе садржина управо морала нашег социјалистичког самоуправног друштва треба да буде одређивана и утврђивана према моралним показатељима и критеријумима на којима се тај морал изграђује, при чему треба имати у виду посебно врменску компоненту морала, тј. чињеницу да норме морала еволуирају у складу са развојем односног друштва што важи и за наше друштво и за морал нашег социјалистичког самоуправног друштва који су још у стварању и усавршавању па их као такве треба и посматрати и примењивати као део критеријума за одређивање садржине слободе уговарања и правних односа до којих се буде долазило коришћењем слободе уговарања.

V. — Прихватање принципа слободе уговарања, као што то чини и Закон о облигационим односима, нужно намеће и питање како се данас може и како се стварно у пракси остварује слобода уговарања. А опште је познато да је у погледу овога дошло, у току последњег века, до врло великих и значајних промена, према којима ни право није могло да остане индиферентно. У врло великом броју случајева нема више преговора између учесника облигационих односа о њиховој садржини, о клаузулама облигационог односа — уговора. Највећи број уговора се закључује путем формуларних, типских и адхезионих уговора или уз коришћење различитих облика општих услова уговора. До свега тога је дошло, као што је познато, како услед неједнаких могућности и неједнаког положаја — снаге појединих уговорача, тако и услед потребе да се упрости и убрза само заснивање облигационих односа, а у следству тога и да се уједначи и правна садржина тих односа. А таква ситуација битно утиче и на питање како се данас може и како се стварно у пракси остварује слобода уговарања. При томе се чак поставља и питање да ли ту уопште и постоји и стварно важи принцип слободе уговарања, у погледу свих или само неких елемената облигационог односа. И то почев од слободе воље да се закључи или не закључи уговор, преко могућности да се слободно бира контрахент при заснивању уговора, па до макар и само формалног (што стварно често значи фиктивног) права

да се одређује или бар утиче на битне елементе уговора у питању. Све су то питања која се данас као најважнија постављају у науци и пракси облигационог, напосе уговорног права, на којима се ми овде не бисмо могли задржавати, а у осталом све су то питања која се на више или мање исти начин, постављају у свим савременим правима, тако да ни наше право у погледу постављања самог проблема и узорка за његово постављање и постојање не показује у томе неке изразите специфичности. Појава је општа. Облици кроз које се ова појава изражава, такође су у многоме свуда заједнички. При томе се сваки правни поредак, путем закона и подзаконских прописа, или путем административних аката и судских одлука, боре против негативних последица овакве појаве. А тих негативних последица и злоупотреба у пракси сваког система коришћења проглашеног принципа слободе уговарања било је увек и свуда, па их може бити и има и код нас. Пред том чињеницом није могао затворити очи ни наш законодавац. Напротив. Закон о облигационим односима, користећи се позитивним искуствима других земаља и стављајући у дејство неке установе управо нашег друштвеног-екномског и правног система, поставља правила путем чије примене жели да примена принципа слободе уговора буде што ефективнија, да воља уговарача буде што стварнија. На тај начин пошто је, као што је раније изложено, одредио границе и садржину слободе уговарања, Закон о облигационим односима регулише и начине како се има користити слобода уговарања, рачунајући, разуме се, на стварни систем уговарања који се данас у знатној мери примењује у свету, па и у нас.

Правна правила о начину коришћења слободе уговарања постављена су највећим делом у Основним начелима Закона о облигационим односима, али не само у њима. Њих има и може их бити и у другим законским, подзаконским и самоуправним нормативним текстовима. Међу њима су ипак најважнија правила која се налазе у самом Закону о облигационим односима, као што су:

1. — Друштвена правна лица остварују право располагања друштвеним средствима у облигационим односима сагласно одлукама које радници у основним и другим организацијама удруженог рада, односно радни људи у другим друштвеним правним лицима доносе у складу са статутом, другим самоуправним општим актима и законом (чл. 3).

2. — Друштвена правна лица у заснивању облигационих односа приступају у складу са својим плановима и обезбеђују извршавање материјалних обавеза самоуправним споразумима о основама планова самоуправчих организација и заједница и договорима о основама планова друштвено политичких заједница (чл. 4).

3. — Друштвена правна лица у заснивању облигационих односа дужна су да се друштвено и економски целисходно користе друштвеним средствима којима располажу и да очувају њихову несмањену вредност, као и да обезбеђују унапређивање и проширивање материјалне основе удруженог рада, односно остваривање својих циљева и задатака и заштиту друштвене својине (чл. 5).

4. — Друштвена правна лица која заснивају облигационе односе ради извршавања самоуправног споразума који су међусобно закључила дужна су да поступају у складу са тим самоуправним споразумом (чл. 6, ст. 1).

5. — У заснивању облигационих односа друштвена правна лица дужна су да воде рачуна о самоуправним споразумима и друштвеним договорима које су закључила са другим и о својој одговорности за извршавање обавеза преузетих тим самоуправним споразумима и друштвеним договорима (чл. 6, ст. 2).

6. — У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, друштвена правна лица остварују сарадњу у односима међусобне повезаности и зависности, узајамне одговорности као и солидарности радника у удруженом раду, заснованим на самоуправљању и друштвеној својини средстава за производњу и других средстава рада (чл. 7, ст. 1).

7. — У међусобним односима сарадње друштвена правна лица дужна су да воде рачуна о циљевима трајније сарадње и о остваривању других заједничких интереса и да на други начин стварају услове за остваривање права и извршавање обавеза из облигационих односа (чл. 7, ст. 2).

8. — Основне и друге организације удруженог рада, земљорадничке задруге и друге задруге остварују сарадњу у облигационим односима и са земљорадницима и другим радним људима који самостално обављају делатности личним радом, на истим основама као што то чине друштвена правна лица у међусобним односима (чл. 7, ст. 3 у вези ст. 1 и 2 истог члана).

9. — У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа, основне и друге организације удруженог рада, задруге и радни људи који самостално обављају делатност личним радом дужни су да, кад обављањем своје делатности непосредно задовољавају потребе грађана, своја права и обавезе уређују и врше на начин којим се обезбеђују редовно и квалитетно задовољавање потреба грађана и што повољнији услови за задовољавање тих потреба (чл. 8).

10. — Учесник у облигационом односу дужан је да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина — чл. 18, ст. 1).

11. — Учесник у облигационом односу дужан је да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака — чл. 18, ст. 2).

12. — Учесник у облигационом односу дужан је да се у остваривању свог права уздржи од поступака којима би се отежало извршење обавезе другог учесника (чл. 18, ст. 3).

13. — Учесници у облигационим односима дужни су да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима (чл. 21).

14. — Друштвена правна лица и грађанска правна лица у заснивању облигационог односа поступају у складу са својим статутом и другим општим актима, с тим да уговор који је закључен или друга правна радња која је предузета супротно тим актима остаје на снази, осим ако је за то друга страна знала или морала знати или ако је законом друкчије одређено (чл. 22).

15. — Ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор без одлагања закључи (чл. 27, ст. 1).

16. — Одредбе прописа којима се, делимично или у целини, одређује садржина уговора саставни су делови тих уговора, те их употпуњавају или ступају на место уговорних одредаба који нису у сагласности са њима (чл. 27, ст. 2).

17. — Преговори који претходе закључењу уговора не обавезују и свака их страна може прекинути кад хоће, али страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор одговара за штету насталу вођењем преговора, с тим да одговара за штету и страна која је водила преговоре у намери да закључи уговор, па одустане од те намере без основаног разлога и тиме другој страни проузрокује штету (чл. 30).

18. — Предмет обавезе је недопуштен ако је противан уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва (чл. 49).

19. — Основ уговорне обавезе је недопуштен ако је противан уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва (чл. 51).

20. — Кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе, уговор не настаје (чл. 63).

21. — Одредбе уговора примењују се онако како гласе, с тим да се при тумачењу спорних одредаба не треба држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговорача и одредбу тако разумети како то одговара начелима облигационог права утврђеним Законом о облигационим односима (чл. 99).

22. — У случају кад је уговор закључен према унапред одштампаном садржају, или кад је уговор био на други начин припремљен и предложен од једне уговорне стране, нејасне одредбе тумачиће се у корист друге стране (чл. 100).

23. — Нејасне одредбе у уговору без накнаде треба тумачити у смислу који је мање тежак за дужника, а у теретном уговору у смислу којим се остварује правичан однос узајамних давања (чл. 101).

24. — Кад учесници у самоуправном споразуму закључе уговор ради извршења тог споразума, уговор мора бити у сагласности са тим самоуправним споразумом, тако да у противном, сваки учесник у самоуправном споразуму па и онај који није уговорна страна, може захтевати да се такав уговор усклади са самоуправним споразумом, или, ако то није могуће, да се у целини или делимично поништи (чл. 118).

25. — Ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или ако се због њих не може остварити сврха уговора, а у једној и у другом случају у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је, страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине (чл. 133).

Указали смо на неке од показатеља — критеријума по којима се у нашем праву данас има ценити и домашај и начин коришћења слободе уговарања одн. аутономија воље у облигационим односима, па било да је у питању заснивање облигационог односа, и посебно закључивање уговора, било да је у питању садржина права и обавеза из било ког облигационог односа, било најзад да је у питању престанак одн. опстанак облигационог односа. Сви они представљају „друштвени амбијент" у коме настају, опстоје и престају облигациони односи. И то амбијент правно релевантан, чиме се управо наше ново право има и мора, и у области облигационих односа, да разликује од индивидуалистичког поимања слободе уговарања у једном правном систему заснованом првенствено на установи приватне својине. О свим овим елементима и правним нормативима мора се данас водити рачуна, као императивним нормама нашег права.

VI. — Често се упорно тврдило, па чак се то и данас каткада тврди да облигације представљају једну непроменљиву материју у праву (lex et sempiterna et immutabilis), материју која је врло конзеквентно и логично обрађена од стране римских правника и која не само да не захтева него и не трпи никакве измене, материју која је самодовољна, тј. садржи у себи решења за све случајеве који су се догодили у току времена, па чак и за оне који ће се појавити у будућности.

Очигледно је колико овкава гледишта архаично звуче, колико су она нетачна. Данашње облигационо право, уопште у свету у многоме и битноме разликује се од онога које је раније постојало. При томе, све те новине у савременом облигационом праву представљају само један ступањ у развоју права и правних установа. А све то треба и мора увек бити сагледавано у склопу и целини друштвеног и правног система одређеног времена и државе. Са те тачке становишта и наш нови Закон о облигационим односима, са неким основним карактеристикама које су овде изложене, представља једну творевину која је изграђена у складу са свим основним начелима и установама нашег социјалистичког самоуправног друштва. Само тако, у светлости овог времена морају се сагледавати све институције, принципи и формуле путем којих ће се заснивати и оживотворавати облигациони односи у нашем друштву. Само тако ће и у теорији и у пракси ово законско дело бити још једна полуга кретања напред људских односа у нашем друштву па и друштва у целини.

проф. Борислав Т. Благојевић

РЕЗЮМЕ

„Закон об облигационных отношениях в свете своего времени"

Исходя из значения Закона об облигационных отношениях, автор сначала делает вывод, что из-за структуральных изменений в нашей правовой системе, вследствие которых право объединенного труда получает ведущее место, облигационное право получает другое положение нежели в других системах. Одновременно он подчеркивает, что это не уменьшает силу и ценность Закона, но меняет его положение в целом нашей правовой системы.

В этом свете автор рассматривает отдельные особые правила и то в первую очередь правила об общих правовых актах организаций объединенного труда и их отношение к облигационному праву. Значительное место в статье уделяется рассмотрению отношения этого Закона, и особо его общих начал, к союным законам, которые бы регулировали специфические облигационные отношения, а затем и к республиканским, т.е. к областным законам в области облигационных отношений.

Далее анализируются решения Закона о свободе договора и особенно указывается на необходимость обеспечения действительного применения принципов и духа сегодняшней правовой системы. На ряду с этим автор указывает на три значительных фактора, напрвляющих и ограничающих свободу договора: а) конституцией утвержденчые начала нашего общественного строя; б) обязательные предписания и с) мораль социалистического самоуправительного общества. Затем следует изложение правил о способе пользования свободой договора.

Наконец автор приходит к выводу, что это законное дело должно стать еще одним рычагом на пути движения вперед к человеческим отношениям в нашем обществе и в обществе в целом.

A SUMMARY

The Law on Obligation Relations as a reflection of its time

Taking the significance of the Law on Obligation Relations as a point of departure, the author firstly concludes that obligation law has acquired a different position in our system than identical laws hawe in other legal systems, due to structural changes in it, causing the law of associated labour as a branch of law to rise to prominence. At the same time, he emphasises that this does not diminish the importance and value of the Law, but alters its position in the entirety of our legal system.

Within the scope of this matter, the author discusses some individual rules and regulations, foremostly, the one concerning general legal acts of basic organisations of associated labour and their relationship to obligation law. A significant place in this work is devoted to the analysis of relations of this Law, and especially its General Principles, with federal acts regulating specific obligation relations, and then with the acts of the republics and autonomous provinces concerning obligation relations.

Further analysis in the work is devoted to the regulations of the Act on the Freedom of Conclusion of Contracts, emphasising the necessity of securing actual implementation of the principles and spirit of the standing legal system. Besides that, the author points to three determining factors

directing and limiting the freedom of conclusion of contracts: a) the principles of our social order as determined by the Constitution;) b) coercive regulations; c) the moral principles of our socialist self-government society. An exposition of the method of utilisation of this disposition follows.

The author goes on to end this work by stating that this legal work (the Law) should be regarded as yet another lever generating the moving of human relations in our society forward, as well as in the world as a whole.

RÉSUMÉ

La Loi relative aux rapports d'obligation à la lumière de son temps

En partant de l'importance de la Loi relative aux rapports d'obligation, l'auteur a d'abord formulé la conclusion selon laquelle à cause des changements structuraux dans notre système, par suite desquels le droit de travail associé en tant que branche du droit, obtient la place dirigeante, le dorit des obligations a une autre position que dans les autres systèmes. En même temps, il souligne que cela ne diminue pas l'importance et la valeur de la Loi, mais que cela change sa position dans l'ensemble de notre système.

A cette lumière, l'auteur examine les règles spéciales, à savoir: en premier lieu les règles relatives aux actes juridiques généraux des organisations de travail associé et leur rapport envers le droit des obligations. Une place importante dans le travail est réservée à l'examen des rapports de cette Loi, et en particulier de ses Principes généraux, avec les lois fédérales qui réglementeraient les rapports d'obligation spécifiques, et ensuite avec les lois des républiques fédérées et des provinces autonomes dans le domaine des rapports d'obligation.

Ensuite l'analyse est effectuée des dispositions relatives à la liberté de contracter et en particulier la nécessité est signalée d'assurer l'application réelle des principes et de l'esprit du système juridique du temps présent. En outre, l'auteur a attiré l'attention sur trois déterminantes qui orientent et limitent la liberté de contrat: a) les principes spécifiés par la constitution de notre organisation sociale; b) les prescriptions coercitives et c) la morale de la société autogestionnaire sodialiste. Après s'ensuit l'exposé des règles relatives au mode d'utilisation de la liberté de contrat.

A la fin l'auteur conclut que cette oeuvre légale doit être encore un levier du mouvement progressif des rapports humains dans notre société, ainsi que de la société dans l'ensemble.

ОД ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА ДО ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

— Допринос професора Михаила Константиновића —

1. *Увод.* — Прошло је деведесет година од ступања на снагу Општег имовинског законика за Црну Гору (1. јул 1888. године).(1) Три месеца после деведесетогодишњице ступања на снагу Општег имовинског законика ступио је на снагу Закон о облигационим односима (1. октобра 1978. године)(2). У току ових деведесет изузетно бурних година историјског развитка наши народи су прошли кроз најсуровија страдања и највећа искушења, посебно у току балканских ратова, првог и другог светског рата. Мало је народа у историји поднело такве жртве и страдања за своје национално и социјално ослобођење, уједињење и заједништво као што су то поднели југословенски народи. Толико историјски ометана тежња да се створи своје сопствено грађанско законодавство, постепено али сигурно рушила је бројне препреке. Тих препрека је било на претек. Њих је било не само пре ослободилачких ратова, него и између два светска рата, а због посебних околности у којима се развијало наше социјалистичко друштво и особене правне ситуације, и после социјалистичке револуције. Предратни правни мозаик у области облигационог права, наставио је своје деловање, истина у ублаженом виду, у току наше социјалистичке изградње. Изједначавање правних решења и попуњавање правних празнина се вршило парцијалним прописима и стваралачком судском праксом. Сигурно, овакав метод остваривања правне сигурности у области облигационих односа није могао бити трајније решење. Имајући све то у виду Закон о облигационим односима, као својеврсна кодификација облигационих односа у нас има огроман значај и за правну теорију и за праксу. Он не само да испуњава једну огромну правну празнину, која је била дуги низ година присутна у нашем правном и друштвеном животу, већ је истовремено и једна значајна правна творевина, значајно правничко дело поникло на

(1) Општи имовински законик је објављен званично 25. марта 1888. године, с тим да ступи на снагу 1. јула 1888. године; званично издање је штампано у Паризу (ћирилицом) са изузетном техником и графичком лепотом текста.

(2) Закон о облигационим односима је усвојила Скупштина СФРЈ, на седници Савезног већа од 30. марта 1978. године, а објављен је у „Службеном листу СФРЈ" бр. 29, од 26. маја 1978. године, с тим да ступи на снагу 1. октобра 1978. године,

нашем тлу, настало из наших друштвено-економских односа, наших потреба, и наше теорије и праксе.

Концепција Закона о облигационим односима је од самог почетка била да то буде закон који ће доследно одразити потребе нашег социјалистичког самоуправног друштва на савременој етапи развоја. У првом реду, да то буде закон који ће одговарати нашим потребама у овој значајној области друштвених односа. Полазило се од тога да законодавна решења и правила треба не само да уређују односе већ да их истовремено унапређују, да омогућавају њихов развој. Та основна идеја, наравно у другим историјским условима и другчијим друштвеним односима, била је и идеја водиља при изради Општег имовинског законика. Без обзира што ова два велика закона раздваја раздобље од пуних деведесет динамичних година, правни циљеви, тежње, па и метод израде су доста блиски. У припреми обе кодификације је присутна тежња да то буду закони који ће одговарати конретном друштву, друштвеним односима, и који ће унапређивати развој тог друштва, без страног утицаја и мешања. У обе се водило рачуна и о постојећој пракси и прихваћеним правилима и о резултатима напредне правне науке. Исто тако и у погледу метода припреме и израде законских текстова наилазимо на упадљиву сличност. Дугогодишњи рад врсног правника и научника и у једном и у другом случају одиграо је огромну улогу — професора В. Богишића у изради Општег имовинског законика, и професора М. Константиновића у припреми Закона о облигационим односима. Стога ће о тој концепцијској вези у овом чланку и бити понајвише говора.

2. *Полазне идејне основе при изради Општег имовинског законика.* — Валтазар Богишић је као професор историје словенских права имао јасан програм обраде и проучавања правних система словенских држава. (3) Међутим, када су започеле припреме за израду законика 1873. године, В. Богишић признаје да се нашао у недоумици како да приступи изради имовинског законика. Он између осталог пише: „Кад се је разгласило, да ми је иницијативом црногорског Владаоца, повјерен овај деликатни посао, појавила су се два врло различна мишљења о начину, како би ваљало извршити то предузеће. — Једни, имајући, по свој прилици, пред очима особиту оригиналност земље, о којој је ријеч, мишљаху, да треба само сабрати и писмено утврдити најистакнутије и најпотребније правне обичаје, дотјеравши их донекле према потребама садашњости. Други, јако одани предању римског права, говораху, да би доста било, и не бринећи се много, о већем или мањем подударању дјела са земаљским особинама, приближити се онијема између најславнијих и најновијих закочика, који најбоље испунише desiderata теорије." На крају анализе ових ставова В. Богишић је дошао до закључка да не би требало прихватити ни први ни други метод, те закључује: „да мој рад, ако ће да буде од какве користи, ваља да удари посве самосталнијем правцем. У својој радњи, дакле, имао сам непрестано пред

(3) В. Богишић је још 1866. године сачинио свој познати: „Напутак за сабирање правних обичаја". Овај „напутак" је у првој верзији 347 питања из области јавног и приватног права.

очима, с једне стране, облике и мишљења, што владају у теорији и законодавној пракси земаља, које већ имају грађански законик; с друге — оригиналне елементе саме земље, којој је законик намијењен; двоструки циљ који, разумјећете, више него удвостручава тешкоће мога задатка." (4) Пратећи решења Општег имовинског законика се да лако закључити да су ова два елемента стално присутна. Она су стопљена у једну хармоничну целину.

Брижљиво прикупљена грађа од које је један део и објављен, (5) омогућила је писцу законика да оствари синтезу народних обичаја, праксе и правне теорије. Тај дугогодишњи интензивни и прегалачки рад дао је ону снагу и замах коју је В. Богишић тако блиставо испољио у изради Општег имовинског законика. Само научник који је био приправљен за такво велико дело је могао да за релативно *кратко време — петнаестак година* створи такво оригинално правничко дело изузетне вредности. Дело које је синтеза правне науке и народног права — остварење пишчеве жеље „израдити дјело, које би уједно било систематско и простонародно."

Није мање важно ни то како је В. Богишић схватио услове које би требало испунити у кодификаторском делу. Ти услови су били следећи:

„1, Основ законику ваља да је састављен од правила и установа које се, доиста, налазе у животу, духу и предању народњем; то, што опстоји, не треба ни да се искључи, ни измијени, осим случаја пријеке потребе.

2, Установама, које опстоје и састављају, тако рећи, главницу народњега предања, да им се не домећу нове, осим, ако то прилике свакидашњег живота неминовно изискују.

3, Да би се избјегао сваки дуализам, или расцијеп у праву, и да се олакша спајање између новијех и старијех елемената, ваља да се први уводе таким начином, да између свијех њих буде стајало узајамно и непрекидно опћење.

4, Сва наређења законика треба да се саставе, разреде и изложе тако, како би их сами тамошњи људи могли без муке примењивати помоћу средстава, којима земља располаже.

5, Законик, ваља да је такав, да свако принуђење при његовој примјени буде залишно, те да нови дијелови који су у њ примљени, не узбуђавају људе, ни да му наређења управо нарушавају, ни да их странпутно изигравају.

6, Законик ваља да је једноликошћу (homogénéité) своје грађе, њезинијем методичнијем распоредом и јасношћу излагања приступачан свијема, колико се више може.

(4) В. Богишић: Поводом црногорског грађанског законика, неколико ријечи о начелима и методу усвојеним при изради; Писмо једноме пријатељу, превео с француског Н. Дучић, Београд, 1888, стр. 4.

(5) В. Богишић: Писани закони на словенском југу, I Закони издани највишом законодавном влашћу у самосталним државама, издање Југословенске академије знаности и умјетности, Загреб, 1872. године; и Грађа у одговорима из различитих крајева Словенског југа, изд. ЈАЗУ, Загреб, 1874. године.

7, Спољашње одношаје на могући и не требајући губити из вида, законик ваља да у исто вријеме пружи прилику Црногорцима, да стекну опћи појам о праву у иностранству, а иностранцима, да имају идеју о особинама црногорског права.

8, У погледу даљег правног развитка у земљи, законик не треба да спречава, него да служи за наслон и полазну тачку овоме развитку, у свијем његовијем гранама и облицима." (6)

Из тока читавог рада на кодификацији се види колико се В. Богишић стриктно придржавао ових правила. (7)

Ценећи ова настојања В. Богишића у кодификаторском раду и истичући Богишићеву потребу да је „сам морао да крчи путеве", проф. М. Константиновић истиче особености овога метода. Проф. М. Константиновић посебно указује на ову оригиналност, следећим речима: „Оно што је одмах привукло Богишићеву пажњу то је одсуство хармоније између правне науке, законодавства и судске праксе, с једне стране, и фактичких односаја друштвено-правног бивовања народног, с друге стране." (8) Затим, проф. М. Константиновић анализирајући Богишићеве мисли на прилике у нашој земљи и законодавству уопште, а посебно између два рата, да се у нас у праву мора водити рачуна о „појмовима, уверењу и обичајима народа". Тако је на пољу законодавне политике прва дужност законодавца да темељито проучи постојеће установе народног права, па се тек онда може корисно приступити проучавању потребних и могућих промена. (9) Као што ћемо видети касније ове идеје и полазне ставове проф. М. Константиновић је доследно спроводио у свом научном раду, (10) а посебно при изради дела „Облигације и уговори — Скица за законик о облигацијама и уговорима". (11)

3. *Општи имовински законик и његов значај.* — Одмах по званичном објављивању Општи имовински законик је побудио велико интересовање како правне јавности у југословенским земљама, тако и стране правне јавности. Велики број приказа, реферата, чланака, студија, (12) и превода законика (13) широм света. Ласкаве похвале којима обилују сви прикази, реферати, чланци и студије у првом реду истичу спој пра-

(6) В. Богишић: Поводом црногорског грађанског законика, стр. 5 и 6.

(7) Др Нико С. Мартиновић: Валтазар Богишић, I историја кодификације црногорског имовинског права, Цетиње, 1958.

(8) Др Михаило Константиновић: Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву, „Социолошки преглед", књ. I, Београд, 1938, стр. 273.

(9) Др Михаило Константиновић: оп. цит., стр. 274 — 275.

(10) На последипломским студијама проучавање судске праксе и при изради законских нацрта из породичног и наследног права, као и преднацрта Закона о накнади штете.

(11) Објављено први пут у издању Правног факултета у Београду, 1969. године, а затим друго издање „Савремене администрације", 1975. године.

(12) Др Нико С. Мартиновић: Валтазар Богишић I, наводи 226 извора који се односе на Општи имовински законик у првих неколико година после његовог ступања на снагу.

(13) Тако су уследили преводи на француски, шпански, немачки, италијански и руски: 1) Code général des Biens, pour la principauté de Monténégro de 1888, traduit par Rodolphe Dareste, Imprimerie National, Paris, 1892; 2) Codigo general de los Bienes, traducido por Gustavo Inglesias, Madrid, 1893; 3) Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro, übertragen von Adalbert Shek, Berlin, 1893; 4) Codice civile del Montenegro, tradotto da Antonio Martecchini, Spalato, 1900; 5) Общчиј имущественниј законик дліа Књажества Черногорского, перевод М. Т. Кусакова, под редакцијеју В. Д. Спасовича, Петроград, 1901. године.

вне науке и народних правних обичаја. Истиче се оригиналност правне мисли и правних решења. Решења која одговарају стварним друштвеним односима и народним схватањима у земљи за коју је законик донет. Очигледно да је у време доношења значај Општег имовинског законика био огроман. (14) Он не само да је прелазио границе земље за коју је донет, па и подручје југословенских земаља, већ у доброј мери је подстицао на размишљања и правничке кругове широм Европе. (15) Многи су закључили да би се низ решења које је дао В. Богишић могла успешно применити и при кодификацијама у тим земљама. Доношење Општег имовинског законика је био прворазредни догађај у правничком животу тадашње Европе.

И после толико низа бурних и револуционарних година, може се слободно остати при оцени да је законик у потпуности одговорио циљу и интенцији која је у Указу о његовом проглашењу (16) истакнута: „Унапријед одлучили бијасмо да се, у овом законотворном послу, поред свих неопходних на податке науке и законодавне радње других образованих држава, главна пажња обраћа на народне појмове о правди и правици, на обичаје, предања и на живе потребе црногорског народа. У таквом правцу се ова радња вршила. (17) И заиста, захваљујући проф. В. Богишићу, Општи имовински законик је био и остао велико правно дело баш због тога што је водио рачуна о народним појмовима правде и правице и стварним потребама уз зналачку примену тада најсавременијих резулата правне науке у свету. Ова особина Општег имовинског законика је нарочито дошла до изражаја при регулисању правних односа на селу. Та правна решења у законику имали су значај не само за Црну Гору, већ и општејугословенски знчај с обзиром на друштвене прилике на селу у време доношења законика а и дуги низ година и касније. (18)

В. Богишић је добио и званична и незванична признања за свој огроман труд који је уродио тако значајним плодом. У Бесједи поводом проглашења законика је поред осталог истакнуто: „За израду самог дијела овог, које је сада готово пред нама, ја сам био срећан да у лицу г. др Богишића, сина дичне области дубровачке, нађем човјека који умљем својим, нарочито на овом пољу радње, свијетли не само међу првим синовима нашега народа на југу славјанском, него свијетли и у редовима првака свјетске образованости. Њему се нарочито има захвалити да је дјело ово, наш грађански законик, утемељено на осно-

(14) Федор Демелић: Le droit coutimier des Slaves Méridionaux d'après les recherches de M. Bogišić I, Paris 1887. Овај познати правник је поводом Богишићевог зборника написао опширнију студију (ст. 156) у којој је заступао идеје и концепције усвојене у припреми законика. Припреми јавности на новине у будућем законику допринели су и теоријски радови В. Богишића, а посебно: „О облику званом инокоштина у сеоској породици Срба и Хрвата", с француског превео Јован Аћимовић, Београд, 1884. године, и „Поводом црногорског грађанског законика . . .", штампаног у Паризу 1886. године.

(15) R. Darest: Le nouveau Code civil du Montenegro, Paris, 1888, p. 15, (цитирано према др Нику С. Мартиновићу, стр. 232) истиче да „ово дјело чини част како учевном правном савјетнику који га је створио, тако и Књазу који је дао иницијативу да се створи".

(16) Указ о проглашењу Општег имовинског законика од 25. марта 1888. године.

(17) Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, Ново званично издање, на Цетињу, 1898, стр. III.

(18) Др Радомир Буровић: Производна сарадња на селу у нашем обичајном праву и по Општем имовинском законику, „Правни зборник", Титоград, бр. 3/1963, стр. 66 до 89.

вама нашега народнога права, а изведено и развијено из тога темеља према нашим приликама и потребама, одговорило потпуно оним спасоносним врховним начелима која мало више споменух, начелима складности између народнога духа и живота и његових закона. Нека му је овдје, у име највише награде која му се с наше стране може дати, изречено јавно: хвала!" (19) Још док је радио на припреми Општег имовинског законика, чињен је покушај да постане професор Правног факултета у Београду. Законом о изменама и допунама устројства Велике школе од 25. јануара 1880. године, отворена је на Правном факултету нова катедра за историју словенских права. С том катедром је спојено и предавање енциклопедије права. Министар просвете и црквених дела Кнежевине Србије, Стојан Новаковић је упутио писмо Валтазару Богишићу, правном државном савјетнику и редовитом професору Одеског универзитета, позивајући га за наставника историје словенских права на Великој школи. У том писму поред осталог стоји: „Влада Његовог Височанства Господина Књаза високо цени заслуге, које сте Ви, Господине, до сад стекли за научно обрађивање словенских права и одлично научно име, које у словенском и иностраном ученом свету по заслузи уживате. И Влади би било особито мило, ако бисте се ви могли склонити, да горе споменуту катедру на нашој Великој школи заузмете и да рад професора те школе Вашим именом задичите." (20) Професор В. Богишић је са бирачим речима одговорио на ово писмо, наводећи разлоге због којих се не може прихватити понуђене му катедре. Између осталог В. Богишић одговара: „Вама је, Господине Министре, јамачно познато, да се ја од неког времена бавим састављањем закона за Црну Гору; познато вам је такође, мислим, како необична тешкоћа, тако и не мала важност тога предузећа. Премда је тај трудни посао вршен при тешкоћама сваке врсте, и да је усљед пошљедњега рата, неколико пута била посве прекинута радња, ипак се она у ово последње вријеме одлучно к своме крају приближила." (21) Врло је значајна и мисао коју је В. Богишић даље у писму изнео: „— јер се с преподавачким послом, разумије се, никако не да спојити посао кодификатора, посао који се обично врши цијелим комисијама." Из садржине овога писма можемо закључити колико се В. Богишић био предао кодификаторском раду и при том уложио сву своју стваралачку енергију, таленат и изузетно познавање и правне науке, законодавства, судске праксе, и правних обичаја. Само се тиме, срећним спојем, свих тих елемената може и објаснити изванредно достигнуће у овом заиста великом кодификаторском подухвату.

4. *Развој правне мисли из области имовинског права и покушаји нове кодификације.* — Често се говори о правном мозаику нашег имовинског права, који се у области облигационих односа у одређеној мери

(19) Никола I Петровић Његош: Цјелокупна дјела, књига IV, Говори, Цетиње, 1969, стр. 167.

(20) Др Владимир Грујић: О једном покушају да Валтазар Богишић постане професор Правног факултета Велике школе у Београду, „Анали Правног факултета", Београд, бр. 3 — 4/1960, стр. 365.

(21) Др Владимир Грујић: op. cit., стр. 366, цитирана писма из Државног архива НР Србије, одељ. Министарства просвете: Ф.1,33/1881, ПБр 6250/1880.

задржао све до ступања на снагу Закона о облигационим односима — 1. октобра 1978. године. Ради целине ћемо укратко приказати тај „правни мозаик". Истовремено биће приказано просторно важење појединих прописа односно правних правила, после аброгације прописа, и облигационог права у ужем смислу и трговинског односно привредног облигационог права. Ово са разлога јер Закон о облигационим односима садржи јединствене норме за обе врсте односа — облигационе односе између грађана и облигационе односе у области привреде, у промету робом и услугама, у области банкарских послова и хартија од вредности.

У Босни и Херцеговини за имовинске односе између грађана и после 1878. године (аустроугарске окупације) је важило турско односно обичајно право. Ипак, пошто су судије и читав административни апарат били васпитани у духу аустријског права, они су примењивали одредбе Аустријског грађанског законика. Изузетак су били брачни и наследно-правни односи, где је за муслимане важило шеријатско право, а за хришћане црквено и обичајно право. За односе у области промета роба и услуга важио је Трговачки законик од 7. јуна 1883. године (за време бивше Југославије подручје Апелационог суда у Сарајеву).

У Црној Гори био је на снази Општи имовински законик од 1888. године, са мањим изменама и допунама од 1898. године за област имовинских односа у ширем смислу. За односе из промета роба и услуга био је на снази Трговачки законик од 22. јануара 1910. године (На подручју Великог суда у Подгорици).

У Хрватској је званично уведен патентом од 29. новембра 1852. године Аустријски грађански законик под званичним називом Општи грађански законик (без новела 1914. — 1916. године). Тим истим патентом он је био уведен и за Угарску, Српску Војводину и Тамишки Банат (касније, 1867. године после Нагодбе дошло је до територијалне промене важења законика). За односе у промету робама и услугама важио је Трговачки законик од 1875. године (Законски чланак XXXVII: 1875) и то на подручју Апелационог суда у Загребу за време бивше Југославије. Овај закончик је усвојен од заједничког Хрватско-угарског сабора, а превод са мађарског на наш језик као изворник званично је посебно обнародован за Хрватску и Славонију.

У Македонији је раније важило турско право, турски законик Мецеле (сукцесивно донесен од 1869. до 1876. године), а после балканских ратова уведен је Српски грађански законик од 1844. године и Трговачки законик од 26. јануара 1860. године, и то на подручју Апелационог суда у Скопљу.

У Словенији, Далмацији и Истри важио је Аустријски грађански законик са новелама од 1914, 1915. и 1916. године, јер су ове територије третиране као аустријске покрајине. После првог светског рата до ослобођења 1945. године у Истри је важило италијанско право. За област промета роба и услуга био је у важности Општи трговачки законик од 17. децембра 1862. године (Л.д.з. бр. 1 из 1863. године). У бившој Југо-

славији ово важење се протезало на подручјима апелационих судова у Љубљани и Сплиту и на једном делу Апелационог суда у Загребу.

У Србији је био на снази Грађански законик за Кнежевину (односно Краљевину) Србију од 25. марта 1844. године, који је представљао скраћену и мање успелу верзију Аустријског грађанског законика из 1811. године (од 1502 параграфа АГЗ сведен је текст законика на 950 параграфа у СГЗ). За област промета роба и услуга важио је Законик трговачки за Кнежевину Србију од 26. јануара 1860. године, рађен по угледу на Француски трговачки законик од 1807. године (за време бивше Југославије на подручјима апелационих судова у Београду и Скопљу).

На Косову је у пракси примењивано обичајно албанско право („Законик Леке Дукађинија"), јер турско право које је увођено крајем XIX века није било прихваћено услед јаког отпора становништва, па и администрације која је била махом домаћег порекла. После балканских ратова уводи се на подручју већег дела Косова Србијански грађански законик и Трговачки закочик од 1860. године, а на једном делу (област Метохије) Општи имовински законик и Трговачки законик за Црну Гору од 1910. године.

У Војводини је важило мађарско право. Ово право није било кодификовано и представљало је неку врсту прецедентног права (у ствари одлуке Касационог суда у Будимпешти су сматране извором имовинског права). Тако је после стварања Краљевине СХС, Одељење Касационог суда (београдског) у Новом Саду било надлежно да доноси нове прецеденте из области имовинских односа за Војводину. За односе из области промета роба и услуга важио је Трговачки законик од 7. јуна 1875. године (Законски чланак XXXVII, угарски трговачки законик). Ово важење се простирало на подручју Апелационог суда у Новом Саду и на једном делу Апелационог суда у Загребу (у Међумурју). [22]

Сигурно да је било тежњи, па и покушаја да се изврши одговарајуће новелирање, а касније стварањем заједничке државе и правна унификација у области имовинских односа у ширем смислу, као и односа у промету робом и услугама. Тако је у Србији још 1908. године била образована Комисија за израду новог пројекта законика о имовинским односима, који би обухватио само стварноправне и облигационе односе. Овакав пројекат је био завршен пред рат 1914. године, али су ратни догађаји спречили даљи рад на усвајању тога пројекта.

У осталим подручјима где је непосредно важио Аустријски грађански законик (изузев Хрватске и Славоније), дошло је до новелирања законика у току 1914, 1915. и 1916. године.

Овакво стање на терену имовинског права је затечено после стварања заједничке државе 1. децембра 1918. године. Оно се наставило у

---

[22] За овај приказ стања имовинског законодавства у нашим земљама коришћен је већи број извора, а у првом реду: др Михајло Вуковић: Правила грађанских законика, Загреб 1961; др Андрија Гамс: Увод у грађанско право, Београд, 1974; Николај Пахаруков: Трговачки законик за Краљевину Југославију, Београд, 1938; Лаза Урошевић: Судски требник, I грађански законик, Београд, 1927. године.

току читавог њеног постојања, све до социјалистичке револуције, која је у области права извршила аброгацију наведених правних прописа, али уз могућност примене правних правила. О овоме ће бити речи у наредним тачкама овога рада. Природно да је једно од првих питања изградње заједничке државе било и уређење правног система уопште, а посебно уређење имовинских правних односа. Правни мозаик у области грађанског права и уже имовинског права био је интересантан за правно проучавање и за правничке теоријске дискусије. Међутим, настанком заједничке државе морало се врло хитно поставити питање нове јединствене кодификације. Шта узети за ослнац и основу при раду на новој кодификацији? Било је једно од основних питања о коме се водила расправа.

Професор М. Константиновић је узео значајно учешће у расправи о „новом југословенском грађанском законику". Он је са изванредним правним аргументима критиковао настојање већине утицајних правника да се за основу тога новог законика узме Аустријски грађански законик. (23) У уводном делу расправе о југословенском грађанском законику, проф. М. Константиновић даје историјски преглед настанка Српског грађанског законика, а исто тако и Аустријског грађанског законика. Затим, прилике у Србији у време доношења законика, а и историјске промене које су настале у периоду од доношења законика до припрема за нову кодификацију. Посебно је приказан напор аустријских званичних органа да се обезбеди аустријски правни утицај и потисне утицај француског права. После ове сажете историјске анализе, проф. М. Константиновић врши упоређења Српског грађанског законика и Аустријског грађанског законика и закључује да је новосадски сенатор Јован Хаџић одустао само изузетно од свога аустријског модела. (24) Та одступања су ишла углавном на рачун јасности законика, па чак и формулисању неких одредаба које нису имале одређени смисао. После овога, проф. М. Константиновић је, критикујући настојања да се за основу нове јединствене кодификације узме Аустријски грађански законик, закључио: „Да се аустријско грађанско право уведе у Србију, кнеза Милоша било је потребно извесно настојање и извесна активност са аустријске стране; да се то право уведе у Југославију после слома Аустрије одлучили су Југословени, меродавни фактори по сопственој иницијативи". Нешто даље после изношења извесних мана тога законика се закључује: „Са свим својим манама Аустријски грађански законик је добар за Аустрију, у то нема сумње, и то није у противуречности са оним што смо мало час рекли о његовој унутрашњој вредности. Јер, право једне заједнице не састоји се ни из далека искључиво из текстова законика. Текстови су само подлога за судско тумачење, које их далеко превазилази. Тако се и у Аустрији у току више од једног столећа развијала једна судска пракса која је, према захтевима стварности и потре-

(23) Др Михаило Константиновић: Југословенски грађански законик (Аустријски или Црногорски законик?), „Правни зборник", Подгорица, број 2 и 3, август—септембар 1933. године.

(24) Др Михаило Константиновић: Југословенски грађански законик, стр. 70 — 73.

бама живота, неке текстове Законика оставила без практичног дејства, док је другима, раније скоро непримећеним текстовима, дала ванредно велики значај." (25)

Истичући потребу доношења Законика који би одговарао нашем друштву и био створен за потребе наших народа, закључује: „Усвајање аустријског грађанског права представља национално-политички једну погрешку. Југославија треба да има југословенски законик, створен према потребама Југословена." (26) Пошто су многи истицали да би усвајање аустријског грађанског законика као основе за нови југословенски законик било врло корисно и због обимне праксе судова која је настала његовом применом у току стопедесетогодишњег постојања. У вези с тим мишљењима проф. М. Константиновић је изнео један значајан став: „Затим судска пракса вреди ако се формира постепено и у смислу назора и потребе наше средине. Ма колико била интерсантна, туђа судска пракса не сме бити пророчанство за нас. Иначе, страна пракса и литература, ако се иде за њиховим потраживањем, изазивају стерилност код имитатора, уместо да му погоду." (27) Професор М. Константиновић је имао у виду потребу релативно брзог доношења законика, јер је било прошло више од десет година од почетка рада на преради Аустријског грађанског законика као основе за нови југословенски грађански законик, а таква основа није била још израђена, па је због тога и био да се нађе једно прикладно решење које неће захтевати много времена. У том смислу он износи своје мишљење и предлог: „Ако одбацимо Аустријски грађански законик то не значи да за основ нашег будућег грађанског законика треба да усвојимо неки други страни грађански законик. То не значи, такође да треба да приступимо изради потпуно новог и оригиналног законика." Затим предлаже решење овога значајног питања, пошто је претходно дао карактеристике Богишићевог Општег имовинског законика и на крају закључује: „Из целе ове дискусије излази да би за основ нашег будућег грађанског законика требало узети Црногорски имовински законик. Само тако бисмо могли имати у скорој будућности законик који би задовољавао све услове доброг законика: одговарао би нашем народу и био у сваком погледу на достојној висини." (28)

Идуће године, 1934. објављена је Предоснова грађанског законика. Ова предоснова је била верзија новелираног Аустријског грађанског законика. Истина, верзија је била нешто мало прилагођена нашим потребама. Међутим, и даље је то био један неадекватан нацрт законика, који гледано у целини није одговарао нашим потребама. У предоснови се ишло и ка некој новој терминологији, која је понекад потпуно неразумљива. Тако, на пример, термин „увети" који би требало да значи „услови". Наравно, хтело се од речи „увјети" да створи одговарајућа реч, одговарајући правни термин, али који је, нажалост, као такав и у једној и у другој варијанти нашег језика остао неразумљив. (29)

(25) Др Михаило Константиновић: Југословенски грађански законик, стр. 73 — 74.
(26) Др Михаило Константиновић: Југословенски грађански законик, стр. 74.
(27) Др Михаило Константиновић, н.д; стр. 76.
(28) Др Михаило Константиновић: н.д., стр. 78.
(29) Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, текст, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд, 1934, стр. 140 — 141.

Стицајем прилика предоснова није постала законик и требало је да прође 44 године да се дође до јединственог имовинског законика. У послератном периоду дошло је до аброгације свих наведених прописа из области грађанског права и прописа о промету робе и услуга на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. ([30]) Међутим, решења у тим прописима су се сагласно члану 4. поменутог закона могла примењивати као правна правила под одређеним условима — да та материја није уређена позитивним правним прописима и да нису у супротности са начелима уставног поретка. У том смислу проф. М. Константиновић указује да правна правила нису тврда правила закона, већ много мекши материјал, који је дат судији да се њиме послужи како је најбоље могуће ради попуњавања празнине настале глобалним одузимањем правне снаге свим рачијим прописима. ([31])

5. *Полазне идеје проф. М. Константиновића.* — Основне тачке програма за кодификацију облигационог права професор Константиновић је поставио релативно рано. Изгледа да је то било почетком тридесетих година када је почела расправа о доношењу Грађанског законика. Тада се поставило питање какав Законик донети. У већ поменутом чланку професор Константиновић се о томе изјаснио на следећи начин: Законик треба да одговара нашим условима и треба да у сваком погледу буде на достојној висини. ([32]) И продужавајући у овом правцу предложио је да се за основ Законика узме Општи имовински законик за Црну Гору.

Већ тада као што видимо професору Константиновићу послужио је као узор метод Валтара Богишића и његово дело. Угледање на рад нашег знаменитог правника неће никада ослабити. У разним приликама ([33]) и различитим поводима професор Константиновић ће му се стално враћати.

Уколико је време одмицало, постојало је све више видљиво да Општи имовински законик неће бити прихваћен као основа за доношење Закочика, а смањивали су се изгледи да уопште дође до доношења било каквог Грађанског законика. Од тога времена професор Констатиновић почиње да испитује дубља обележја методолошког поступка Валтазара Богишића. Пошто више није било нада да ће општи имовински законик бити основа за доношење новог Законика, идеја водиља постаје истраживање метода рада Валтазара Богишића, како би та искуства могла послужити да се једног дана донесе кодификација која ће у новим условима бити оно што је био Општи имовински законик за Црну Гору поткрај XIX века.

([30]) „Службени лист ФНРЈ", бр. 86/1946. годину.

([31]) Др Михаило Константиновић: Стара „правна правила" и јединство права, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1957, стр. 434.

([32]) Константиновић М.: Југословенски грађански законик (Аустријски или Црногорски законик?), Правни зборник Подгорица (Титоград) бр. 2 — 3/1933, стр. 78.

([33]) Тако на пример у записнику са седнице Општег семинара за грађанско право, Правни факултет у Београду од 4. новембра 1938. године можемо прочитати. „Уводну реч одржао је проф. Константиновић. Програм рада ће бити, у главном, као и раније само ће се нарочита пажња обратити обрађивању тема из Општег имовинског законика за Црну Гору"; Упоредити много година доцније: Предговор за Швајцарски законик о облигацијама, Београд 1976, стр. 9.

Тај преокрет видљив је већ у чланку: Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву из 1938. године. Проф. Константиновић у њему истиче: „Главна одлика методе Богишићеве при обради обичајног права је у томе да се природа сваке установе има проучити на основу најпозитивнијих података". Он непрестано подвлачи потребу изучавања факата. „Изближе погледати на ставр", „изучити позитивна факта" су изрази који се врло често налазе под његовим пером. На тај начин Богишић је тежио да праву одузме карактер често пута стерилне технике и попне га на степен науке". (34)

Професор Константиновић је прихватио овај метод брижљивог испитивања позитивне правне грађе, али са једном изменом. Док је за Богишића ова грађа била сконцентрисана у обичајном праву, професору Константиновић ју је налазио у судској пракси. И зато је он у дугом низу година своје наставничке делатности поклањао посебну пажњу изучавању судске праксе. Општи семинар за грађанско право на Правном факултету у Београду којим је професор Константиновић руководио од свог доласка у Београд, био је једна врста лабораторије у којој су пажљиво испитивана решења и образложења судских одлука. (35)

Метод који је био примењиван у раду састојао се у анализи примене правних правила на одређени случај који је био решен судском одлуком. Анализа је почињала тако што су утврђиване чињенице и одвајане релевантне од ирелевантних чињеница. Следило је правно квалификовање чињеница, утврђивање шта свака појединa чињеница правно значи, затим се истраживало која се правна питања постављају у том случају и на крају потом су давани одговори на постављена правна питања.

Овакав метод омогућио је да се сагледају спорна питања у нашој судској пракси и да се савладају проблеми који се постављају у припреми овакве кодификације.

6. *Ослањање на резултате судске праксе.* — Када се припремају велике кодификације које треба да изразе правну свест одређене друштвене заједнице, рад редактора не полази од почетка. Они се ослањају на дело својих претходника. Најпре су у једном дугом историјском периоду, у стотинама и хиљадама случајева испољава схватање друштвене средине о томе шта је у конкретној ситуацији право а шта не. Потом следи научна обрада случајева који су решавани пред судовима, и утвр-

(34) Константиновић М.: Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву, Социолошки преглед, I, Београд 1938. год, стр. 279.

(35) „Отуда, краз више десетина година, није било ниједне значајније одлуке наших судова која би измакла његовој пажњи и критичком осврту. Стотине радова читаних на Општем семинару за грађанско право на Правном факултету у Београду имали су управо за предмет анализу и оцену — решења и образложења судских одлука, и то на један начин који је био јединствен на нашем Факултету и који је годинама окупљао многе правнике који су долазили да користе ту проф. Константиновића својствену методу рада. А после сваког таквог рада његових постдипломаца — слушалаца магистарских и докторандских курсева — следило је изванредно теоријско продубљено излагање проблематике на коју се односила обрађивана судска одлука, тако да је такав рад представљао једно специфично уопштавање и теоријско образлагање, по правилу критичног карактера, „наше правне праксе сагледаване и изражаване кроз судске одлуке". Благојевић Т. Б.: Предговор издавача за књигу Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1969. год., стр. 5 — 6.

бивање правила која се могу извући из судске праксе. Тек тада постаје могућа кодификација. Законик израста на основама постојећег права. Редакторима остаје да формулишу правила и да их ускладе у непротивречну целину.

Порталис, један од твораца Француског грађанског законика, говорио је: „Законици народа настају са временом, али уистину говорећи, они се не праве". (36)

Редактори Француског грађанског законика могли су да заврше поверени посао у кратком року од четири месеца, јер су имали на располагању дела Потијеа и других претходника који су на систематски начин обрадили огроман правни материјал.

Слично је било и у случају Јустинијанове кодификације. Када је Трибонијану и његовим сарадницима било поверено да израде Digesta и да у том циљу проуче дела класичних римских правника, они су имали на располагању готове резултате посла који су предано и стрпљиво обавили пре њих професори права Бејрутске школе. (37)

Два од ова три задатка морали су у нас да решавају готово сами Валтазар Богишић и професор Константиновић. И један и други нашли су се пред правном грађом коју је требало најпре проучити и научно обрадити па тек потом приступити изради законика.

Међутим због различитих друштвених прилика у којима је кодификација настајала, разликовао се и правни материјал на коме је почивала израда законика. У Црној Гори у Богишићево доба то је било обичајно право, у нашим условима то је била судска пракса. Познато је због чега је то било тако. Услед дубоких друштвених промена до којих је дошло у социјалистичкој револуцији, читаво законодавство предратне државе изгубило је правну снагу (Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације од 23. октобра 1946. године). Али оно није могло одмах и у потпуности да буде замењено новим законодавством. Истина донети су поједини закони (најпре у породичном праву а затим и закон о наслеђивању) али је кодификацију у области облигационог права тек требало припремити.

Ево како је професор Константиновић о томе говорио када је образлагао свој преднацрт Законика о облигацијама и уговорима (који ће доцније незнатно прерађен објавити као Скицу).

„Приликом израде нацрта Законика о облигацијама руководећа мисао при избору материјала и критеријум при тражењу решења појединих питања били су потребе наше праксе. Стално се имало у виду да законик треба да садржи правила за правно каналисање промета добара и услуга. Због тога је главни део материјала узет из нашег прав-

(36) Portalis: Discours préliminaire, Fenet. Recueil complet des Travaux préparatires du Code civil, t. I, Paris 1827., str. 476.

(37) Упоредити: Konstantinovitch M.: Le periculum rei venditae en droit romain, these pour le doctorat, Lyon 1923, стр. 298; Eisner—Horvat: Rimsko pravi, Загреб 1948, стр. 91 — 92.

ног живот, поглавито из наше судске праксе. Тај материјал је обрађиван и пренесен у чланове законског нацрта". (38)

Разумљиво је стога што је рад судова добио тако важну улогу, а метод који је проф. Константиновић употребљавао раније за научну обраду права, постао толико драгоцен у припреми кодификација.

Судска пракса омогућавала је степено изједначавање права у нас. Видели смо каква је подељеност у том погледу постојала пре рата. Било је мишљења и после ослобођења да судови и даље треба да на сваком подручју примењују само правна правила која су важила на том подручју. Професор Константиновић се супротстављао том схватању. Он је истицао да чињеница што судови могу да примењују правна правила предратног права као мекши материјал може бити искоришћена у једном вишем циљу, у циљу стварања јединственог правног система у нашој земљи. (39)

По његовом мишљењу „ослабљена снага правних правила и уставна тежња ка јединственом правном систему дозвољава судији да води рачуна не само о правним правилима свог подручја, већ и о правним правилима других подручја. Није претерано рећи да га оне упућују на то да ако су правна правила разних подручја противречна, изабере оно које најбоље одговара нашим потребама." (40).

С друге стране судска пракса је представљала гипки облик стварања права. У њој су могле да дођу до изражаја нове тежње у праву још пре него што су биле формулисане у позитивним законским текстовима. Она је такође омогућавала да се сагледају и упореде различита решења и да се међу њима траже најбоља и најпогоднија правила за наше ново право.

Наравно, то није био нимало једноставан посао. У хиљадама одлука које су доносили судови било је доста лутања и грешака. Велика заслуга професора Константиновића је у томе што је у овом разуђеном и флуидном правном материјалу успевао да нађе чврст ослонац. Тај ослонац представљала су општа правна начела и она су му послужила као критеријум према коме је испитивао становишта изражена у судској пракси. Тако је чинио када је, критикујући поједине делове образложења, у једној одлуци Врховног суда Србије истицао да је њена „доктрина иначе сагласна са основима нашег права." (41)

Исто тако је чинио и кад се није слагао са становиштем суда као на пример у овом случају: „Оно што је нарочито у овој пресуди то је да се у њој подвлачи да ни по посебним прописима ни по општим правилима вереник који је раскинуо веридбу својом кривицом и тиме проузроковао штету другом веренику или његовим родитељима не може

(38) Константиновић М.: Образложење Преднацрта законика о облигацијама, Општи део, Београд, јули 1966. године, стр. 1.
(39) Константиновић М.: Стара „Правна правила" и јединство права, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1957, стр. 434 — 435.
(40) Константиновић: Стара „правна правила" и јединство права, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1957, стр. 435.
(41) Константиновић М.: Природа уговорне казне — смањење од стране суда. Анали Правног факултета у Београду, бр. 2/1953, стр. 215.

одговарати за ту штету... То би значило да на овоме терену не важи једно од највећих и најважнијих начела нашег права". И онда је долазила значајна констатација: „Српски грађански законик престао је да важи као закон, али начело одговорности за проузроковану штету није престало да важи". (42)

Тако су се токови судске праксе све више усклађивали са општим начелима нашег права. Али су истовремено бројна правна правила била темељито преиспитана у овом значајном раду судова. Захваљујући тој пракси судова лагано су настајала нова правна правила која су све више одговарала нашим новим потребама.

7. *Ослањање на достигнућа у упоредном праву.* — Али није довољно да законик изражава правна схватања средине у којој је настао. Може се десити да та схватања нису на висини, оних резултата које је постигао развој права у другим земљама. Потребно је стога да законик испуни и други услов да буде у сваком погледу на достојној висини. Да би то могао постићи потребно је да редактори прате достигнућа упоредног права и нарочито искуства из стварања најмодернијих законика.

Као и Богишић, пре њега, професор Константиновић је био свестан те потребе и он ју је у више махова изразио још пре него што је приступио изради Скице за законик о облигацијама и уговорима.

Отуда када окренемо поглед ка Скици за законик о облигацијама и уговорима, запазићемо да поједине формулације, правила па и читаве установе подсећају на стране узоре.

Тако ће француском правнику бити блиска правила о одговорности за проузроковану штету у којима се захтевају три услова: штета, кривица и узрочна веза (а изостављa противправност као услов за деликтну одговорност) (43) као и изрека о одговорности по основу кривице: Ко другоме проузрокује штету својом кривицом, дужан је накнадити је. (44) Слично ће бити са правилима о основу уговора или са онима о вршењу дужникових права (45) или са изреком: Изузима се случај преваре (46) и неким другим.

По много чему, Скица за законик о облигацијама и уговорима може подсетити на Швајцарски законик о облигацијама. У Скици се као и у Швајцарском законику о облигацијама налазе правила не само грађанског него и привредног (трговинског) облигационог права. (47) Исто

(42) Константиновић М.: Правна дејства веридбе, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3/1954, стр. 326.

(43) Упоредити: „... При испитивању да ли је лице које је проузроковало штету криво треба истражити да ли се оно понашало како је требало, при чему треба водити рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима. Критеријум је објективан. Са овако схваћеном кривицом непотребно је истицати противправност као засебан услов одговорности". Константиновић М.: Образложење Преднацрта законика о облигацијама, Општи део (Преглед основних идеја и појединих одредаба Преднацрта). Београд, јули 1966, страна 15, стр. 42).

(44) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, чл. 123. став 1.

(45) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, чл. 226.

(46) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, чл. 552. став 3.

(47) Упоредити: Константиновић М.: Унификација привредног и грађанског права, реферат за саветовање: Место Цивилног кодекса у систему нашег права, Београд, 7, 8. и 9. мај 1969, стр. 6; Константиновић М.: Предговор за Швајцарски законик о облигацијама, Београд 1976, стр. 8.

тако и у Скици као и у Швајцарском законику изједначење ових правила није доведено до краја. Поред општих правила која се примењују на уговоре које могу закључивати грађани постоје и посебна правила која се примењују на уговоре у привреди. Слично је и у Швајцарском законику о облигацијама у коме поред општих правила заједничких за све, постоје и посебна правила која се примењују само на облигационе односе настале у привреди.

Уз то распоред грађе у Скици најближи је распореду који је прихваћен у Швајцарском законику о облигацијама. Исто тако у појединим правилима може се уочити утицај швајцарског права (нпр. правила о понуди и преговорима итд. као и правила о застарелости која се додуше не налазе у Скици него у раније донетом Закону о застарелости потраживања, одакле су са малим изменама унета у Закон о облигационим односима).

Немачки правници препознаће у Скици поједина правила карактеристична за Немачки грађански законик као например: зеленашки уговор, ([48]) конверзију, ([49]) правила о преузимању дуга ([50]) приговор неиспуњеног уговора ([51]) итд. Изгледа да су и поједина правила о уговору о закупу израђена по угледу на Немачки грађански законик, нарочито правила о отказу без отказног рока. ([52])

И правници из неких других земаља могли би тврдити да су поједини појмови или правила преузети из њихових правних система. Англосаксонски правници би могли рећи да разликовање повреда уговора ([53]) на небитне и битне (fundamental breaches of contact) као и стандарди разумно лице ([54]) (reasonable man) и разуман рок ([55]) (within a reasonable time) потичу из Common Law-a.

Италијански грађански законик могао је инспирисати професора Константиновића да у једном тексту изложи правила и грађанског и привредног права ([56]) (мада је вероватније да је као пример послужио Швајцарски законик о облигацијама) као и да унесе институцију уступања уговора. ([57])

Посебан значај за решења прихваћена у Скици имају Једнообразни закон о закључењу уговора о међународној продаји телесних покретних ствари и Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних

([48]) Скица за законик о облигацијама и уговорима, члан 108 (Упоредити Немачки грађански законик § 138 став 2).

([49]) Скица за законик о облигацијама и уговорима, члан 83; Немачки грађански законик § 140.

([50]) Скица за законик о облигацијама и уговорима, чланови 371 — 375; Немачки грађански законик §§ 414 — 419.

([51]) Скица за законик о облигацијама и уговорима, чланови 90 — 91; Немачки грађански законик §§ 320 — 322.

([52]) Скица за законик о облигацијама и уговорима, чланови 540, 544, став 1 и 548, као и члан 557 став 1; Упоредити § 553, § 554, ст. 1 тачка 1 и § 544 Немачког грађанског законика.

([53]) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, чланови 95, 417 и 418.

([54]) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, члан 95.

([55]) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, чланови 94, 418.

([56]) Константиновић М.: Унификација привредног и грађанског права, реферат за саветовање „Место Цивилног кодекса у систему нашег права, Београд 7, 8. и 9. мај 1969. године, стр. 1 и 5 — 6.

([57]) Скица за Законик о облигацијама и уговорима, чланови 112 — 114; упоредити Италијански грађански законик, чланови

ствари израђени на дипломатској конференцији у Хагу 1964. године. Професор Константиновић, који је и сам учествовао у раду конференције, имао је високо мишљење о вредности правила која садрже ови закони.

По његовим речима: „У њима се налазе решења великог броја питања из области уговора о продаји, најважнијег правног инструмента промета, али се многа од њих решења могу генерализисати. Тако је управо урађено у овој скици, у којој је прихваћен известан број одредаба хашких униформних закона и проширен на све или још неке друге уговоре". (58)

Значај ових закона, а нарочито Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари је у томе што су они били корак на путу ка унификацији правних правила у области међународне продаје. Редактори овог закона настојали су, по речима једног од истакнутих учесника у раду Хашке конференције, да омогуће привредницима да приликом закључивања уговора о продаји примењују само два система правних правила — национално право за уговоре у унутрашњем промету и једнообразно право за уговоре у међународном промету. (59)

Професор Константиновић је имао пред очима још амбициознији циљ, да нашим привредницима омогући да у уговорима о продаји примењују истоветна правила без обзира на то да ли уговоре закључују у домаћем или међународном промету. Ево како је то настојање изразио у образложењу одредаба о раскиду уговора због неизвршења:

„...Двојство права може збунити привреднике који не располажу специјалном и висококвалификованом правном службом. А како су одредбе једнообразног закона несумњиво добро израђене и о њима су се и правни и привредни кругови изразили повољно, наш нацрт (који је доцније постао Скица — примедба М. О.) је усвојио начела једнообразног закона, а неке његове одредбе прихватио дословно". То је случај са раскидом уговора због неиспуњења, с том разликом што се једнообразни закон односи само на продају, а нацрт протеже исте одредбе на све двостране уговоре". (60)

Иако се ова очекивања нису у потпуности испунила ни на међународном ни на унутрашњем плану (правила у области међународне купопродаје доживела су даљу еволуцију, а на другој страни редактори Закона о облигационим односима одступили су у појединим питањима од решења садржаних у Скици) рад професора Константиновића није остао без резултата ни у овој области.

Захваљујући чињеници што су и за наше унутрашње право била предложена правила из Једнообразног закона о међународној продаји

(58) Константиновић М.: Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Претходне напомене, Београд 1969, стр. 8.

(59) Тунц, А.: Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари, Правни живот бр. 3/1978., стр. 5.

(60) Константиновић М.: Образложење Преднацрта законика о облигацијама, Општи део, Београд, јула 1966, стр. 12.

и наша шира правничка јавност упозната је са модерним тежњама у овој важној области права и наши правници су овладали појмовима садржаним у правилима о међународној купопродаји.

У правилима о којима је било речи као и у неким другим правилима предложеним у Скици, свакако се могу препознати страни утицаји. Професор Константиновић је и сам говорио о томе да се служио позајмицама из страног права. (61)

Али утицаји не значе рецепцију а позајмице не значе имитацију. Пре би се могло говорити о томе да су поједине идеје инспирисале професора Константиновића да и сам предложи у Скици слична решења за наше право него да је Скица урађена према овом или оно узору.

Додуше, ако се истражује порекло појединих правила садржаних у Скици, тешко ће се наћи неко које би представљало потпуну новину. Као што је речено, коришћени су резултати теоријских истраживања и без предубеђења чињене позајмице из упоредног права. Али је свака позајмица брижљиво испитивача и проверена је да ли се може прихватити у нашем праву. Због тога су многа правила чије је порекло у страним правима прерађена да би могла да одговоре потребама нашег правног промета.

8. Особености Скице за Законик о облигацијама и уговорима. — Овако прерађена правила ваљало је ускладити са другим правним правилима, а све њих усагласити са основним начелима нашег правног система.

То није био нимало лак посао. Али је управо у томе послу Скица добијала обележја своје оригиналности. Јер када се испитује порекло појединих правила предложених у Скици, тешко ће се наћи неко које би представљало потпуну новину. Махом су то позната решења понекад, као што смо видели и позајмљена из других правних система. Међутим, правила су израђена са таквом минуциозношћу, позајмице уколико их има прерађене у толикој мери, а сва решења сливена у тако хармоничну целину, да се са разлогом може говорити како Скица представља једно уистину оригинално дело, и налази своје место уз остале велике системе облигационог права.

Оно по чему се Скица издваја од већине законодавних текстова у нас јесте непоновљиви стил професора Константиновића. Уместо нагомиланих речи и ужурбаног и нервозног излагања, у Скици се поново јавио мирни, данас већ готово заборављени говор.

Начин на који се излажу мисли у Скици нема ничега од оног манира изражавања по коме су правни текстови на злу гласу. Скица се обраћа читаоцу и упућује му поруку баш онако како нам се чини да бисмо се ми обратили нашем саговорнику. Зато се ту из става у став мисли повезују оним свакодневним обртима који као стилско средство омогућују да се боље уочи смисао правила.

---

(61) Константиновић М.: Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Претходне напомене, стр. 8.

Чисте и јасне мисли саме проналазе свој пут до језичког израза. Правила су изложена без икаквих украса и зато су атрибути ретки.

Ево како је сам професор Константиновић о томе говорио:

„У правним формулама није увек потребно рећи све речи; жеља за потпуношћу и прецизношћу може лако да доведе до нејасности". (52)

Оно што је ценио код других професор Константиновић је поставио себи као циљ. Зато је изражавање у Скици језгровито, речи су пробране а стил уздржан.

И у овом погледу, уз неке стране узоре, непосредни претеча професору Константиновићу био је Валтазар Богишић. Њихова дела раздвајају временски размак од деведест година, али је циљ који их је руководио био исти: створити законик у коме ће правна правила бити изложена на једноставан начин и речима које ће бити разумљиве свима.

Редактори Закона о облигационим односима настојали су, а у великом броју случајева и успевали да очувају стил и језик Скице.

9. *Закључак.* — У раду је учињен покушај да се бар у главним цртама прикаже рад на кодификацији имовинског права у последњих деведесет година. Истовремено, писци овога чланка су сматрали за неопходно да у једном скромном виду истакну напоре и труд оних који су највише допринели кодификаторском послу, у првом реду писца „Скице", проф. М. Константиновића. О овом напору би се могла написати читава студија, па и више студија, али имајући у виду намену и карактер овога броја „Анала Правног факултета у Београду", ограничили смо се на овај скромни прилог. Сигурно да о овако изузетним напорима би требало више писати у будуће и то не само да би се одало заслужно признање прегаоцима који су нас задужили, већ и ради подстицања нових снага на даља прегалаштва. Знамо и то да ће нам проф. М. Константиновић, као својим ђацима, замерити што смо указали на његов допринос у овом великом кодификаторском напору, али смо свесно прихватили ризик те замерке, чврсто убеђени да смо недовољно и доста штуро истакли његове заслуге у овом значајном подухвату.

др Радомир Буровић и др Миодраг Орлић

(52) Константиновић М.: Природа уговорне казне — смањење од стране суда, Анали Правног факултета у Београду бр. 2/1953, стр. 214.

РЕЗЮМЕ

От общего имущественного кодекса к закону об облигационных отношениях

— Вклад профессора Михаила Константиновича —

Писатели подчеркивают исключительное значение Закона об облигационных отношениях как первой единственной кодификации имущественного права в течение последних девяноста лет. Дан анализ попыток и стремлений создать единственный кодекс в области имущественных отношений в течение десятка лет. Подчеркивается, что исторически препятсвуемое стремление создать собственное гражданское законодательство постепенно, но верно рушило многочисленные препятствия. Довоенный правовой мозаик продолжил свое действие и после социалистической революции и в течение нашего социалистического строительства. Основной идеей в работе над Законом об облигационных отношениях и то от самого начала работы над этим великим мероприятием, было то, чтобы это был закон, последовательно отражающий потребности нашего социалистического самоуправительного общества. Писатели эту основную идею связали с ведущими идеями Общего имущественного кодекса с 1888 года, оригичального произведения, возникшего на нашей почве и осуществленного нашим известным юристом и профессором Бальтазаром Богишичем.

Писатели подчеркивают, что несмотря на то, что эти два великих закона разделяет период круглых девяноста динамических лет, юридические цели, стремления и метод обработки остались довольно близки. Обе кодификации отличаются стремлением, чтобы эти законы соответствовали конкретному обществу, адекватно регулировали и повышали общественные отношения, без чужого влияния и вмешательства. В отношении выработки этих текстов можно найти большие сходства. Длительная работа двух отличных юристов и ученых и в первом и во втором случае сыграла огромную роль. Речь идет о Б. Богишиче и М. Константиновиче.

В статье авторы пытались доказать связь в концепции между указанными кодексами, и особенно между Общим имущественным кодексом и „Проектом для кодекса об облигациях", подготовленным и объявленным проф. М. Константиновичем в 1969 году, который послужил основой для Кодекса об облигационных отношениях. Указывается также и на определенные отличия и особый метод, использованные проф. Константиновичем при работе над проектом, и в частности на исследование богатой судбеной практики и сравнительного права. Проф. М. Константинович начал заниматься вопросами кодификации еще в начале тридцатых годов и проработал над этой исключительно трудной работой полных сорок лет. Только в результате такого великого труда и терпения одного такого талентливого юриста и ученого и великого профессора возможно было создать дело, каким является Проект — основа для нашего Закона об облигационных отношениях, вступившего в силу 1. октября 1978 года.

A SUMMARY

From a general Property Law to the Law on Obligation Relations

— Contribution of professor Mihailo Konstantinović —

Authors underline the extraordinary significance of the Law on Obligation Relations, the first uniform codification of property law in the last twenty years, as they point out. They have given an outline of endeavours to arrive at an uniform code in the field of property relations during several decades. It is emphasised that the efforts to create individual civil legilature have been hindered to such an extent through history, that it was a great achievement ot have gradually but surely overcome these obstacles. The pre-war legal mozaic continued to operate after the socialist revolution as well, during our socialist reconstruction and development period. The principal idea in the work on the Law on Obligation Relations has, from the beginning of the actual work on the huge project, been the intention that it should be a law which would be able to consistently reflect the needs of our socialist self-goverment society. Authors have connected this principal idea with the guiding thoughts of the General Property Act of 1888, which was an original product of our environment derived from the efforts of our renown jurist and professor Valtazar Bogišić.

Authors emphasise that inspite of the fact that these two significant laws are separated by a time span of some ninety dynamic years, the legal aims, aspirations, even the method of writing are to a large extent similar. Both codifications are characterised by the aspiration to represent laws corresponding to the contemporary society, adequately regulating and promoting (fostering) development of social relations, without foreign influence and intervention. As to the method of writing, these texts seem to be quite similar. The long years of work applied by two extraordinary legal minds and scientists in both cases have played a decisive role — notably V. Bogišić and M. Konstantinović.

It is the intention of the article to prove the conceptual links between the mentioned laws, and especially between the General Property Act and the „‚Sketches' for a Law on Obligations", prepared and published by professor Konstantinović in 1969, which formed the basis for the Law on Obligation Relations. It has also been pointed to the differences and the specific method used by professor M. Konstantinović in his work on the „sketch", especially his investigation of the abundant court practice and comparative law.

Professor Konstantinović began work on the problems of codification at the beginning of the thirties, and continued for a full forty years. Only such patient work, of an undoubtedly talented jurist, scientist and great professor could have been able to create works such as „the Sketch" — the basis for the Law on Obligation Relations which became effective as of 1. October 1978.

RÉSUMÉ

Du Code general des biens de la principaute du Montenegro a la Loi sur les Obligations

— Contribution du Professeur Mihailo Konstantinović —

Les auteurs soulignent l'importance exceptionnelle de la Loi sur les Obligations en tant que première codification originale du droit civil depuis 90 ans. Ils brossent ici un tableau des tentatives et de la volonté d'en arriver à un code unifié de droit civil au cours de plusieurs dizaines d'années. Cette volonté de créer une codification a permis de surmonter petit à petit mais sûrement les nombreux obstacles qui se sont présentés. Le mosaïque juridique d'avant-guerre s'est prolongée après notre Révolution et au cours de l'édification socialiste. Depuis le début, l'idée fandamentale dans l'élaboration de cette oeuvre juridique c'était que ce soit une loi correspondant fidèlement aux besoins de notre société socialiste autogestionnaire. Les auteurs ont évoqué les idées similaires ayant inspiré notre éminent juriste et professeur Valtazar Bogišić lorsqu'il a élaboré cette oeuvre originale qui est le Code Général des Biens de la Principauté du Monténégro de 1888.

Les auteurs soulignent que, malgré le fait que ces deux grands Codes aient été séparés par quatre vingt dix années dynamiques, les buts juridiques, les tandances ainsi que la méthode de réalisation sont assez proches. Ces deux codifications ont ceci de commun qu'elles tendent à être des lois correspondant à une société concrète, à des rapports sociaux adéquatement régularisés et promus, sans influence et ingérence étrangères. Pour ce qui est de la méthode d'élaboration ces textes ont de nombreux points communs. Le travail de longue haleine de deux juristes et chercheurs remarquables, V. Bogišić et M. Konstantionvić y a joué un très grand rôle.

Dans l'article, les auteurs se sont efforcés de prouver le rapport conceptionnel existant entre les Codes cités, et surtout entre le Code Général des Biens de la Principauté du Monténégro et de „Projet de Code des Obligations" préparé et étité par le Proffeseur Konstantinović en 1969, et qui a servi de base au Code des Obligations. Ils évoquent la méthode utilisée par le Prof. Konstantinović qui consistait en une analyse minutieuse de la jurisprudence et en une étude approfondie du Droit Comparé. C'est dès les années trente que le professeur Konstantinović s'est attelé aux questions de codification pour y travailler plus de quarante ans. Ce n'est qu'avec un travail de ce genre, à la patience exceptionnelle, d'un juriste particulièrement doué, d'un grand chercheur et professeur qu'a pu voir le jour une oeuvre telle que le Projet — basse pour notre Code des Obligations qui est entré en vigueur le 1er Octobre 1978.

„СКИЦА" МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

Први део овог прилога представља нешто скраћени чланак, објављен у часопису „Гледишта" (бр. 10 из 1969.), који на предлог Редакције дајем, придружујући се обележавању доношења Закона о облигацијама и одавању почасти једном професору, који је на све нас, посебно на правнике наше генерације, оставио неизбрисив утицај.

I

Једна од најважнијих и најчаснијих дужности правника је учествовање у стварању права. Та дужност данас у нашем систему права није само привилегија одабраних експерата чији је задатак да преточе вољу највиших органа у параграфе; она припада широком кругу лица, често и лаика, који учествују у оном што се назива нормативна делатност радних организација. На жалост, закашњавајући за потребама живота, што је општа одлика нашег школства, наставни програми правних факултета не предвиђају као посебну дисциплину методологију и технику стварања норми, иако о томе постоји знатна литература. (1)

Кодификовање права је обично велики догађај у животу једног народа. Наполеон је свој Грађански законик сматрао делом достојним веће славе од победе у четрдесет битака. Овај законик заиста, заједно са аустријским, немачким, швајцарским грађански законицима, чини камен темељац не само правне већ и културне историје. За Јустинијанов кодекс је речено да је највише читана, коментарисана и цитирана књига у историји науке, једно од најзначајнијих дела у историји европске цивилизације. (2) Већ овде наилазимо на једну неправду — неправду у самим називима ових зборника. Јустинијанов Corpus iuris civilis носи

---

(1) Angelesco, La technique législative en matière de codification civile, Paris, 1930; Savatier, L'art de faire les lois — Bonaparte et le Code civile, Paris, 197; Gény, La technique législative dans la codification civile moderne, чланак у „Le Code civil, livre du centenaire, t. II, Paris, 1904; Kocourek, Four principles of legislation, Studi filosofico-giuridici, II, Milano, 1929. Од домаће литературе наводимо: Лукић, О неким проблемима кодификације, Архив, 1954/2; Поповић, Приручник о нормативним актима радних организација, Београд, 1968; Вуковић, Нормирање правних прописа, Загреб, 1966; Место и улога нормативне делатности радних организација у правном систему СФРЈ, материјали са симпозијума у Опатији, Београд, 1967.

(2) Предавање М. Казера на Универзитетском институту за европске студије, Торино, 1961.

име императора који је наредио да се направи кодекс. Свакако да није за потцењивање визионарство владара који се одлучи на кодификовање, схватајући стварне или измишљене потребе времена. Али се Јустинијан није знојио дугих година рада над огромним зборником који носи његово име. У односу на Наполеонов кодекс, ова неправда је нешто мања, јер је први конзул и учествовао у раду законодавне комисије, при чему му се опраштa што није био ни на половини седница. Каже се како је био присутан „готово на половини седница законодавне Комисије". Судбина стваралаца кодификација је да, радећи нешто што је и одговорно и тешко и значајно, остану анонимни. И заиста, ко, осим стручњака, зна за Трибонијана, Порталиса, Хубера? Изузетак је, можда, име Богишића, творца црногорског Имовинског законика, које ужива заслужену репутацију. Ова неправда само је део општег клањања науке политици, које је утолико мање разумљиво што је конципирано у перфекту и плусквамперфекту. Однос људи од духа и људи од моћи показује и случај Волтера који је позиван на дворове да би за обедом забављао владаре и принчеве својом оштром духовитошћу. Тај гигант XVIII века био је забављач људи који су, сем изузетака, били интелектуални пигмеји.

Већ више година или, још тачније, већ више деценија код нас се говори о потреби кодификације грађанског права. Још у старој Југославији постојао је „правни федерализам најгоре врсте", јер је сваки део од кога је Краљевина СХС створена задржао своје прећашње право. А ти делови су били: две самосталне државе (Србија и Црна Гора), три покрајине из домена важења Аустријског грађанског законика, али свака са својим специфичним варијантама (Хрватска, Словенија са Далмацијом и Босна са Херцеговином) и Војводина, у којој је примењивано мађарско право. Црква је имала знатну надлежност у породичном праву, тако су муслимани могли имати више жена, а католици су се могли женити само једно женом без права на развод. Казанова из Земуна могао је избећи плаћање издржавања за ванбрачно дете ако би трамвајем прешао у Београд, где Српски грађански законик забрањује истраживање ванбрачног очинства. Покушаја унификације је било, али они на нивоу закочника нису никада приведени крају

Федеративно уређење после ослобођења пружило је могућност за разумну комбинацију јединства и различитости у правном систему. У последњих двадесет и пет година развитак нашег права показао је динамику којој тешко да има равне. Због великих промена у нашем друштву, и традиционално стабилни делови правног поретка, као што је Устав, били су два или ти пута из корена мењани. Стога се с правом оклевало у кодификовању грађанског права, а и данас има мишљења да је доношење цивилног кодекса преурањено. С друге стране, све је очигледније да је за суд и праксу неопходно нормативно регулисање имовинских односа на систематски начин. Препреку кодификацији имовинског права, поред динамике односа, представља и лутање наше теорије у неким основним питањима. Нарочито је велика подељеност цивилиста у гледању на институт социјалистичке својине. То ипак не

спречава да се облигационо право, тај „најтехничкији" део права, кодификује. Професор Правног факултета у Београду Михаило Константиновић добио је год. 1960. задатак да направи преднацрт Закона о облигацијама. Он је одлучио да резултат свог рада објави као сопствени пројекат („Скицу") законика о облигацијама и уговорима.

Михаило Константиновић је један од великана наше правне мисли који спаја велику ерудицију са ванредним педагошким способностима. Његова предавања се памте и подражавају. После дисертације из Римског права, објављене у Француској (3) ово је његово најобимније дело. Његови чланци, којих није било много нити су велики по броју страница, расправљају неке кључне проблеме и права су мала ремек-дела правничке прозе.

Константиновић је имао знатног удела у нашем законодавству, нарочито породичном (Закон о браку, Закон о старатељству, Закон о односима родитеља и деце, Закон о усвојењу). Закон о наслеђивању, који је хваљен и у нашој и у страној литератури, његово је дело. Закон о застарелости потраживања такође се може приписати њему: на седници Скупштине предлог овог закона је усвојен уз измену једне једине речи.

Скица за законик обухвата облигације не само класичног грађанскоправног домена (имовински односи грађана у промету) већ и оног што се назива послови привредног права. Такав је случај и са италијанским Codice civile, као и швајцарски Закоником о облигацијама. Преко хиљаду чланова подељено је на два дела: о б л и г а ц и ј е, у коме је реч о настанку, дејству и престанку обавеза, и у г о в о р и, посвећен појединим пословима.

Законик је, према дефиницији, „потпун систем правних норми који регулише једну правну грану или једну област друштвених односа". То је, дакле, систем, правни оквир за читаву област друштвених односа. Потребно је много времена, напора и знања да би се одгонетнуло све оно што је служило аутору као узор или као инспирација, да би се ушло у нити које везују његове делове, да би се наслутио учинак који би његова евентуална примена имала у пракси. Писати приказ значи располагати бар оноликим знањима којима аутор располаже иако је код нас чест случај да се приказ јавља као прво огледање у науци, да приказе пишу асистенти професорима, што је још горе — својим професорима. Такву оцену и коментар ова књига заслужује и вероватно ће је добити, јер су неки наши правни часописи покренули акцију у том смислу. (Нажалост, ово очекивање од пре десет година тек се сада, поводом ступања на снагу Закона о облигационим односима, остварило) Овде ћемо се ограничити на извесне утиске о самој с к и ц и и на размишљања која се односе на кодификацију нашег грађанског права уопште.

Оно што најпре пада у очи, то је језик овог зборника. Језик параграфа не мора да буде досадно сув, како се то обично мисли. Има,

(3) Le periculum rei venditae en droit romain, 1923.

додуше, и таквих текстова. Немачки BGB, писан у једно послереволуционарно време, поседује сву гломазну тежину и досадну прецизност параграфа које су писали експерти за експерте. Насупрот томе, Наполеонов законик, издачак револуције, има изванредно течну и разумљиву реченицу. Стендал је тврдио да је сваког јутра, пре но што би почео да пише, узимао Code Napoléon да би се инспирисао сажетошћу и лепотом фразе. И ова скица је један од текстова који се лако читају и разумеју. Наш познати ентузијаст за нарочито стваралаштво и крајпуташе, песник Бранко В. Радичевић, пун је хвале за њен језик. И поред те чистивости и питкости, осећа се да иза сваког става, чак и иза многих речи, стоји дуго размишљање, да су прсти аутора превртали и Вука, и Дачичића, и Богишића у потрази за најбољим и најизворнијим изразима. Како се једноставно и лепо може говорити о сложеним питањима, уз највећу могућу економију речи, нека послужи као пример чл. 168:

1. Правило је да се нико не може обогатити без основа на туђи рачун.

2. И по томе: Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан вратити га кад је то могуће, а иначе накнадити вредност постигнутих користи.

3. По истом општем правилу: Ко се неосновано користовао туђим, дужан је накнадити вредност постигнутих користи. (4)

Константиновић је себи знатно отежао задатак држећи се два принципа: 1) у једном ставу може бити само једна реченица; 2) нигде нема упућивања на други члан или пропис. Заиста, неки законици су прави лавиринти због упућивања које је често вишеструко, јер се у параграфу на који се текст позива упућује даље на један или више других параграфа. Тако смо принуђени да листамо тамо и овамо, да памтимо делове мозаика који чини једно једино правило. Истих начела се аутор држао и у Закону о наслеђивању, али је овде њихова примена била много тежа јер је текст скице неколико пута већи.

Скица, поред тога, садржи много терминолошких новина. У овом погледу се може упоредити са Богишићевим Закоником, само што је Богишић радио у време када је требало наћи у народном језику термине или их створити у духу језика. Његов стваралачки замах имао је пред собом неограђено поље одсуства устаљене правне терминологије. Скица, међутим, затиче називе који су укорењени те је потребна знатно већа смелост да би се у њих дирало. Поклон је замењен одређеним и лепшим називом дар (поклон може асоцирати и на поклоњење); уместо двосмисленог послуга (кућна послуга, нпр., и послуга у смислу римског commodatum-a) налазимо посуда или наруч; уместо туђице кооперација — сарадња у пољопривреди. Турцизам ортаклук замењен је изразом привредно удружење грађана, а ортак се назива удруженик.

(4) Нажалост, у коначној верзији Закона ове одредбе су замењене другим, ни из далека толико лепим.

Последње може послужити као илустрација како је понекад тешко наћи прави назив. У Хрватској се употребљава удруга. Доситеј је писао: „Орао и лисица учинили су међу собом дружество." Тридесет година касније исправио је то место: „...договре се и согласе". Међутим, Вук је био другачијег мишљења: „Србин би рекао удруже се, здруже се" (Српске народне приповиједтке, Бгд., 1969, стр. 10). Израз привредно удружење грађана изгледа нам најближи овом Вуковом „удруже се". Међу терминолошке новине можемо убројити и уговорник, сауговорник. Поред тога што боље звуче, чини се да боље одговарају суштини, јер уобичајени називи уговарач, сауговорач асоцирају на трајну или учесталу функцију. Сличног је карактера и назив осигурач употребљен уместо осигуравајући завод. Осигуравајући завод је комбинација једног русизма — завод и глаголског придева изведеног из трајног облика (осигуравати). Уговор је о осигурању, не о осигуравању, а теоријски је могуће да се као његова странка, која прима премију осигурања, јави и неко други осим завода. На претресању скице било је примедби да се овај назив употребљава за означавање других ствари (електрични осигурач), што нам се не чини довољно оправданим разлогом.

Пред нарочитим тешкоћама налазио се аутор када је требало наћи реч за ознаку ситуације у којој је и власник у традиционалном смислу и титулар тзв. права коришћења, какво је предузеће које има нека овлашћења над средствима у друштвеној својини. Суштину ових овлашћења наша теорија још није дефинитивно одредила и аутор је срећно избегао контроверзе позајмивши једну реч из Богишићевог Законика — имаоник. Имаоник би, према томе, био грађанскоправни сопственик и титулар социјалистичког права својине. Неки изрази су преузети са других говорних подручја: обвеза (уместо уобичајеног обавеза), страна уговорница, уместо странка. Тиме је у извесном смислу остварено приближавање српске и хрватске правне терминологије. Није се инсистирало на лингвистичком пуританизму и народном термину по сваку цену. Неки страни називи су задржани: комисион, агенција, ревизија, ликвидација, stare del credere итд. Настојало се на концизном и јасном изражавању. То се види већ из наслова појединих одељака. Уместо гломазног „уговор о купопродаји", наслеђеног из пандектистике (emptio-venditio), налазимо једноставно „продаја".

Једна од основних особина скице је тежња да се обезбеди еквивалентност престација. Између начела: pacta sunt servanda, на једној страни, и правичности у односима између странака, често је ово друго односило превагу. Навешћемо само неколико примера. Кооперанти у пољопривреди могу тражити ревизију уговора ако дође до знатнијег повећања цене пољопривредних производа. Ово је само једна конкретизација принципа да се уговори могу раскинути или изменити због промењених околности (clausula rebus sic stantibus) садржаног у ст. 103. и 104. Сличног је карактера и право закупца земљишта за обрађивање да захтева смањење закупнине када је због временских неприлика: мраза, града, суше, поплаве и сл. смањен принос за више од једне четвр-

тине (чл. 543). Занимљиво је да слично правило постоји још у римском праву, где је такође закупац могао да тражи смањење закупнине због слабе жетве. Суд је уопште добио широко овлашћење да интервенише у име правичности. До сада је таква могућност постојала једино за несразмерну уговорну казну, што закон предвиђа, и за капару, што је дело судске праксе. Скица ово правило проширује на низ нових случајева — видети чл. 664, 787, 829, 950, 955. и друге. То су толико велика овлашћења да им тешко има равних у упоредном законодавству. Англосаксонски систем, у коме иначе суд има велику улогу у стварању права, познаје доста скучен и још недовољно уобличен појам economic duress (у слободном преводу: економска принуда). Француски судови су одиграли велику улогу у прилагођавању Наполеоновог законика новим потребама. И у швајцарском праву стваралачка улога суда и могућност интервенције су широко постављене. Скица се, међутим, не задржава на уопштеним формулацијама, већ предвиђа низ конкретних овлашћења.

Настојање да се спречи искоришћавање другог види се и у томе што је прихваћен и институт неоснованог обогаћења и actio de in rem verso (чл. 168). Теоријски веома занимљив и често расправљан принцип неоснованог обогаћења у пракси заузима далеко скромније место од оног које има у науци. Он се ипак примењује а у послератној судској пракси био је један од основних метода за регулисање права на обештећење жене из ванбрачне заједнице.

Скица напушта један анахронизам који се састоји у реалној форми уговора. Принцип да је уговор закључен тек када је предмет уговора предат, последица је прве санкције ове категорије контраката, засноване на неоснованом обогаћењу. Кондикција се може употребити само ако је ствар прешла у имовину дужника. Овај нацрт законика се определио за консенсуални облик и код традиционално реалних уговора: зајма, послуге, оставе, на сличан начин на који то чини Швајцарски законик о облигацијама. Међутим, и поред опредељивања за једноставност и неформализам, у случају осигурања предвиђен је писмени облик уговора, иако се у пракси ови уговори закључују простим споразумом. Вероватно се у овом случају аутор приклонио потреби да само закључење уговора и његова садржина буду извесни и поуздани.

Појмови случај и виша сила спојени су у један: случај више силе. Овакво спајање је и оправдано. Теорија доста јасно разликује ова два појма, али их је готово немогуће у животу разлучити, а правне последице су готово исте.

Могле би се набројати и друге особености овог зборника које се већ и површним прегледом запажају, али ћемо их оставити по страни.

Каква је вредност појединих решења, какав значај има ова књига у целини за нашу правну науку и праксу? Већ на почетку изразили смо сумњу да се на та питања овде може поуздано одговорити. Ипак ћемо указати на околност која је несумњиво значајна. Познато је колики је број питања о којима нема позитивноправних прописа, нарочито из домена облигационог права. Према казивању неких колега-судија, у оваквим случајевима судови су почели да консултују скицу и да

примењују њена решења. Колико нам је познато, једино су римски правници класичног периода, и то само одабрани, имали привилегију да њихове књиге имају снагу закона. Ако саме судије, а то су они којима је законик у првом реду намењен, примењују одредбе једног приватног пројекта зборника, то је велико признање њеном аутору и сатисфакција за неспоразуме које је можда имао на другој страни и због којих је, вероватно, и одлучио да свој рад за законодавне органе објави на начин како је то учинио.

Посебно је питање колико ће овај зборник имати уплива на будући тзв. цивилни кодекс. Одговор на ово питање још је низвеснији, јер то зависи не само од унутрашњих својстава и квалитета скице већ и од других околности. У првом реду од тога која ће концепција кодификације преовладати.

Садашњи наш тренутак карактерише велики број недоумица које се односе на грађански законик. Најпре она основна — да ли уопште постоје сазрели услови за кодификацију или треба још причекати? Затим, да ли један јединствени кодекс или неколико посебних зборника? О тим и о другим питањима веома се живо у последње време расправља на скуповима и у часописима. Иако су то значајна питања, чини нам се да је основни проблем ипак на другој страни. Он се састоји у односу према устаљеним категоријама грађанског права. Једна група правника, додуше мања, али утицајна, тврди да наш цивилни кодекс треба да буде плод новог самоуправног друштва, у коме ће сва оригиналност наших облика управљања привредом и расподеле добара наћи одговарајуће место. Нарочито се инсистира на томе да право радника на плодове рада мора прожимати све односе и читав цивилни кодекс. Већини цивилиста, која сматра да наш грађанскоправни систем не може битно да се удаљи од традиционалних института, замера се да су конзервативни, оптерећени категоријама римског права и да не воде рачуна о нашој стварности и њеним потребама, које се не могу задовољити застарелим шаблонима.

У свакој револуцији присутна је тежња да се раскине са прошлошћу, да се све изнова почне. Нису ли Французи покушали да уведу ново рачунање времена и да постојеће називе месеци замене другим (fruktidor, brimer, termidor итд.). У нечему се и успело — метар и децимални систем мера пример су за то. Тако је било повике и на рамско право и пандектистичку традицију, која је ишла од Молијеровог исмевања правника који муцајући рецитују Папинијана и Помпонија до мишљења неких цивилиста да би се требало ослободити наслеђа прошлости и створити нешто заиста ново. Приликом редакције Наполеоновог законика, победила је умерена линија. Редактори овог кодекса су рекли да се не може олако одбацити римско право које је „цивилизовало Европу" и да „већина оних који осуђују римско право онолико огорчено колико и олако, грде оно што не познају". (4) Наравно да је и Декларација

(4) Le Code civile, livre du centenaire, I, Paris, 1904, стр. 13.

права човека и грађанина дала боју овој кодификацији, али је добар њен део, нарочито онај „техничког" карактера, био заснован на традицији.

Између буржоаске и социјалистичке револуције постоји једна значајна разлика. Револуција грађанског сталежа је обично завршни чин једног процеса чији је корен у привреди, она уклања политичко здање феудализма и ствара ново које ће одговарати економским односима који највећим делом већ постоје. Насупрот томе, бар у досадашњем току историје, социјализам је ишао управо обрнутим путем — није се из економије стварала политика, него је пролетаријат најпре тријумфовао у освајању власти а затим путем ње прелазио на експроприсање експропријатора и стварање нових својинских односа. При оваквом реду ствари, закони, као акти власти, постају инструмент за преображај друштва. Законодавци, слично филозофима Платонове идеалне државе, постају неимари новог друштва у складу са постулатима једне теорије и идеологије. Ипак, уколико је ово тачно када се има у виду један период непосредно после револуције, касније закони постају све мање „стваралачки", а и у то рано револуционарно време, њихова моћ није апсолутна. Приликом редакције Грађанског кодекса РСФСР из 1922. комисија је добила изричити задатак да „је нужно енергично се борити против покушаја примене принципа римског права на својиске односе совјетске државе". Показало се да је овакву директиву било лакше дати него спровести у дело. Када је био завршен, Кодекс је садржао велики број традиционалних грађанскоправних института. Нови Грађански законик из 1964. год., после педесет година постојања совјетске државе и напора које је уложила правна наука, још у већој мери усваја оне установе које већ две хиљаде година постоје и регулишу имовинске односе везане за коришћење добара и њихов промет.

Слична настојања да се раскине са традицијом постоје и код нас. (5) Нема сумње да неки институти, у првом реду својина, треба и морају да носе печат југословенског самоуправног друштва. Поред института који су везани за суштину и карактер једног друштва, правни систем познаје и многа тзв. техничка правила. Техника уопште, иако су друштвени оквири различити, има неке универзалистичке црте. Начин узимања отисака прстију у Москви вероватно се не разликује од оног у Вашингтону. Тако је и са правом. Облигационо право је најтехничкији део права. И поред тога што је римско друштво било робовласничко, римско облигационо право је могло да се примењује и у феудалној Византији и у средњевековној Италији и у буржоаским државама зато што оно регулише односе слободних људи у промету добара. Класично облигационо право није право ни робовласника, ни феудалаца, ни капиталиста, већ је право промета. Један продавац, без обзира на то да ли живи од рада робова, или је презадужени племић, или фабрикант, или социјалистичко предузеће, има одређену улогу у

(5) Саветовање о основним начелима цивилног кодекса, одржано 7, 8 и 9. маја 1969. Стенографске белешке (реч Л. Гершковића, Б. Благојевића).

промету, одређена права и обавезе. Разлике у овом домену могу постојати, али су оне пре последица историје и амбијента него што су везане за друштвено-економски систем. Вероватно да је већа разлика између англосаксонског и италијанског грађанског права него између мађарског и италијанског.

Начин на који неки чланови наших највиших законодавних тела говоре о грађанском законику наводи на закључак да они у њему виде друго име за устав.

Против овакве концепције наведено је доста аргумената.(6) Најјачи је свакако овај: ма колико биле јасне премисе оваквог поимања цивилног кодекса, заступници његови остају крајње нејасни када треба дати конкретна решења.

Можда би било добро да на крају чујемо један савет историје, а историја је често била учитељица живота (magistra vitae). У сличној ситуацији када је требало приступити кодификацији грађанског законика, Напољеон је рекао: „Завршили смо роман револуције; треба да започнемо њену историју, да видимо шта је реално и могуће у примени принципа, а не шта је спекулативно и хипотетично. Следити данас неки други пут значило би филозофирати, а не владати." (7)

* *
*

Горњи редови написани су пре једне деценије. Данас, када после толико година труда и после четири варијанти нацрта коначно имамо текст Закона о облигацијама, као природно намеће се упоређење *скице* са *Законом,* а самим тим и оцена доприноса М. Константиновића овом значајном кодификаторском подухвату. Наравно, да би се подробно ушло у све сличности и разлике два законска текса, а нарочито да би се упоредила и оценила сва одступања, у једном законском тексту од преко хиљаду чланова, потребан је напор и обим једног магистарског или докторског рада. Овде су изнети само неки утисци.

Од иницијативе за израду нацрта, тачније преднацрта Закона о облигацијама, коју су дали Џемал Биједић, Јосип Хрнчевић и Никола Срзентић, прошло је деветнаест година. Најпре је посао поверен професору Константиновићу, који је, с прекидима, радио на овом пројекту до 1968. године. *Скица за законик о облигацијама* објављена је 1969. године, када је и написан први део овог прилога, као њен приказ. После тога је рад на пројекту преузела једна комисија (Поткомисија Заједничке комисије свих већа Савезне скупштине).

Поткомисија је објавила неколико варијанти нацрта закона: прва, из 1974. била је најобимнија, имала је 1120 чланова, друга, из априла

(6) Видети нарочито реферате и дискусију на поменутом саветовању: М. Бартоша, Ж. Борђевића, Д. Стојановића.
(7) Le Code civil du centenaire, I, стр. XXVII.

1976. 1033 члана (и 53 додата који су се односили на банкарске послове), из септембра исте године — 1108, да би у коначној верзији обим износио 1109 чланова. Већ из ових података се може наслутити колико је било напорног рада, колико разлика у ставовима и колебања. У току рада су повремено тражена мишљења од појединаца и институција.

Важна околност која, је утицала на рад Поткомисије и која је наметнула неке разлике у односу на *скицу*, представља доношење новог Устава и Закона о удруженом раду. Већ су Амандмани одузели савезним органима право на доношење тзв. цивилног кодекса. То је налагало решавање у самом *Закону о облигацијама* неких општијих питања за које се првобитно мислило да ће бити обухваћена цивилним кодексом.

Промена неких елемената нашег уставног поретка, нова подела надлежности између федерације и република, довели су до знатних одступања у односу на *скицу*.

Закон о удруженом раду је у више погледа утицао на Закон о облигационим односима. (8) Два закона чине целину, нека питања која улазе у шире подручје облигационих односа решава или додирује Закон о удруженом раду, а терминолошке и друге новине овог Закона преузео је и Закон о облигационим односима.

Када је *скица* била завршена и поднета Савезној скупштини, прва реаговања неких чланова надлежне законодавне комисије, судећи према стенографским белешкама, била су да је то добар законодавни текст, али сувише „класичан", да недовољно одражава неке специфичности нашег политичког и правног система. Вероватно је ова процена у великој мери утицала на рад Поткомисије, односно радне групе и да је дала печат ставу према *скици*.

Ако пођемо од поменутих околности: од промене у нашем уставном поретку, доношења нових решења неких проблема који су основни у нашем правном систему, као и незадовољства дела комисије неким ставовима *скице*, можемо очекивати велике разлике између прве верзије, коју је дао професор Константиновић, и коначног текста *Закона о облигационим односима*. Поготову ако се узме у обзир протек од десет година у једном друштву које спада међу најдинамичније у свету. Међутим, Поткомисија, касније Група за израду овог закона, иако у неким варијантама нацрта није помињала име Михаила Константиновића, (9) пошла је од *скице*, чак бисмо рекли да је изблиза пратила њен текст, тако да већина промена делује као енклаве, као глосе. Вероватно да однос свих чланова није био исти (било је чак мишљења да *скицу* треба напустити и направити сасвим нови текст), али у целини гледано, став комисије је у знаку једног хипокритског компромиса два опречна става: она је пошла од *скице*, али је истовремено, како нам се чини,

(8) Закон о облигационим односима, издање Службеног листа, Београд, 1978., стр. 9 — 12 (предговор С. Перовића).

(9) У варијанти од јула 1974. последњи пасус уводних напомена тврди да се радило „на основу познате Скице ред. професора универзитета др Михаила Константиновића", а сличну формулацију садржи и први пасус варијанте из априла 1976.: „на основу скице проф. Константиновића".

настојала да се што више удаљи од ње. Тако је настао један хибридни законски текст, који већ називима појединих уговора одаје двострукост ауторства, у коме има неусклађених решења, у коме се одступање од првобитног нацрта често огледа у небитним терминолошким иновацијама. Дешавало се да Комисија измени неко правило које је садржала *скица,* али остави неизмењено друго правило, које је за ово органски везано.

* *
*

И поред свих промена, оправданих или неоправданих, крајњи резултат садржи бар половину текста *скице,* а и у члановима који се разликују често су решења иста, али су нешто другачије формулисана. Ове разлике и новине можемо поделити у три групе: неопходне, прихватљиве и оне треће, које нам се не чини ни неопходним ни прихватљивим.

У *неопходне измене* спадају у првом реду оне које непосредно проистичу из новог Устава. Члан 281. став 1. тачка 4 Устава даје овлашћење да „федерација преко савезних органа уређује основе облигационих односа (општи део облигација) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга". Тиме што је укинуто право федерације да доноси грађански законик (цивилни кодекс) и што је надлежност у области облигационог права сужена на општи део облигација и на послове везане за промет робе и услуга, знатно је измењена концепција Закона о облигационим односима. Она је углавном сужена на послове промета, али у извесном смислу и проширена, јер је требало обухватити неке елементе за које се мислило да ће наћи места у грађанском законику. Тако се, примера ради, у Закону говори о услову и року (чл. 75 — 78), о манама воље (чл. 60 — 66).

Важну новину представља одељак који носи назив: „Основна начела" (чл. 1 — 25). Таква једна новина у складу је са неким тенденцијама нашег законодавства. Извесна општа начела садржала је и *скица,* али их овде има знатно више. Она могу представљати неки општи путоказ за понашање странака у промету или корисну допуну посебних правила, нарочито приликом тумачења Закона.

Будући да њихово регулисање није више у надлежности федерације, већ је препуштено републикама, из *Закона* су изостављене одредбе које говоре о поклону (дару), посуди (наручу), привредном удруженју грађана (ортаклуку), сарадњи у пољопривреди, уговору о доживотном издржавању, доживотној ренти и опклади.

Постоје измене и допуне које су *корисне или прихватљиве.* Овде спада један број нових уговора, за које је *скица* сматрала да спадају у неке шире оквире (нпр. уговор о делу). То су уговор о лиценци, који је заиста у последњој деценији постао чест и важан посао, затим уговор о грађењу, уговор о контроли робе и услуга. Полазећи од све већег значаја коју добија туризам у нашој привреди, и у жељи да *Закону* у већој мери да посебна, југословенска обележја, Комисија и Скупштина

су чак три главе посветили пословима везаним за ову врсту делатности: главу 24. (о организовању путовања); 25. — посреднички уговор о путовању, и 26. — уговор о ангажовању угоститељских капацитета. Око последњих глава, које говоре о банкарским пословима, као да је било колебања. У неким нацртима, нпр. оном из априла 1976., ови послови су додати као прилог, уз напомену да је то илустрација могућег регулисања ове материје. Сада они чине главу 32., 33., 34., 35., 36., 37. и 38. *Закона.*

* *
*

Да укажемо на нека одступања од *скице* у којима не видимо неко побољшање.

Пођимо од терминологије, иако то, наравно, није ствар од превасходне важности. Скица је предвиђала *законик о облигацијама,* а изгласан је *Закон о облигационим односима.* Већ у наслову двоструко одступање. Нису нам познати разлози због којих наши законодавни експерти примењују скромни назив закона на текстове који и по обиму и по значају не могу бити друго до „правни акти којим се на исцрпан начин регулише читава област друштвених односа", односно законик, кодификација. Радна група за овај текст готово редовно у уводним објашњењима говори о „кодификацији нашег облигационог права" (Нацрт из 1974.), тај „закон" има преко хиљаду чланова — све то наводи на закључак да је реч о кодексу, о законику. Тиме се, додуше, остварује терминолошка доследност, јер је и кодификација удруженог рада такође „закон". Могући разлог лежи и у првобитној концепцији по којој је требало донети један „цивилни кодекс" у оквиру кога би постојали поједини закони.

Разлика је и у другом делу назива. „Облигациони односи" уместо „облигације" је израз који је више у складу са једном тенденцијом опширности и стилске расплинутости која се, нажалост, може запазити у нашој законодавној техници. Можда се желело рећи да Закон обухвата комплексне односе у којима су облигације само један елемент, али овакав назив звучи плеонастички, јер се и сама облигација дефинише као однос: правни однос између две странке, од којих једна итд. Као што плеонистички делују називи „Пословник о раду...", јер је у дефиницији пословника већ садржано да је то „правилник о раду". Довољно је „Пословник Скупштине" или „Пословник Савета" итд.

Постоји још једна формална разлика. Док *скица* има следеће називе за веће и мање целине: *део, одељак, глава, одсек, Закон* се служи нешто другачијим називима: *део, глава, одељак, одсек.* Како видимо, замењено је место другом и трећем називу. Да ли је *одељак* термин вишег ранга од *главе,* тј. да ли постоје одељци који се даље деле на главе или је обрнуто — то је у извесном смислу ствар конвенције. Па ипак, ако се пошло од једног преднацрта, не видим неки разлог за ову промену, осим оног двоструког односа према *скици,* о коме је напред било речи.

Иначе, у погледу форме *Закон* се држао неких начела које је професор Константиновић спровео не само у *скици*, него и у неким другим законодавним пројектима на којима је радио. И овде сваки члан има свој назив, сваки став углавном садржи једну реченицу, нема упућивања на други члан. Ако је већ усвојен један добар принцип, а то је: нема упућивања на други део *Закона*, штета што је учињено једно одступање, које није било неопходно: у чл. 54, који говори о уговорима правног лица, у ставу два упућује се на став 1 (!).

Неке терминолошке новине *скице* су усвојене. Уговор је о *продаји*, а не *купопродаји* (глава 7.), путници су *трговински*, а не *трговачки* (члан 75 *скице* и члан 97 *Закона*), што је свакако оправдано, јер припадају трговини, а не трговцима. Нису прихваћени: *обвеза* (уместо обавеза), *уговорник* (уместо уговарач). Назив који употребљава *скица: опозивање дужникових правних послова* замењен је са *побијање дужникових радњи*. Редакторима се исто тако више допало: *пословодство без налога*, које, додуше и скица алтернативно ставља у заграду, али даје предност називу: *незвано вршење туђих послова*. *Пословодство* је ружна и неадекватна реч, али је *вршење* германизам који је доста чест у нас. Можда би: *незвано обављање туђих послова* највише одговарало. Ако водимо рачуна о традицији, назив који употребљава *скица* се чешће среће од *пословодства без налога*.

Постоји још једно значајно одступање *Закона* од *скице* у погледу назива. Скица је сваки одељак именовала врстом посла о коме је реч, испуштајући оно традиционално: *уговор о*... Једино се код уговора о делу одустало од овога, јер је аутор, по свој прилици, осећао да ће само једна реч: *дело* звучати чудно и неодређено, што није случај са продајом, зајмом, оставом и другим трансакцијама. Коначни текст *Закона о облигационим односима* је оставио овакве, скраћене називе за све уговоре које је преузео из *скице*, пропустивши да усагласи терминолошки и називе за оне послове које је додао, тако да на једној страни имамо: продају, зајам, оставу, закуп, налог, комисион, а на другој: уговор о грађењу, уговор о лиценци, уговор о трговинском заступању, уговор о контроли робе и услуга. Тиме је разбијена једнообразност једне концепције, која је за похвалу, а осим тога откривена двострукост извора овог законског текста. Редактори су иначе настојали да терминолошки и стилски усагласе нове делове са оним што је преузето из *скице*, али им је овај „шав", који спаја две целине, промакао.

* *
*

Сваки закон, па и онај који је мањег обима од овог, представља један систем чији су поједини делови вишеструко међусобно повезани. Опште одредбе дају оквир и допуњују оне из посебног дела, прописи о камати чине интегрални део одељка о зајму. Преузевши један део *скице* и додајући му нове чланове, редактори су некад губили ово из вида тако да су неки прописи остали неусаглашени. Тако члан 29 прави

разлику између *дозволе* и *одобрења* на тај начин што сагласност која се даје пре закључења посла назива дозволом, а ону накнаду — одобрење. То као да заборављају чланови 57 и 58 који за *претходно дату сагласност* употребљавају назив *одобрење*, иако је, према чл. 29 требало да стоји: *дозвола*.

Постоји исто тако несклад између члана 538 и 479.

У *скици* је у члану 407 било предвиђено када ће се сматрати да ствар има недостатке, с тим што се различито поступало када се ради о уговорима у привреди. Тај члан је чинио целину са чланом 479. Комисија је изменила и скратила члан 407 (који чини чл. 479 *Закона о облигационим односима)*, али је пропустила да изврши одговарајућу измену у члану 479. *скице*, него га је целог преузела у члан 538 Закона, иако је став 1. тог члана требало брисати, јер се не слаже са изменама и скраћеницама у члану 407 *скице*.

Члан 158 *Закона* дефинише кривицу: „Кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом". Таква дефиниција није довољна ни прецизна. Иако је то субјективна одговорност, у грађанском праву, за разлику од кривичног, појам кривице је објективно обојен. Не улази се у интимни свет учиниоца, не испитују се трауме из младости, комплекси и сл., већ се полази од неких стандарда, модела понашања са којима се упоређује понашање штетника. Тај модел може бити и само понашање штетника у некој другој ситуацији, нпр. када обавља сопствени посао, његов однос према сопственим стварима (culpa levis in concreto). Стога је боља дефиниција коју даје *скица* у члану 127: „При просуђивању да ли је лице које је проузроковало штету криво или не, то јест да ли се понашало како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло очекивати у датим околностима."

Међу новине спадају и чланови од 74. до 78. Редактори су, као што је напоменуто, настојали да сачувају језгровитост и друге особине стила, како би додани делови у том погледу чинили јединство са осталим текстом. Добрим делом они су то и успели. Међутим, члан 74, став 1 гласи: „Уговор је закључен под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице". Да ли због тежње ка концизности или из неког другог разлога, овде је испуштен битан елемената дефиниције услова као *„будуће неизвесне* околности."

Исто тако је нов део који говори о манама воље. Нова концепција *Закона* и другачија подела надлежности између република и савезних органа оправдавају уношење ових чланова. Али је њихово место одмах иза чланова који говоре о сагласности воља, а не иза одредаба о предмету, основу и способности. Овако је остављен као целина део преузет из *скице*, па су додати одељци о манама воље, а нешто даље, о услову и року.

У члану 107 *Закона*, после првог става, који одговара члану 80 *скице*, комисија је додала један нови став, који гласи: „Ако је *забрана била мањег значаја*, а уговор је извршен, забрана се не може истицати." Чини се да је реч забрана сувише категорична, да има императивни

карактер тако да није никако у складу са неким неважним, мање значајним стварима. Какав би то посао био који би законодавац истовремено и забрањивао, а ипак, ако је извршен, и толерисао?

Од члана 234. до 261. *Закон* говори о хартијама од вредности као једном облику једностране изјаве воље. Емисија хартија на доносиоца представља случај настанка обавезе једностраном изјавом воље, али не и издавање хартија на име или по наредби, те им није било места у овом одељку.

Члан 428 *Закона* преузео је текст члана 351 *скице* уз додавање једне речи (потраживања) која више смета и збуњује, него што доприноси бољем разумевању текста. Упоредимо:

„Отпуштањем дуга и новацијом између дужника и једног повериоца смањује се солидарна обвеза за онолико колико износи део тог повериоца" стоји у члану 351 *скице.*

„Отпуштањем дуга и преновом између дужника и једног повериоца смањује се солидарна обавеза за онолико колико износи део тог *потраживања* повериоца" — коригује горњи текст *Закон.*

У члану 519 вероватно се поткрала грешка, те стоји: „Преузимање ствари се састоји у *преузимању* потребних радњи..." Очигледно је реч о *предузимању*, а не преузимању.

Редактори су из неких разлога, који нису довољно јасни, сажели три става члана 331 *скице* у два става члана 410 Закона о облигацијама. У ствари, очи су изоставили други став који говори о престанку обавезе код факултативних облигација када предмет постане немогућ због догађаја за који дужник не одговара. Ипак им се, вероватно техничком омашком у трећем ставу, који говори о немогућности извршења због кривице дужника, поткрало оно „не" из другог става, тако да он сада гласи: „Кад предмет обавезе постане немогућ услед догађаја за који дужник *не* одговара..." А треба: дужник одговара. Заиста крупна погрешка која може задати невоља и теорији и пракси.

Закон је наслов осмог одсека прве главе скратио тако да он сада гласи: *Општи услови уговора*, иако није реч у уговорима уопште, него о формуларним уговорима, што *скица* јасно одређује. Већ у првом члану овог одсека Закон говори о општим условима садржаним у „формалном" уговору, а требало је рећи: *формуларном уговору.*

* *
*

Можда су повод — одавање почасти аутору *скице*, поштовање које према њему осећамо, дали опорији, критичнији тон овом прилогу. Сам угао гледања: упоређење *скице* и *Закона о облигационим односима* наметао је више трагање за манама, него изношење врлина, којих несумњиво има. Као што су и неки недостаци готово неизбежни у тако обимном кодификаторском делу, које ће ипак означити крај неизвесности и несређености у једном важном домену правних, самим тим и људских односа.

др Обрад Станојевић

РЕЗЮМЕ

„Проект" Михаила Константиновича

Первая часть статьи представляет собой несколько сокращенный перечень — разбор проекта Кодекса об облигациях, который десять лет тому назад объявил Михаил Константинович, в настоящее время профессор Юридического факультета на пенсии. В ней особое признание отдается автору, так как он учел все современные тенденции в облигационном законе, дал изложение на ясном и точном языке с очень солидной законодательной техникой так, что — к примеру сказать — в каждом положении содержится одно предложение, любая статья имеет свое название и нет ссылок к другим предписаниям.

Вторая часть посвящена анализу Закона об облигационных отношениях и в первую очередь влиянию проекта Константиновича на окончательный текст Закона, сопоставлению тех решений, которые между собой отличаются, к тому же констатируется, что необходимо было совершить некоторые изменения в связи с тем, что в это время произошли ограничение компетенций федерации и пренос солидной части договоров в компетенции республик (подарки, обслуживающий персонал, договор о пожизненном содержании и другие).

С другой стороны, из-за отказа от принятия Гражданского кодекса Закон включил в свои статьи и регулировку некоторых общих вопросов как н.пр. условие, срок, недействительные правовые дела и общие начала югославского облигационного закона.

В то время как для одного числа перемен (общий объем перемен не превышает 50%) можно найти оправдание, то о некоторых других существует мышление, что они являются лишними или что даже ухудшают первобытный текст. Так на пр. нет согласования в терминологии — для дел, перенятых из проекта употребляются сокращенные понятия — продажа, заём и т.д. а для тех, которые позднее прибавили — договор о строительстве, договор о лицензии, и т.д. Комиссия совершила некоторые изменения (на пр. отклонила различное делопроизводство при недостатках предмета в договорах между гражданами и теми, которые заключаются в хозяйстве), но кое-где не согласовала и другие статьи, органически связанные с этим предписанием. Также можно сделать упрек и дефинициям некоторых понятий (условие, вина, одобрение), для которых проект дал, как считает автор, лучшие решения.

Но несмотря на эти недостатки, неизбежные при такой объемной кодификационной работе (которую автор скромно и неадекватно называет законом) это значительный вклад в наше законодательство, отклоняющий одну большую пустоту в наших предписаниях.

A SUMMARY

The „Sketch" of Mihailo Konstantinović

The first part of the article represents a slightly shortened review of the Law on obligations which was published by Mihailo Konstantinović some ten years ago; he is a retired professor of the Law Faculty. Due respect has been paid to the author Konstantinović for his taking into account the new tendencies in obligation law, because of the clear and concise language he used, and has very good legislative technique, so that, for example, each paragraph contains one sentence, each article has a title, there is no reference to another provision et...

The second part is devoted to an analysis of the Law on Obligation Relations, primarily to the impact of the project of professor Konstantinović on the final text of the Law, the comparison of the solutions which differ among one another. It has been asserted that a number of alterations were necessary, among other reasons because there has been a narrowing down of the competence of the federation whereby a number of contracts have been transmitted (handed don) to the socialist republics (gift, use, contract of lifelong support etc.). On the other hand, since the passing of the Civil Code has been abandoned, the Law has incorporated the regulative provisions on some general questions in its articles, such as conditions, validity in valid legal business operations, and finally some general principles of Yugoslav obligation law.

While there is justifiable reason for a number of amendments (not exceeding 50%), it is considered that some others are superfluous or what is even more, a deterioration of the initial text. The terminology is inconsistent — for certain business activities taken over from the draft, an abbreviated form is used — such as sale, loan etc.; and for the aded terms: *contract* of construction, *contract* of licence etc... The committee has made some amendments (such as elimination of differences of procedure for defects of goods under contracts between citizens and the ones concluded between commercial enterprises), but has omitted to bring into accord other articles, organically related to that article. Objections can also be made to the definitions of some conceepts (condition, guilt, permission) for which the draft has provided, in the author's opinion, better solutions.

Inspite of all these deficiencies, which are unavoidable in the realisation of such a huge work of codification (which the legislator modestly and inadequately calls *law*), this is a significant contribution to our legislature, eliminating a large emptiness in our law.

RÉSUMÉ

„L'esquisse" de Mihailo Konstantinović

La première partie de l'article représente un compte rendu abrégé de l'esquisse du Code des obligations, publié il y a dix ans par Mihailo Konstantinović, professeur à la Faculté de droit, actuellement en retraite. Dans cet article l'hommage est rendu à l'auteur pour avoir pris en considération les tendances contemporaines dans le droit des obligations, pour la clarté et la concision de son langage, l'excellente technique législative, de sorte que, à titre d'exemple, dans chaque alinéa est contenue une phrase, chaque article porte un nom, il n'y a pas de références à une autre prescription.

La deuxième partie est consacrée à l'analyse de la Loi relative aux rapports d'obligation, et en premier lieu à l'influence du projet de Konstantinović sur le texte définitif de la Loi, à la comparaison entre les solutions qui diffèrent. Il a été constaté qu'un certain nombre de changements était indispensable, entre autres, parce qu'il en est résulté que la compétence de la fédération a perdu son ampleur, par suite de quoi une grande partie du contrat est transmise à la compétence des républiques fédérées (le don, le prêt, le contrat de pension alimentaire viagère). D'autre part, vu qu'on a renoncé à l'adoption du Code civil, la Loi a introduit dans ses articles la réglementation de certaines questions générales, telles que la condition, le délai, les affaires juridiques non valables et les principes généraux du droit des obligations yougoslave.

Tandis que pour une partie des modifictions (et le nombre total des modifications ne dépasse pas 50%) on peut trouver la justification, on considère que certaines autres sont superflues ou même qu'elles signifient l'aggravation du texte original. Ainsi la terminologie n'est pas coordonnée — pour les affaires qui sont prises de l'esquisse on emploie le terme raccourci — la vente, l'emprunt etc., et pour celles qui sont ajoutées: *le contrat* de construction, *le contrat* de licence etc. La Commission a effectué certaines modifications (elle a éliminé la procédure différente, par exemple, pour les défauts de la chose dans les contrats entre les citoyens et ceux qui sont conclus dans l'économie), mais parfois elle a omis de coordonner les autres articles, qui sont organiquement ratachés à cette prescription. De même on peut reprocher aux définitions de certaines notions (condition, faute, autorisation) auxquelles, selon l'avis de l'auteur, l'esquisse a donné de meilleures solutions.

Or, malgré ces défauts, qui sont inévitables dans une oeuvre de codification aussi volumineuse (que le législateur appelle modestement et de manière inadéquate *la loi*), c'est une contribution très importante à notre législation, qui élimine un grand vide dans nos prescriptions.

ОСНОВНА ОПРЕДЕЉЕЊА ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У ОБЛАСТИ УГОВОРНОГ ПРАВА

Уговорно право, као право које регулише област промета робе и услуга, спада у ред оних права која су у својој дугој еволуцији изградила читав систем принципа и општих правила. Та правила су у својој основи заједничка и својствена су различитим временима на одређеном ступњу развоја робно новчаних односа, тако да су појавни облици правила уговорног права управо условљени природом и карактером саме економске базе. Отуда, и наш Закон о облигационим односима је углавном прихватио традиционална решења која су се искристалисала у домену промета робе и услуга и то не само у нашој прошлости, већ и у развоју уговорног права уопште. То су добро позната правила која се односе на акт закључења уговора, на његово правно дејство, као и на питање његовог престанка. Све су то класична питања која су и до сада била присутна у нашем правном животу и која су кодификована овим законом.

Међутим, савремена теорија уговорног права и законодавна решења, одликују се не само арсеналом изграђених установа и појмова, већ и богатством нових решења. Тачно је да се велики број правила уговорног права представља својом постојаношћу и „вечитом младошћу", али поред тих правила постоје и она која раније времена нису познавала или која су у знатној мери измењена. Отуда, Закон о облигационим односима у области уговора имао је да одговори захтеву столећима изграђиване теорије и праксе, али исто тако он није могао остати без слуха за динамични део ове материје који мора одговорити захтевима нашег времена, захтевима који произилазе из основних принципа на којима је заснована друштвена и правна организација наше заједнице. Већ сама та околност довољна је да појача пажњу наше правничке јавности и то нарочито у времену када је Закон управо ступио на снагу. Свестрани поглед и анализе појединих решења даће правна теорија и пракса која ће настати на бази овог закона. Зато, овде није намера да се детаљно проучавају поједине одредбе Закона, већ да се покуша са указивањем на нека општа питања и тенденције које владају овим законом у домену уговора односно да се укаже на извесна његова решења која у извесној мери одступају од досадашњих, због чега добијају епитет „нових решења" која је Закон прихватио. С обзиром да правила која се односе на слободу уговарања, као и на питање форме уговора,

представљају у ствари основне принципе уговорног права, погледајмо, најпре, која решења Закон доноси у овој области.

Начело слободе уређивања облигационих односа (чл. 10) које се нарочито примењује у уговорном праву, у вези је са правилом о диспозитивном карактеру одредаба Закона (чл. 20), и заједно с њим изражава принцип слободе уговарања или како се још назива принцип аутономије воље. Закон је овај принцип изразио речима да учесници у промету слободно уређују облигационе односе, али је одмах поставио и његове границе одредбом према којој учесници у промету не могу уређивати своје односе супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва. Ово ограничење исказано поменутим правилом, налази се у веома сличној редакцији и у Закону о удруженом раду (чл. 575), а поновљено је и у Закону о облигационим односима у материји недопуштеног предмета и основа уговора (чл. 49, 51), као и код недопуштеног услова (чл. 75). Ово ограничење има, дакле, најшире оквире и дејствује као основно начело Закона, а посебан значај има у уговорном праву.

Упоредноправни преглед важнијих кодификација грађанског права европских земаља указује на извесну разлику појмова и израза којима се на општи начин ограничава слобода уговарања. У том погледу разликују се три групе законика. Једна група која познаје јавни поредак и добре обичаје (француски Грађански законик, швајцарски Законик о облигацијама), друга, која познаје само добре обичаје (немачки и аустријски Грађански законик) и трећа, која познаје правила социјалистичке заједнице, као границу слободе уговарања (Грађански законик РСФСР, пољски, мађарски и чехословачки Грађански законик). Наш Закон о облигационим односима, за разлику од свих поменутих кодификација, као и за разлику од израза који су се у нашој судској пракси до сада појављивали (јавни поредак, добри обичаји, савесност и поштење, јавни морал, интереси друштва, основни принципи друштвеног поретка, и сл.) усваја једну општу одредбу која изражава специфично наше односе, а према којој учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва. На нашој правничкој јавности лежи дужност дубљег и свестранијег објашњења ове одредбе која у себи садржи императивна правила понашања и то како на плану правног, тако и на плану моралног поретка. Она, пре свега, као ограничења слободе уговарања подразумева сва она уставна начела којима се одређује друштвено уређење и која не могу индивидуалном вољом бити повређена (нпр. начела друштвено-економског уређења; друштвено-политичког система; слободе, права и дужности човека и грађанина; уставности и законитости), затим, ту су и сви принудни (императивни) прописи овог и свих других закона којима се не дозвољава да извесни уговори произведу правна дејства, и најзад, слобода уговарања је ограничена и моралним нормама социјалистичког самоуправног друштва. То значи, да би уговор којим се вређају ови оквири, био погођен санкцијом ништаво-

сти ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију нли ако закон у одређеном случају не прописује што друго.

Ово опште ограничење слободе уговарања добило је у Закону конкретну примену у одредбама посвећеним предмету и основу уговорне обавезе. У ствари, да би примена општег ограничења слободе уређивања облигационих односа одговорила захтеву општег интереса у име кога се ништи један уговор, али истовремено и захтеву правне сигурности, у материји уговора она треба углавном да се одвија кроз правила која се односе на забрањеност предмета и циља (основа) уговора. На тај начин се основни принципи који улазе у појам општег ограничења посматрају кроз призму конкретнијих правних средстава и тако у највећој мери задовољавају захтеви који отуда произилазе. Закон полази од становишта да акт давања, чињења односно нечињења мора, поред осталих услова, испунити и услов допуштености. Он може бити недопуштен односно забрањен на више начина и из различитих узрока. Некада се забрана изриче због постојања различитих својинских режима (општа забрана предмета уговорне обавезе јавља се као последица читаве лепезе позитивноправног ограничења права својине грађана односно факта да извесне ствари могу бити искључиво у друштвеној својини), а некада она произилази из саме природе ствари коју треба предати односно радње (чињења или нечињења) коју треба извршити. Што се тиче основа и побуде за закључење уговора и њеног утицаја на пуноважност уговора, Закон ту прави разлику између уговора са накнадом и уговора без накнаде. Постављено је, наиме, правило да побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност. Међутим, ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће бити без дејства. Али, уговор без накнаде нема правно дејство и кад други уговарач није знао да је недопуштена побуда утицала на одлуку његовог сауговарача. Најзад, у материји уговора, Закон предвиђа ништавост уговора у коме је постављен одложни или раскидни услов противан уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима или моралу социјалистичког самоуправног друштва.

Када је један уговор противан поменутој одредби Закона којом се на општи начин одређују границе слободе уговарања и када је он квалификован као ништав, поставља се питање врсте и карактера санкције која прати ове уговоре. Наиме, према Закону овде су предвиђене три могућности: повраћај у пређашње стање, одбијање тужбеног захтева на основу правила Nemo auditur, одузимање предмета уговора у корист надлежне општине. Тако, у случају ништавости уговора свака уговорна страна дужна је да врати другој све што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће, или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон што друго не одређује. Међутим, ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима или моралу социјалистичког самоуправ-

ног друштва, суд може одбити, у целини или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште односно пребивалиште. При томе, треба посебно нагласити да је Закон пружио извесне критеријуме који се имају узети у обзир приликом одлучивања за примену једне од горе поменутих могућности. Тако, Закон предвиђа да ће суд приликом одлучивања о последицама ништавости водити рачуна о савесности једне односно обеју страна, о значају друштвених интереса који се угрожавају, као и о моралним схватањима друштва.

Предвиђене санкције ништавости уговора на плану њихових правних последица јављају се као различите могућности које ће суд применити зависно од конкретног случаја руководећи се критеријумима које је Закон у том погледу нормирао. Тако, однос између повраћаја у пређашње стање и одузимања предмета престације у корист надлежне општине, чини се, не би требало схватити као правило и изузетак, мада ће практично повраћај у пређашње стање бити више у примени. Правило о одузимању предмета престације у корист надлежне општине примењиваће се само на оне ништаве уговоре који су у очигледној супротности са одређеним правним и моралним нормама и чијим би се извршењем у већој мери нарушавала друштвена добра (материјална, интелектуална, морална), а странке су при томе поступале несавесно. У конкретној реализацији ово правило ће се испољити кроз више варијанти зависно од тога да ли су обе или само једна страна поступиле несавесно (посебно ако су поступале са злом намером) и да ли је само једна или су обе извршиле уговорне обавезе. При свему овоме, руководећи се горе поменутим критеријумима, суд може у конкретном случају и да не примени правило о одузимању предмета престације, већ да одбије захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, с позивом на максиму Nemo auditur. У свим осталим случајевима ништавих уговора где, према процени суда, нису испуњени поменути услови, примењиваће се правило о повраћају у пређашње стање. Примена правила о одузимању предмета уговора у корист надлежне општине, чини се, не би смела да се у судској пракси сведе на било какав аутоматизам у смислу неке врсте аутоматске конфискације, већ је то само једна могућа санкција ништавих уговора и то санкција за чију примену је потребно да се испуне законом предвиђени услови. Процену тих услова Закон је оставио суду који ће се руководити оним критеријумима које је Закон поставио (чл. 104, ст. 3).

Поред начела слободе уговарања, њених ограничења, као и санкције ништавости као последице тих ограничења, једно од основних питања у материји уговора јесте и питање прихватања и примене начела према коме се уговори закључују solo consensu. С обзиром да је консенсуализам принцип нашег и савременог права уопште, Закон о облигационим односима је прихватио тај принцип речима да закључење уговора не подлеже никаквој форми, осим ако је законом друкчије одређено. То значи, да странке, приликом закључења уговора, у принципу

могу испољити своју вољу на било који дозвољен начин (усмено, писмено, конклудентним радњама) односно оне нису обавезне да се у акту закључења уговора потчине испуњењу унапред предвиђених форми. Али, како је „ренесанса формализма" донела велики број изузетака уопште, па и нашем праву, Закон о облигационим односима многе уговоре проглашава формалним (нпр. продаја непокретности, продаја са оброчним отплатама цене, уговор о грађењу, уговор о лиценци, трговинско заступање, уговор о ангажовању угоститељских капацитета, осигурање, уговор о јемству, уговор о отварању банкарског текућег рачуна, уговор о кредиту, банкарска гаранција.

Пошто је, као што се види, Закон многе уговоре прогласио формалним, он је морао да реши и многа друга питања која се везују за ове уговоре. То су углавном ова питања: пуноважност усмених клаузула уз поштовану писмену форму: форма измена и допуна формалних уговора; форма споразумног раскида формалног уговора; форма пуномоћја датог за закључење формалног уговора; санкција недостатка форме; значај испуњења уговора коме недостаје форма, итд. Сва ова питања су у досадашњој пракси била у извесној мери спорна управо због одсуства потпуног законског регулисања. Закон о облигационим односима код решења ових питања посебно уноси критеријум сврхе форме. Тако, према Закону, захтев да уговор буде закључен у одређеној форми важи и за све доцније измене или допуне уговора; међутим, пуноважне су доцније усмене допуне о споредним тачкама о којима у формалном уговору није ништа речено уколико то није противно циљу ради кога је форма прописана. Код питања форме споразумног раскида формалног уговора Закон, такође, води рачуна о сврси форме предвиђајући да формални уговори могу бити раскинути и неформалним споразумом, изузев ако је за одређени случај законом предвиђено што друго или ако циљ због кога је прописана форма за закључење уговора захтева да раскидање уговора буде обављено у истој форми. Сврха форме је уграђена и у материји санкција недостатка форме речима да уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство уколико из циља прописа којима је одређена форма не произилази што друго. Најзад, питање конвалидације уговора коме недостаје форма, а који је претежним делом или у целини испуњен, Закон такође решава критеријумом циља форме. Ово питање је било доста спорно у судској пракси и углавном се искристалисало становиште да се уговор за чије се закључење захтева писмена форма сматра пуноважним, иако није закључен у писменој форми, ако су уговорне стране у целини или у претежном делу извршиле обавезе које из њега произилазе. Међутим, Закон прихвата овакав став судске праксе, али са допуном „осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произилази што друго". Разуме се, да приликом конкретног одлучивања није једноставно испитати и утврдити сврху форме прдевиђене за неки уговор, јер се помоћу форме могу постићи различити циљеви. Тако све корисне стране форме могу се сврстати у њене две функције: заштитну и доказну. Заштитна функција форме односи се пре свега на саме странке јер она представља

препоруку брзом и непромишљеном закључењу уговора и на тај начин штити странке од пренагљености у одлучивању. Захваљујући форми странке прецизније износе своје идеје о уговору и јасније формулишу његове клаузуле. Помоћу форме лакше се може утврдити фаза преговарања у односу на фазу уговарања, а с тим у вези и моменат закључења уговора је извеснији. Испуњењем форме недостаци воље се могу у извесној мери боље отклонити, итд. Међутим, заштитна функција форме огледа се и у домену јавних интереса јер се формом у одређеној мери штити сигурност правног поретка, у чему се добрим делом и огледа измењена улога форме у савременом праву у односу на стара права. Јавни интерес може се огледати и у извесној контроли и евиденцији која се формом постиже када је у питању промет одређних добара. Контрола се може спроводити у одређеном промету, нпр. због интереса да се забрани извесним лицима препродаја одређених ствари или контрола од стране јавних органа у погледу прекорачења аграрног или стамбеног максимума физичких лица. Најзад, јавни интерес може бити ангажован у извесним случајевима и из разлога фискалне природе. У свим овим случајевима формом се могу штитити и јавни интереси. Али, поред заштитне функције, форма има и доказну функцију која се састоји у томе што форма у доброј мери пружа поуздан доказ, како о постојању самог уговора, тако и о његовој садржини. Међу овим различитим циљевима који се помоћу форме могу постићи, сигурно је да приликом конкретног утврђења сврхе форме у одређеном формалном уговору могу настати у пракси тешкоће, тим пре што Закон од установљења сврхе форме условљава и примену одговарајућих правила. Међутим, треба очекивати да ће стваралачка улога суда у примени ових одредби помоћи да се у сваком конкретном случају пронађу најадекватнија решења.

Закон о облигационим односима у материји формалних уговора познаје још нека решења која одступају од досадашњих навика и ставова. Пред овим законом се поставило питање да ли треба и даље задржати појам реалних уговора (реалну форму уговора) који се према класичном схватању закључују моментом предаје ствари, а не моментом постизања сагласности воља о битним елементима уговора. Закон је у принципу пошао стопама савременог уговорног права и тзв. реалне уговоре једноставно регулисао као консенсуалне. То значи да се према Закону класични реални уговори (зајам, остава, залога) закључују моментом постизања сагласности воља о битним елементима, док се предаја ствари јавља као акт извршења уговора, исто онако како је то код купопродаје и других консенсуалних уговора. Додуше, са том особеношћу што се овде обавеза једне стране условљава извршењем обавезе друге стране (нпр. обавеза зајмопримца да врати предмет зајма условљена је извршењем обавезе предаје предмета зајма од стране зајмодавца), али то неистовремено рађање обавеза из већ закљученог уговора, одражава се на правила испуњења уговора, а не и на његову природу у смислу да он мора бити схваћен као реалан уговор. Све у свему, имајући у виду све теоријске аргументе и захтеве практичног живота, као и решења извесних законика савремених правних система, Закон о облигацио-

ним односима је прекинуо са традицијом и нашег права по којој су зајам, остава и залога били сматрани реалним уговорима. Додуше, треба приметити да овај закон не регулише уговор о поклону и послузи, који су, према класичном схватању и нашим правним правилима, такође, реални уговори. Овај закон те уговоре није регулисао јер се стало на становиште да они нису типични уговори у области промета робе и услуга, што значи да они могу бити уређени републичким односно покрајинским законима. Да ли ће они тим законима бити регулисани као реални или ће и они поћи стопама Закона о облигационим односима који је у принципу напустио концепцију закључења уговора предајом ствари, ствар је републичких и покрајинских закона.

Према Закону о облигационим односима (чл. 15) у заснивању двостраних уговора учесници полазе од начела једнаке вредности узајамних давања, а законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице. Овим је закон изразио начело еквивалентне размене код двостраних уговора, а конкретна правна средства којима штети ово начело детаљно је регулисано постављајући правила за раскид и ревизију уговора због промењених околности, као и за прекомерно оштећење и зеленашки уговор. Сва та правила су у ствари инспирисана напором да се под одређеним условима пружи заштита оној уговорној страни чија се престација налази у одређеном степену диспропорције према престацији друге стране.

Што се тиче раскида и ревизије уговора због промењених околности, треба рећи да Закон у овој материји предвиђа извесна решења која доста значајно одступају од одговарајућих одредаба Општих узанси, као и од досадашњих ставова наше судске праксе, посебно праксе привредних судова. Опште узансе су овде поставиле извесна правила која се примењују више од двадесет година, а по којима, да би један уговор могао бити раскинут односно ревидиран због промењених околности потребно је да се стекну следећи услови: да је догађај изванредан и да се у време закључења уговора није могао предвидети; да је услед присуства таквог догађаја испуњење обавезе за једну страну постало претерано отежано или би јој нанело претерано велики губитак; да су промењене околности наступиле пре истека рока одређеног за испуњење њене обавезе. Одредбе Закона (чл. 133 — 136) које су посвећене питању раскида и ревизије уговора због промењених околности разликују се од досадашњих решења у више праваца. Пре свега, Закон изричито не спомиње изванредност и непредвидљивост догађаја, већ говори само о оним околностима које су наступиле после закључења уговора и које отежавају испуњење обавезе једне стране односно ако се због њих не може остварити сврха уговора. Ипак, Закон предвиђа да се раскид уговора не може раскинути или изменити ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати. Овом одредбом Закон се приближава ранијем правилу о изванредности и непредвидљивости догађаја, мада је експлиците не помиње. Али, Закон чини још једно одступање у односу на досадашња решења. Он уводи критеријум „сврхе уговора", тј. пред-

вића да ће се сматрати релевантним оне околности које наступе после закључења уговора а које отежавају испуњење обавезе једне стране до те мере да се због њих не може остварити сврха уговора. Међутим, оно што заслужује највећу пажњу, то је одредба Закона према којој се горе поменуте околности узимају у обзир само ако је очигледно да у њиховом присуству уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је. Прихватањем критеријума „правичност" и „општег мишљења" путем којих се има процењивати да ли је наступела околност релевантна за раскид или измену уговора, Закон се разликује од решења Општих узанси које у том смислу предвиђају критеријум „претерано отежано извршење" и „претерано велики губитак". Ствар је судске праксе како ће прихватити ове нове критеријуме, али се већ сада може рећи да су ти критеријуми веома широки и дифузни, и да је, чини се, требало остати у том погледу при постојећим решењима Општих узанси. Ипак, треба имати у виду и чињеницу да је у овом питању судска пракса у великој мери изграђена и да унеколико модификована правила овог закона не би требало да битније утичу на измену те праксе, која је, с једне стране успела да сачува принцип „pacta sunt servanda", али, с друге стране, и да дозволи раскид и ревизију уговора због промењених околности када је то било правно и друштвено целисходно.

Принцип еквивалентне размене код двостраних уговора заштићен је и установом прекомерног оштећења. Овде је Закон, такође, у одређеној мери одступио од досадашњих решења. Према Закону (чл. 139), ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати и поништење уговора ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати. Као што се види, овај текст прихвата тзв. субјективни појам прекомерног оштећења, јер оштећена страна се може позивати на лезију само уколико јој права вредност предмета уговора није била позната. Међутим, у следећој одредби, која је посвећена посебним случајевима, Закон предвиђа објективни појам прекомерног оштећења, према коме незнање праве вредности ствари у часу закључења уговора није услов за његово поништење. Ово правило важи да се отуђује основно средство у друштвеној својини, а стицалац је физичко или грађанско-правно лице односно када физичко или грађанско-правно лице отуђује ствар која може бити основно средство, а стицалац је друштвено-правно лице. Објективно схватање прекомерног оштећења било је прихваћено и Законом о промету земљишта и зграда од 1954. који је око две деценије био присутан у нашем правном животу, тако да се и у судској пракси углавном примењивао објективни појам прекомерног оштећења и у оним областима који нису биле покривене поменутим законом. Међутим, као што је већ истакнуто, овај закон предвиђа објективни појам прекомерног оштећења само за случај отуђења основног средства у друштвеној својини, док за остале случајеве предвиђа субјективни појам прекомерног оштећења, чиме се уводи двојство режима у овој материји. Поред овога, треба напоменути да је по досадашњим

решењима висина несразмере увек била условљена одговарајућим разломком (нпр. оштећење преко једне или две трећине односно оштећење преко половине). Међутим, Закон напушта такав критеријум и уместо њега уводи појам „очигледне несразмере", што је, према досадашњем законодавном искуству, карактеристично за појам зеленашког, а не и за појам лезионарног уговора. При свему томе треба имати у виду да извесни републички односно покрајински закони који регулишу промет непокретности предвиђају потпуну еквиваленост престација између одређених субјеката и под одређеним условима. Без обзира на питање да ли је захтев за апсолутну еквивалентност у условима робне привреде реалан или нереалан, ово питање заслужује пажњу наше правничке јавности већ и са становишта овог закона. Код питања прекомерног оштећења треба скренути пажњу на правило да ће уговор остати на снази ако друга страна понуди допуну до праве вредности. Међутим, може се поставити питање до кога момента друга страна може понудити допуну до праве вредности и на тај начин одржати уговор на снази. Одговор на ово питање може се потражити у одредби чл. 409 Закона, којом се регулишу факултативне обавезе, а прекомерно оштећење је управо пример из ког се рађа законска факултативна облигација. Према овој одредби дужник чија обавеза има један предмет, али му је допуштено да се ослободи своје обавезе дајући неки други одређени предмет, може се користити том могућношћу све док поверилац у поступку принудног извршења не добије потпуно или делимично предмет обавезе. Најзад, треба приметити да Закон, поред правила о прекомерном оштећењу, познаје и правила забране зеленашког уговора. То не чине многи законици европских земаља који стоје на становишту да је појам прекомерног оштећења непотребан у присуству забране зеленашког уговора. Међутим, наша правна теорија се са пуно основаних разлога изјаснила за становиште по коме обе установе (забрана лезионарног и зеленашког уговора треба да добију одговарајуће место у закону о облигацијама. Према Закону зеленашки уговор се дефинише као уговор код кога један уговорник користи стање нужде или тешко материјално стање другог уговорника, његово недовољно искуство, лакомисленост или зависност, и уговори за себе или за неког трећег корисника, која је у очигледној несразмери са оним што је он другом дао или учинио или се обавезао дати или учинити. Закон предвиђа да се на зеленашки уговор сходно примењују одредбе закона о последицама ништавости уговора. Оштећени може поднети захтев за смањење обавезе на правичан износ у року од пет година од дана закључења уговора. Ако се утврди ништавост уговора квалификацијом да је он зеленашки, могуће је да се примене и правила о последицама делимичне ништавости.

Закон о облигационим односима је регулисао и нека питања која се по уобичајеној систематици регулишу у општем делу грађанског законика, мада у упоредном праву има и другачијих примера. Реч је о манама воље, као и о питању услова и рока. Закон је посветио неколико одредаба манама воље регулишући претњу, заблуду и превару (чл. 60 — 65). Међу њима, заблуди је поклоњена највећа пажња, јер

правила заблуде спадају у сложенија питања правне теорије, а у упоредном праву усвојена су различита решења. Познато је да разне врсте заблуда не могу имати исти утицај на пуноважност уговора. Једне су по својој природи такве да се тичу саме егзистенције уговора, друге су узроци рушљивости уговора, а присуство трећих може бити правно ирелевантно. Због тога се начелно није тешко сложити да се не узимају у обзир све заблуде, већ само оне које су битне. Међутим, које од многобројних заблуда треба сматрати битним, питање је које је изазвало различита решења и у теорији и законодавству. У начину регулисања овог питања примећују се различити прилази. Према једном становишту, методом набрајања треба обухватити све заблуде које су битне, док друго становиште покушава да врло уопштеним начином, без конкретног означавања, препусти суду да он утврди да ли би уговорник изјавио своју вољу да је у конкретном случају знао за право стање ствари. Иако се законодавства не држе сасвим строго ових становишта, ипак се нека од њих могу поменути као примери усвајања првог (нпр. италијански Грађански законик) или другог становишта (нпр. немачки Грађански законик). Закон о облигационим односима је у том погледу прихватио средње решење, с тим што је навео најтипичније врсте заблуда као битне, али уз једну општу норму која допушта да се и друге заблуде у конкретном случају квалификују као битне.

Квалификацију заблуде као битне Закон одређује речима да је то она заблуда која се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине. При томе, страна која је у заблуди може тражити поништај уговора због битне заблуде, осим ако при закључењу уговора није поступала с пажњом која се у промету захтева. Поред овога, потребно је истаћи и правило Закона према коме се страна која је у заблуди не може на њу позивати ако је друга страна спремна да изврши уговор као да заблуде није било. Овим је Закон спречио да се свака битна заблуда одрази на пуноважност уговора, јер уколико друга страна понуди страни која је у заблуди да изврши уговор онако као да заблуде није било, онда није могуће захтевати да се уговор услед заблуде поништити. Када је у питању заблуда о побуди, треба рећи да је Закон ову заблуду узео у обзир само код уговора без накнаде, што је потпуно у складу са правилима која се примењују на ове уговоре а која регулишу питање односа побуде према основу уговора. Закон предвиђа да у случају поништаја уговора услед заблуде друга савесна страна има право да тражи накнаду претрпљене штете. Најзад, извесне врсте заблуда спречавају настанак сагласности, због чега се и називају „заблуде препреке". Оне онемогућавају да дође до уговора јер доводе до неспоразума. Према Закону, кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или предмету обавезе, уговор не настаје. На тај начин Закон познаје битне заблуде које чине уговор рушљивим, заблуде чије присуство

спречава настанак уговора и све остале заблуде које нису од утицаја на пуноважност уговора. Право захтевати поништење рушљивог уговора уопште, престаје истеком рока од једне године од сазнања за разлог рушљивости (субјективни рок) а у сваком случају престаје истеком објективног рока од три године од дана закључења уговора.

У оквиру уговорног права Закон је регулисао и питање услова и рока, што је пре материја општег дела грађанског права, него закона о облигацијама. Међутим, овај Закон је посветио неколико одредаба овом питању, с обзиром да примена услова и рока у уговорном праву има практични значај. Закон је овде прихватио традиционална решења, почев од појма и врсте услова, па све до његовог правног дејства. При томе, Закон даје одложном услову повратно дејство, јер ако је закључен под одложним условом па се услов испуни, уговор делује од тренутка његовог закључења, осим ако из закона, природе посла или воље страна не проистиче нешто друго. Поред услова и рока, као извесну новину коју доноси Закон, треба поменути одредбе о уступању уговора. За разлику од цесије, где поверилац уговором закљученим са трећим преноси на овога своје потраживање, уступање уговора у ствари значи да свака страна у двостраном уговору може, ако на то пристане друга страна, уступити уговор неком трећем лицу, које тиме постаје носилац свих њених права и обавеза из тог уговора. Иако је уступање уговора практиковано нарочито у привредноправним односима, оно до сада није било на општи начин регулисано, а већина европских кодификација грађанског права ову установу не регулише. Овде треба приметити да Закон регулишући ову установу не дозвољава уступање уговора без пристанка друге стране, што одговара и захтеву правне теорије, мада има и схватања да је могуће уступање уговора и без пристанка друге стране. Ову установу Закон познаје и у материји уговора из области туристичких услуга (чл. 875).

Код питања доцње дужника односно повериоца, Закон је био пред алтернативом субјективног или објективног појма доцње. Закон је прихватио објективан појам доцње када је у питању доцња дужника, а субјективан појам када је реч о поверилачкој доцњи. Према Закону, дужник долази у доцњу када не испуни обавезу у року одређеном за испуњење. Ако рок за испуњење није одређен дужник долази у доцњу када га поверилац позове да испуни обавезу, усмено или писмено, вансудском опоменом или започињањем неког поступка чија је сврха да се постигне испуњење обавезе. Међутим, када регулише питање права на накнаду штете услед доцње, Закон прво поставља принцип да када дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем, поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео; а затим, предвиђа правило да се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи. Из овога произилази да Закон појам дужничке доцње одређује објективно, тј. кривицом дужника не узима као елемент појма, али њу узима као реле-

вантну околност код питања накнаде штете која проистиче из доцње. За разлику од дужничке доцње, Закон предвиђа субјективни појам када је у питању поверилачка доцња. Према Закону, поверилац долази у доцњу ако без основаног разлога одбије да прими испуњење или га својим понашањем спречи. Доласком повериоца у доцњу престаје доцња дужника, и на повериоца прелази ризик случајне пропасти или оштећења ствари. При томе, поверилац у доцњи дужан је накнадити дужнику штету насталу услед доцње, као и трошкове око даљег чувања ствари.

У материји уговора, Закон посебну пажњу посвећује појединим уговорима, као што су продаја, зајам, закуп, превоз, осигурање, грађење, заступање и многи други. То су тзв. именовани уговори који су због своје важности и учесталости у правном промету Законом посебно предвиђени и регулисани и чији назив је законом одређен. Својства и садржина ових уговора имају устаљен и типичан карактер и као такви редовно се јављају у правном промету. Њих Закон детаљно регулише углавном диспозитивним нормама, мада се понекад срећу и императивне норме. Разуме се, да странке могу, с обзиром на принцип слободе уговарања, закључивати и све друге тзв. неименоване уговоре, уколико они нису супротни конкретним забранама. Неке врсте неименованих уговора се у промету чешће јављају, тако да кроз практичну примену и кроз одређено време постају типични, добијају свој назив, па се и законом регулишу у ком случају постају именовани уговори. Закон о облигационим односима као нове именоване уговоре предвиђа оне који се у области туризма најчешће јављају, као што је уговоре о организовању путовања, посреднички уговор о путовању и уговор о ангажовању угоститељских капацитета (алотман). Поред њих, ту треба поменути и уговор о контроли робе и услуга, као и неке уговоре из области банкарских послова, нпр. банкарска гаранција.

Што се тиче извесних решења Закона у области именованих уговора која у одређеном степену значе одступање од досадашњих решења, треба поменути нека решења из области уговора о купопродаји. Код овог уговора треба приметити да се одредбе о цени не односе подједнако на све случајеве. Код купопродаје која не спада у привредне уговоре, цена мора бити одређена или одредљива. Ако она није одређена, а ни уговор не садржи довољно података помоћу којих би се она могла одредити, уговор нема правно дејство. Међутим, кад уговором о купопродаји у привреди цена није одређена, нити у њему има довољно података помоћу којих би се она могла одредити, купац је дужан платити цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у недостатку ове разумне цене. Под разумном ценом сматра се текућа цена у време закључења уговора, а ако се она не може утврдити, онда цена коју утврђује суд према околностима случаја. Овде треба приметити још и правило које важи само за уговор о купопродаји у привреди, а према коме, кад је продавац ствари одређених по роду дао купцу већу количину него што је уговорено, а купац у разумном року не изјави да вишак одбија, сматра се да је примио и тај вишак, те је дужан платити га по истој цени. С друге стране, код питања

одговорности за материјалне недостатке Закон је углавном прихватио позната решења у одређивању појма материјалног недостатка и његовог дејства у смислу одговорности продавца. Међутим, регулишући права купца у случају материјалних недостатака, закон доноси једно ново правило које се односи на ситуацију кад купац може да раскине уговор. Он може да раскине уговор само ако је претходно оставио продавцу накнадни примерни рок за испуњење уговора односно он може раскинути уговор и без остављања накнадног рока ако му је продавац после обавештења о недостацима саопштио да неће испунити уговор или ако из околности конкретног случаја очигледно произилази да продавац неће моћи испунити уговор ни у накнадном року. Ако продавац у накнадном року не испуни уговор, он се раскида по самом закону, али га купац може одржати ако без одлагања изјави продавцу да уговор одржава на снази. У ствари, по решењу овог закона, купац који је благовремено и уредно обавестио продавца о недостатку може захтевати од продавца да недостатак уклони и да му преда другу ствар без недостатка (испуњење уговора) или захтевати снижење цене или изјавити да раскида уговор, а у сваком од ових случајева има право и на накнаду штете. Али, ако се определи за раскид уговора, да би раскид уздејствовао, он мора, у принципу, продавцу оставити поменути накнадни рок. Закон се, својим решењем да купац може раскинути уговор због материјалног недостатка у принципу само ако је продавцу оставио накнадни примерени рок за испуњење уговора, у ствари приближава оним системима који ограничавају купчеву слободу опције у реализацији права која су му законом дата, али се од њих и разликује целисходношћу и оригиналношћу решења. Што се тиче рока односно губитка права купца у случају материјалних недостатака ствари, треба скренути пажњу да је и овде Закон предвидео решење које у извесном смислу одступа од досадашњег решења Општих узанси, према коме, купац не може ставити продавцу приговоре на квалитет робе по истеку шест месеци од дана пријема испоруке, изузев ако се ради о обмани која представља кривично дело. Решење овог закона је овде нешто другачије. Пре свега, по њему, купац је дужан да примљену ствар на уобичајени начин прегледа или да је дâ на преглед, чим је то према редовном току ствари могуће, и да о видљивим недостацима обавести продавца у року од осам дана, а код уговора у привреди без одлагања, иначе губи право које му по том основу припада. Међутим, права купца који је благовремено обавестио продавца о постојању недостатка гасе се по истеку једне године, рачунајући од дана одашиљања обавештења продавцу, изузев ако је продавчевом преваром купац био спречен да их употреби. Али, купац који је благовремено обавестио продавца о постојању недостатка може после протека овога рока, ако још није исплатио цену, истаћи свој захтев да се цена снизи или да му се накнади штета као приговор против продавчевог захтева да му се исплати цена.

У домену продавчеве одговорности за материјалне недостатке, Закон регулише и питање гаранције за исправно функционисање ствари. Наиме, када продавац неке техничке робе преда купцу гарантни лист

којим произвођач гарантује исправно функционисање ствари у току одређеног времена, купац може, ако ствар не функционише исправно, захтевати како од продавца тако и од произвођача да ствар оправи у разумном року или ако то не учини да му уместо ње преда ствар која функционише исправно. Ако продавац не изврши у разумном року оправку или замену ствари, купац може раскинути уговор или снизити цену и захтевати накнаду штете. Права купца према произвођачу по основу гарантног листа гасе се по истеку једне године, рачунајући од дана када је тражио од њега оправку или замену ствари. Закон је на овај начин пружио заштиту купцу због материјалних недостатака ствари и то у односу на продавца који одговара као и сваки други преносилац код теретних уговора и у односу на произвођача који одговара по основу издатог гарантног листа. Међутим, Закон стоји на становишту да се правилима о гаранцији не дира у правила одговорности продавца за недостатке ствари.

Поред уговора о купопродаји, од значаја је поменути и извесне одредбе Закона које се односе на уговор о грађењу, а којима се регулише питање цене радова и могућност њене измене. Према Закону, цена радова код уговора о грађењу може се одредити на двојак начин: по јединици мере уговорених радова (јединична цена) или у укупном износу за цео објект (укупно уговорена цена). Међутим, поставља се питање може ли цена радова бити уговорена путем тзв. клизне скале односно могу ли странке предвидети да ће цена радова бити одређена у зависности од цене материјала и рада, као и других елемената који утичу на висину трошкова грађења. Закон код уговора о грађењу не предвиђа могућност уговарања клизне скале, али је и незабрањује; штавише, он је предвиђа код новчаних обавеза (чл. 397), што значи да би странке могле уговарати клизну скалу и код уговора о грађењу. С обзиром да се код овог уговора у пракси често јављају захтеви за измену цене, Закон је то питање детаљно регулисао и то у смислу могућности повећања и снижења цене. Повећање цене извођач може захтевати у више случајева: прво, ако је он своју обавезу извршио у предвиђеном року, може захтевати повећање цене радова ако су се у времену између закључења уговора и његовог испуњења повећале цене елемената на основу којих је одређена цена родова, тако да би требало да та цена буде већа за више од два процента; друго, у случају да извођач својом кривицом није извео радове у предвиђеном року, он би, у присуству већ поменуте претпоставке, могао захтевати повећање цене ако је дошло до поскупљења елемената на основу којих је одређена цена радова, за више од пет процената; треће, ако уговор о грађењу садржи одредбу о непроменљивости цене, извођач може и поред овакве одредбе захтевати измену цене радова ако су се цене елемената повећале у толикој мери да би требало да цена радова буде већа за више од десет процената. Али, и у овом случају извођач може захтевати само разлику у цени која прелази десет процената, осим ако је до повећања цене елемената дошло после његовог доласка у доцњу. Најзад, Закон даје право и наручиоцу да тражи снижење уговорене цене, ако су се у време између закључења

уговора и испуњења обавезе извођача, цене елемената на основу којих је одређена цена радова снизиле за више од два процента, а радови су извршени у уговореном року. Наручилац тада има право да тражи одговарајуће снижење уговорене цене изнад тог процента. За случај да је уговорена одредба о непроменљивости цене радова, а они су извршени у уговореном року, наручилац има право на снижење уговорене цене у случају да су се цене елемената на основу којих је одређена цена смањиле за толико да би цена била нижа за више од десет процената, и то за разлику у цени преко десет процената. Међутим, ако је извођач радова пао у доњу, онда наручилац има право на сразмерно снижење цене радова за свако снижење цене елемената на основу којих је цена радова одређена. Као што се види, Закон је са доста прецизности регулисао питање измене цене код овог уговора, руководећи се моментом одређеног повећања или снижења цене елемената на основу којих је уговорена цена радова, с једне стране, и кривицом странке ради закашњења у извршењу уговорне обавезе, с друге стране. Тиме су ове одредбе у извесном смислу lex specialis у односу на одредбе Закона које регулишу питање раскида или измене уговора због промењених околности.

Најзад, када је реч о извесним значајнијим решењима Закона у области уговорног права, треба напоменути и она решења према којима Закон, као неку врсту коректуре строге и формалне примене правних прописа предвиђа у одређеним случајевима и примену правила савесности и поштења, добрих обичаја и правичности. Најпре, у смислу основних начела Закон предвиђа да су учесници у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа дужни да се придржавају начела савесности и поштења, а затим, да су дужни да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима. Погледајмо, најпре, где све Закон у домену уговора узима критеријум правичности као релевантан за решење конкретног односа. Ту је, пре свега, материја тумачења уговора, а затим, раскида и ревизије уговора због промењених околности, као и у низу случајева тзв. правичне накнаде. Тако, у случају раскида уговора о грађењу од стране наручиоца, овај је дужан исплатити извођачу одговарајући део уговорене цене за дотле извршене радове, као и правичну накнаду за учињене неопходне трошкове као уговора о налогу, ако друкчије није уговорено, налогодавац дугује накнаду у уобичајеној висини, а ако о томе нема обичаја, онда правичну накнаду; код уговора о комисиону, Закон садржи одредбу, према којој ако је у датом случају накнада несразмерно велика према обављеном послу и постигнутом резултату, суд је може, на захтев комитента, снизити на правичан износ; исто важи и за уговор о трговинском заступању; код општих услова уговора које одређује један уговорник, суд може одбити примену појединих одредаба општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој. Поред опште одредбе о начелу савесности и поштења, Закон ово начело на многим местима и конкретизује. Тако, уговором се може проширити одговорност дужника и на

случај за који он иначе не одговара; али се испуњење овакве одредбе не може захтевати ако би то било у супротности са начелом савесности и поштења; даље, стране се уговором могу унапред одређи позивања на одређене промењене околности, али само ако то није у супротности са начелом савесности и поштења. Код уговора о посредовању, налогодавац може опозвати налог за посредовање кад год хоће, ако се тога није одрекао и под условом да опозивање није противно савесности. Примена овог начела може се поменути и у материји услова. Према Закону, уговор је закључен под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице, али се сматра да је услов остварен ако његово остварење, противно начелу савесности и поштења, спречи страна на чији је терет одређен, а сматра се да није остварен ако његово остварење, противно начелу савесности и поштења, проузрокује страна у чију је корист одређен. Најзад, начело савесности и поштења примењује се и у случају процене савесности, једног лица, од чега зависе бројне правне последице. Тако, савесна страна може захтевати накнаду штете коју је претрпела услед закључења уговора који нема правно дејство због тога што га је правно лице закључило ван оквира своје правне способности; у случају поништаја уговора услед заблуде, друга савесна страна има право да тражи накнаду претрпљене штете; код последица ништавости уговора и примене одговарајуће санкције, суд води нарочито рачуна о савесности уговорних страна, о значају друштвених интереса који се угрожавају, као и о моралним схватањима друштва; приговор привидности уговора не може се истицати према трећим савесним лицима; код цесије, уступилац одговара за наплативост уступљеног потраживања ако је то било уговорено, али само до висине онога што је примио од пријемника, као и за наплативост камата, трошкова око уступања и трошкова поступка против дужника; при томе, већа одговорност савесног уступиоца не може се уговорити. Поред начела савесности и поштења и правичности, Закон на многим местима предвиђа и могућност примене добрих обичаја односно добрих пословних обичаја. Он то, најпре, чини у смислу прописа којима се утврђују основна начела предвиђајући да су учесници у облигационим односима дужни да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима. У том смислу је и правило према коме се на облигационе односе примењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели. Конкретизацију овог начела Закон је извршио на многим местима. Тако, код општих услова уговора које одређује једна страна, Закон предвиђа да су ништаве одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа. Примена обичаја предвиђена је и у материји понуде, прихватања понуде, куповине на пробу, плаћања закупнине, и др. Најзад, Закон у низу уговора којима се врше разне услуге предвиђа уобичајену накнаду као правило допунско диспозитивне природе — нпр. код уговора о превозу, налогу, трговинском заступању, посредовању, уговора о контроли робе, уговора о организовању путовања, уговра о ангажовању угоститељских

капацитета. Као што се види Закон је кроз одредбе о основним начелима и кроз многе друге конкретне одредбе прихватио трихотомију појмова (правичност, савесност и поштење, добри обичаји) који служе као коректура строго формалних, често технизираних, правних прописа. Примену обичаја и других ванправних мерила у облигационим односима, треба прихватити сазнањем да та правила понашања, заједно са правом, чине надградњу над робним односно економским односима уопште и да су њихови правни облици управо условљени природом и карактером њихове базе.

Закон о облигационим односима познаје у области уговорног права и примену одговарајућих стандарда који служе као критеријум за оцену конкретног правног односа. Тако, према Закону, учесник у облигационом односу дужан је да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа — пажња доброг привредника односно пажња доброг домаћина. Ово су уобичајени стандарди, али Закон овде разликује привредне односе од односа појединаца. Међутим, ако учесник облигационог односа извршава обавезе из своје професионалне делатности, онда, према Закону, он је дужан да поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима — пажња доброг стручњака. Разуме се, да су ово опште норме због чега их Закон и сврстава у основна начела, које имају конкретну примену нарочито у уговорном праву.

На крају, ако би се једним погледом обухватило цело уговорно право које је добило одговарајуће место у Закону о облигационим односима, чини се, да би се могао извести закључак да је Закон овде углавном прихватио класичне установе, као и решења која су се углавном већ афирмисала у нашем правном и пословном животу. Међутим, у свему томе има и значајних новина односно одступања у извесној мери од досадашњих решења. У овом напису учињен је покушај да се у грубим цртама укаже на те новине. Оне се, пре свега, могу видети на плану принципа слободе уговарања и оквира његових ограничења, што се све одражава и на материју ништавости уговора и карактеристичну санкцију која прати ове уговоре; затим, ту је и област принципа консенсуализма и његова ограничења, као и мноштво карактеристичних правила која прате формалне уговоре; у домену начела једнаке вредности давања код двостраних уговора где Закон познаје мноштво правила којима се уређује питање раскида и ревизије уговора због промењених околности, питање прекомерног оштећења и зеленашких уговора; ту су, затим, правила доцње, мана воље, цене код купопродајног уговора и уговора о грађењу, као и правила одговорности за материјалне недостатке; даље, ту су и извесне специфичности у примени извесних ванправних мерила као што је правичност, поштење и савесност и добри обичаји; најзад, ту су и нови именовани уговори које је Закон кодификовао. Разуме се, да у Закону има и других места која заслужују пажњу са гледишта утврђивања модификација постојећих установа и решења, али, чини се, да су места о којима је овде било речи доста значајна са становишта теоријског објашњења и практичне примене Закона.

др Слободан Перовић

РЕЗЮМЕ

„Основные определения Закона об облигационных отношениях в области договорного права"

Анализируя основные определения Закона об облигационных отношениях в области договорного права, и делая вывод, что Закон в основном принял классические учреждения и решения, уже утвердившиеся в нашей юридической и деловой жизни, автор свои размышления сводит к самым значительным принципам и институтам договорного права.

Изложив решения Закона в отношении ограничения свободы договоренности, автор констатирует, что оно выражает по-своему наши отношения, когда воспрещает упорядочение облигационных отношений противоположно утвержденным конституцией началам общественного устройства, принудительным предписаниям и морали социалистического самоуправительного общества. Он особо указывает, что на югославскую юридическую общественность возлагается обязанность всестороннего объяснения этих институтов, которые содержат в себе повелительные правила поведения и в юридическом и нравственном отношениях.

Рассматривая последствия аннулирования договора, автор особо анализирует вопрос рода и характера санкции, сопровождающей аннулированные договора, и указывает на решения в Законе, и делает вывод, что отношения между возвращением в предыдущее положение и отнятием предмета денежных возмещений в пользу общины не следовало бы понимать как правило и исключение, хотя возвращение в предыдущее положение будет чаще применяться. Суд обязан в каждом конкретном случае, зависимо от того, выполнены ли предусмотрены Законом условия, исследовать, может ли применяться одно или другое решение.

В статье дальше указывается на „возрождение формализма", получившее свое выражение и в Законе об облигационных отношения и ставится ударение на законодательное решение, чтобы такие вопросы как: действительность устных клаузул при уважении писанной формы, форма изменения и дополнения формальных договоров и т.д. решались при помощи критерия цели формы. Кроме того, рассматривая постановления Закона о форме договора, автор указывает на разрыв нашего закона с традицией, по которой заем, хранение и залог считались реальными договорами.

Кроме этих главных вопросов, автор анализирует постановления Закона о ревизии договора вследствие переменившихся обстоятельств, указывая на различия из Общих юзансов, о чрезмерном ущербе и ростовщическом договоре, при чем подчеркивает, что в отличие от многих кодексов европейских стран, исдящих из точки зрения, что почятие чрезмерного ущерба лишнее при наличии воспрещения ростовщического договора, нашему Закону об облигационных отношениях оба эти институты знакомы.

В продолжении указывается на законодательные решения в области недостатка воли, запозданий должника и кредитора, а также и на отдельные договора, при чем особое внимание уделяется некоторым вопросом из договора о купопродаже и о строении.

Наконец, автор указывает как на значительные решения Закона, предусматривающие, как некоторый вид корректуры строгого и формального применения правовых предписаний, в определенных случаях и применение правил добросовестности и честности, хороших обычаев и справедливости, анализируя их как общие начала в этой области, так и отдельные постановления Закона.

A SUMMARY

The main determinations of the Law on Obligation Relations concerning contractual law

Analysing the main determinations of the Law on Obligation Relations concerning contractual law, and concluding that the same has more or less adopted classical institutes and solutions, already affirmed (established) in our legal and business life, but all the same noting that it has also introduced some significant novelties, the author directs his discussion to the most significant principles and institutes of contractual law.

Having set out the solutions of the Law in respect of limitation of freedom to conclude contracts at will, the author states that it specifically expresses our particular relations by prohibiting regulation of obligation relations contrary to the principles of our social order laid down by the Constitution, coercive acts of law, and the moral principles of our socialist self-government society. He lays special emphasis on the fact that the Yugoslav jurist public opinion is obliged to provide versatile explanations of these institutes containing imperative rules of conduct, in the sphere of our legal order as well as our moral order.

Discussing the consequences of invalidity of contracts, the author particularly emphasises the question of the kind and character of sanctions following the invalidity of contracts and points to the solutions in the Law, concluding that the relationship between restoration to previous state and the seizure of the object „in praestatio" in favour of the relevant local municipality (community) should not be understood as a rule, and as an exception, although the institute of restoration to previous state shall be more frequently utilised. In each individual case, and depending on whether the conditions required by the Law have been fulfilled, the court is under the obligation to decide whether to apply one solution or the other.

It is further pointed in this article to the „renaissance of formalism", which has become evident in this Law, stressing on the legislative solutions, ensuring that certain questions such as the validity of oral clauses with the observation of written form, the form of amendments and additions of formal contracts et, with the aid of the criterion of the purpose of form. Moreover, discussing the regulations of the Law concerning the form of contracts, the author points to the break with traditional concepts of our law, according to which loans, deposits and powning as security were considered „real" contracts.

Besides these central questions, the author analyses the regulations of the Law concerning the revision of contracts resulting from altered circumstances, putting emphasis on the differences in respect of the solutions in the General Usances on excessive damage and usury contracts, underlining that apart from many laws of European countries — standing on the point of view that the concept of excessive damage is redundant in the presence of the ban of usury contracts- our Law on Obligation Relations recognises both of these institutes.

It is further pointed to the legislative solutions concerning the faults of will, delays on port of the debtor or creditor, as well as some contracts, devoting particular attention to same questions arising from sales and construction contracts.

Finally, the author considers as significant some solutions of the Law which can be regarded as rectification of the stringent and formal implementation of legal regulations, providing in certain cases the application of the principles of responsibility and honesty, beneficial customs and fairness and analyses the general principles in this domain as well as particular regulations of the Law.

RÉSUMÉ

Les déterminations fondamentales de la Loi relative aux rapports d'obligation dans le domaine du droit contractuel

En analysant les déterminations fondamentales de la Loi relative aux rapports d'obligation dans le domaine du droit contractuel, et en concluant que la Loi a surtout adopté les solutions et les institutions classiques, qui se sont déjà affirmées dans notre vie juridique et des affaires, mais qui a introduit aussi des nouveautés importantes, l'auteur a orienté ses observations vers les principes et les institutions de la plus haute importance du droit contractuel.

En exposant la solution de la Loi concernant la limitation de la liberté de contracter, l'auteur constate qu'elle exprime spécifiquement nos rapports quand elle interdit le règlement des rapports d'obligation contrairement aux principes établis par la constitution, aux prescriptions coercitives et à la morale de la société autogestionnaire socialiste. Il signale en particulier le fait qu'aux juristes yougoslaves incombe le devoir de l'explication sous tous les aspects de ces institutions qui renferment les règles de comportement impératives, tant sur le plan de l'ordre juridique que sur le plan de l'ordre moral.

En examinant les conséquences de la nullité du contrat, l'auteur analyse en particulier la question de la catégorie et du caractère de la sanction qui suit les contrats annulés et signale les solutions qui se trouvent dans la Loi en se basant sur ces faits, et il tire la conclusion que le rapport entre le retour à l'état antérieur et le retrait de l'objet de la prestation au profit de la commune compétente ne devrait pas être conçu comme une règle et une exception, quoique le retour à l'état antérieur sera appliqué plus souvent. Le tribunal est tenu d'examiner dans chaque cas concret, en fonction du fait si les conditions prévues par la loi ont été remplies, s'il y a lieu d'appliquer l'une ou l'autre solution.

Dans l'article est ensuite signalée „la renaissance du formalisme", qui a pris toute sa portée dans la Loi relative aux rapports d'obligation et l'accent est portée sur la solution législative que les questions telles que: la validité des clauses verbales en respectant la forme écrite, la forme des modifications et compléments des contrats formels, et., sont réglées au moyen du critère du but de la forme. En outre, en examinant les dispositions de la Loi relative à la forme des contrats, l'attention est attirée sur la rupture avec la tradition de notre droit, selon laquelle l'emprunt, le dépôt et le gage étaient considérés comme des contrats réels.

A partices questions centrales, l'auteur analyse les dispositions de la Loi relatives à la révision du contrat par suite du changement des circonstances, en signalant la différence par rapport aux solutions des Usances générales, sur l'endommagement excessif, et sur le contrat usurier, et à ce propos il souligne que, à la différence de nombreux codes européens qui se sont placés sur le point de vue que la notion de l'endommagement excessif est inutile en présence de l'interdiction du contrat usurier, or, notre Loi sur les rapports d'obligation admet ces deux institutions.

Dans la suite sont exposés les solutions législatives dans le domaine des défauts de volonté, du retard du débiteur et du créditeur, ainsi qu'un certain nombre de contrats, auquel cas l'attention particulière est consacrée à certaines questions du contrat de vente et de construction.

Enfin, l'auteur a signalé aussi les solutions, considérées comme importantes, de la Loi qui, comme une sorte de correction rigoureuse et formelle de l'application des prescriptions juridiques, prévoient dans les cas détérminés l'application des règles de la conscience et de l'honnêteté, des bons usages et de l'équité, en analysant tant les principes généraux dans ce domaine, que certaines dispositions de la Loi.

ОПШТА ПИТАЊА УРЕЂЕЊА ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА

1. Облигациони односи и грађанско, односно имовинско право

Правна правила којима се уређују обигациони односи традиционално — од почетка тзв. модерне кодификације правних правила о грађанским односима — чине део грађанских законика буржоаских држава. Основно формално и законодавно-политичко обележје тих законика јесте у настојању да се јединственим законодавним актом обухвате сви, односно најважнији односи „политичких" грађана као изразу њихових приватних интереса. Суштина грађанских законика, према томе, састојала се је у регулисању приватних односа припадника буржоазије у складу са њеним материјалчим интересима и идејним концепцијама у сврху обезбеђења приватно-својинских односа. То је, поред држања командних позиција политичке власти, осигуравало друштвени владајући положај буржоазије, одговарајућим уређењем материјално-правних односа у појединим ужим подручјима „приватне сфере" грађана. Тако се у саставу грађанских законика, почевши од француског Code civil-a, поред правних правила којима се уређују приватно-статусна својства и положај грађана, те својински, насљедни и породични односи, налазе и правила о облигационим односима којима се уређује промет економских добара на правносвојинској основи. У тим околностима се формирало ново грађанско право као посебна грана права.

Сличну улогу су имали грађански законици у нас — аустријски Општи грађански законик и српски Грађански законик те црногорски Општи имовински законик. Но, ти су законици престали важити на основу Закона о неважности правних прописа донесених пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.

У изграђивању нашег законодавно-правног система једно време је била присутна концепција о доношењу новог грађанског законика („цивилни кодекс"). Она је, међутим, напуштена, и то из два основна разлога. Прво, развијањем социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа, особито после доношења уставних амандмана XX — XXIII и, затим устава у 1974. г., идеја о грађанском законику се показала превазиђеном. Социјалистички самоуправни друштвено-економски односи ни по својој друштвеној суштини ни по својим појавним облицима нису оно што су односи између грађана као приватних власника. Односи у самоуправном удруженом раду, друштвена својина и социјалистичко само-

управљање не могу се изједначити са грађанско-правним односима, правни положај субјеката у новим друштвено-економским односима, социјалистичким и самоуправним, битно је другачији од положаја субјеката у грађанско-правним односима. Друго, новим друштвено-политичким уређењем сужена је нормативна функција федерације, а остављен знатно шири простор републикама и аутономним покрајинама за изграђивање њихових законодавно-правних система и уређивање односа у појединим подручјима за које се раније сматрало да улазе у област грађанског права. На тај начин су укупним развитком друштвено-економских и друштвено-политичких односа у нас отпале друштвено-економске и законодавно-политичке претпоставке и разлози за кодификацију грађанског права као заокруженог дела законодавно-правног система, како на нивоу федерације тако и на нивоу република и аутономних покрајина.

Из наведеног произилази да се у нас Закон о облигационим односима, као ни правна правила о облигационим односима садржана у другим законима, не могу сматрати делом непостојећег грађанског законика, односно грађанског права. Стога нема ни основе за употребу израза „грађанско право", „грађанско-правни однос", „грађанско-правна тражбина", „грађанско-правна обвеза", „грађанско-правна одговорност" и томе слично. Такви термини не одражавају објективно стање ствари.

У једном погледу, слично се може рећи за однос облигационог права према тзв. имовинском праву. Имовинском праву је не само терминолошки него и друштвено-економски извор у имовини економско-правних субјеката. Имовина је категорија грађанског права и тесно везана за правне субјекте као приватне носиоце права својине. Упркос томе што приватна својина и у капиталистичким земљама може бити, у овом или оном погледу, ограничена и што се истиче (више декларативно него економски стварно) његова социјална функција, чињеница је да она осигурава потпуни монополски положај приватних власника средстава рада у подручју производње, промета и расподеле друштвеног производа, што значи и присвајање резултата друштвеног рада. Имовина стварно и појмовно произилази из друштвено-економских односа заснованих на приватној својини. Она одражава те односе и уједно омогућава њихово постојање, репродукцију и развијање у разним странама монополског деловања субјеката приватне својине.

У нас постоји приватна својина средстава рада (са изведеним економским правима), мада на ограниченом подручју економског живота и у оквиру глобалних социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа. Утолико би могле бити речи о имовини субјеката права својине, о имовинским односима, имовинским правима и обавезама тих субјеката, те о имовинском праву као скупини правних правила о тим односима.

Али, у социјалистичкој робној привреди и у свима сферама другог друштвеног рада у нас постоји и делују економскоправни субјекти у социјалистичким самоуправним друштвено-економским односима. Они и сада представљају основну и превлађујућу привредну снагу. Даљим друштвеним развитком то ће бити у све већој мери.

Имовина, имовински односи, имовинско право као категорије класичног грађанског права, који произилазе и заснивају се на приватној својини, нису спојиви са социјалистичким самоуправним друштвено-економским односима.

Основне елементе социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа чине друштвена својина и самоуправљање радника у удруженом раду и у управљању свима друштвеним пословима. Према уставним одредбама, рад је једини темељ присвајања производа друштвеног рада и управљања друштвеним средствима. Нико нема право својине на друштвена средства за производњу, нико не може ни по којој правносвојинској основи присвајати производ друштвенога рада, ни управљати и располагати друштвеним средствима рада, ни самовољно одређивати услове расподеле производа друштвеног рада. Средства за производњу у друштвеној својини су неотуђива основа друштвеног рада и друштвене репродукције и служе искључиво раду у циљу задовољавања личних и заједничких потреба и интереса радних људи и развијања материјалне основе социјалистичког друштва и социјалистичких самоуправних односа. Средствима за производњу у друштвеном власништву непосредно управљају удружени радници који њима раде, у властитом интересу и у интересу радничке класе и социјалистичког друштва. У остваривању ове друштвене функције удружени радници одговорни су једни другима и социјалистичкој заједници као целини. Друштвеном својином средстава за производњу и других средстава рада обезбеђује се свакоме да се, под једнаким условима, укључи у удружени рад друштвеним средствима и да, остварујући право рада друштвеним средствима, на основи свог рада стиче доходак за задовољавање личних и заједничких потреба.

Право рада друштвеним средствима, према одредбама устава и Закона о удруженом раду, јесте основно право радника удружених у основне организације удруженог рада. У остваривању тог права, радници у основним организацијама, заједно и равноправно, учествују у процесу рада, управљају радом и пословањем организације удруженог рада, управљају пословима и средствима у целокупности односа друштвене репродукције, одлучују о удруживању свога рада и средстава друштвене репродукције, одлучују о целокупном дохотку оствареном у различитим облицима удруживања свог рада и средстава, распоређују доходак, одлучују о расподели средстава за личну и заједничку потрошњу, стичу лични доходак итд.

Право рада остварује се у односима међусобне повезаности, сарадње, зависности и солидарности те узајамне одговорности удружених радника и других друштвених субјеката у удруженом раду и у процесу друштвене репродукције, па и доходак што се на темељу удруженог рада стиче у робно-новчаним односима чини друштвену својину.

Остварујући право рада друштвеним средствима, радници у удруженом раду имају право, обавезу и одговорност да се, у свом заједничком и општем друштвеном интересу, друштвено и економски целисходно користе друштвеним средствима и да их стално обнављају, увећавају и унапређују.

Средства у друштвеној својини — ствари, новчана средства и материјална права — заједничка су материјална основа одржавања и развоја социјалистичког друштва и социјалистичких самоуправних односа и њима управљају радници у основној организацији удруженог рада и у свима облицима удруживања рада и средстава, радници у радној заједници, односно други радни људи у самоуправној интересној заједници или другој самоуправној организацији и заједници и у друштвено-политичкој заједници.

На садашњем ступњу развитка производних снага друштвени односи у погледу друштвених средстава, тј. односи што чине садржај друштвене својине, још не представљају друштвену својину у потпуном и целовитом значењу, још није остварен „чисти тип" друштвене својине комунистичког друштва. Тако, још није остварена пуна могућност слободног приступа, слободног уласка у рад друштвеним средствима по властитом избору (зависно од одговарајуће радне способности) услед недовољности средстава у удруженом раду. Отуда су радници који су већ удружени у раду друштвеним средствима у погледу управљања тим средствима и стицања дохотка у бољем положају него они који тим средствима не раде. Такође, радници који раде друштвеним средствима заштићени су од одузимања тих средстава, односно од ограничења права рада тим средствима.

Но, и при још недовољно развијеној друштвеној својини, друштвена средства не могу се сматрати имовином радника, односно других радних људи који њима управљају, односно та средства не чине имовину друштвеног правног лица у којој удружени радници, односно други радни људи управљају дотичним средствима. Права економскоправних субјеката у погледу друштвених средстава битно су, и друштвено-економски и правно, различита од права што их имају приватни субјекти у погледу економских добара што чине њихову имовину.

Закон о удруженом раду не познаје категорију имовине друштвених правних лица. Што више, он за друштвена средства у друштвеном правном лицу намерно избегава употребу израза „имовина". (Напуштен је и израз „укупност друштвених средстава друштвеног правног лица", који је употребљаван у претходним законским пројектима, јер се сматрало да и он има призвук приватизације друштвених средстава, односно да упућује на становити облик групног власништва). Зато речени закон друштвена средства, као што су средства за производњу и друга средства удруженог рада, производи удруженог рада, средства за задовољавање заједничких и општих друштвених потреба, привредна богатства и добра у општој употреби, која чине материјалну подлогу друштвене својине као укупности социјалистичких самоуправних производних односа, означава изразом „друштвена средства којима управљају радници, или други радни људи у друштвеном правном лицу", односно „друштвена средства у друштвеном правном лицу" (чл. 265. ЗУР).

Из наведеног следи да право рада друштвеним средствима са свима својим елементима, а које је израз друштвене својине и самоуправљања, није субјективно имовинско право у смислу у којем се оно схвата и

приказује у теорији имовинског (грађанског) права. Право рада друштвеним средствима је специфично право, тј. социјалистичко самоуправно друштвено-економско право и истовремено и друштвено-политичко право.

Коришћење, управљање и располагање друштвеним средствима су економске функције које произилазе из друштвене својине и самоуправљања. Они уставом нису утврђени као субјективна имовинска права радника удружених у раду средствима у друштвеној својини, односно субјективна права других радних људи удружених или организованих у другим самоуправним организацијама или заједницама (укључујући друштвено-политичке заједнице). Стога, то нису субјективна имовинска права ни друштвених правних лица (које су само правно-организацијски облик скупности удружених радника, односно других радних људи).

Уставом се предвиђа да се права у погледу коришћења, управљања и располагања друштвеним средствима уређују уставом и законом у складу са природом и наменом тих средстава. Уставом и законом нису коришћење, управљање и располагање утврђени као имовинска права, а нису таквима ни могла бити утврђена, јер би то било у супротности са друштвеним самоуправљањем.

Коришћење и управљање друштвеним средствима, правно гледано, јесу субјективна овлашћења удружених радника, односно других радних људи, али не имовинска овлашћења, него друштвено-економска овлашћења која имају друштвено-својинско и самоуправно значење. Та овлашћења не могу постојати изван социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа. Они су неодвојиви од тих односа и неотуђиви су од удруженог рада. Они не могу бити предмет промета.

То вреди и за располагање друштвеним средствима у промету, који је иначе у функцији социјалистичке робне производње и у којему се изражава дијалектика друштвене својне и стиче лични доходак.

У економскоправном промету на основама социјалистичке робне производње учествују две основне категорије економскоправних субјеката — носиоци права својине и друштвена правна лица са положајем социјалистичких робних произвођача (односно других корисника средстава у друштвеној својини). Ти субјекти обављају промет робе и услуга (одн. економских добара) у оквиру дотичне категорије учесника у промету, а такође и промет са учесницима из друге категорије субјеката (тзв. интерсекторски промет). И једни и други субјекти ступају у промет као „чувари роба", али са различитим друштвено-економским положајем и својствима, једни као носиоци права својине, други као управљачи („корисници") средстава у друштвеној својини.

У погледу предмета у класичној теорији имовинског права заступа се схватање о разлици између економског промета и правног промета; предмет економског промета је ствар, предмет правног промета је стварно право на ствари, односно друго апсолутно право.

Закон о удруженом раду не усваја то схватање кад се ради о промету друштвених средстава. Он заузима начелно становиште да, по природи социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа, радници, одн. други радни људи у друштвеним правним лицима, одн. та лица немају стварна, одн. апсолутна права на средства којима управљају, па

стога та права не могу преносити, прибављати, одн. отуђивати. На други економскоправни субјекти не могу имати стварна права на друштвена средства у друштвеном правном лицу. (Донекле су становити изузеци допуштени и предвиђени посебним законима у обављању одређених привредних делатности, али су они маргиналног значења и не укидају начела о економском промету што га обављају друштвена правна лица.)

Одвојено је питање правне заштите друштвених правних лица у погледу друштвених средстава којима они управљају.

Право располагања друштвеног правног лица јесте овлашћење (одн. способност) да ставља у промет друштвена средства (укључујући да прометом новчаних средстава прибавља средства у друштвену својину). Али, само право располагања није стварно право и не може бити предмет промета. Оно се у промету економских добара не прноси на друго друштвено правно лице, а поготово се не отуђује из друштвене својине (одн. не преноси на носиоца права својине). Предмет промета јесте не право располагања, него друштвено средство — ствар, новчано средство, материјално право (чл. 227, 265. ЗУР-а). Темељем права располагања друштвено правно лице обавља економскоправни промет друштвеним средствима, а у обављању тог промета она друштвено средство преноси на друго друштвено правно лице, прибавља економско добро у друштвену својину од носилаца права својине, отуђује друштвено средство из друштвене својине, даје друштвено средство на привремено коришћење, замењује друштвено средство за друго друштвено средство у другом друштвено правном лицу, односно за средство на којему постоји право својине, или по другом основу располаже друштвеним средством (чл. 243. ЗУР-а).

Правни инструменти помоћу којих се обавља економскоправни промет у наведеном смислу јесу самоуправни споразум, уговор, одн. други правни посао (чл. 266, 269. ЗУР-а). Промет економских добара добија правна обележја тиме што се обавља на основу правног посла у складу са правним поретком. Бит правног (економскоправног) промета није у томе што се њиме обавља промет права, него у томе што је промет економских добара правно уређен.

Економскоправним прометом економско добро постаје друштвено средство у друштвеном правном лицу, односно — у случају отуђења средства из друштвене својине — улази у средства стицаоца, носиоца права својине. На основу правног посла као правне чињенице, а у вези са законским одредбама, друштвено правно лице, односно носилац права својине, стиче, у погледу економског добра које је предмет промета, право које свако од њих може имати у складу са својим друштвено-економским положајем. Тако на пример (у смислу чл. 454. Закона о облигационим односима) у случају кад друштвено правно лице уговором о продаји отуђује ствар из друштвене својине, купац по закону стиче право својине (иако то право нема друштвено правно лице које је ствар отуђило); кад, пак, друштвено правно лице уговором о продаји стиче ствар од носиоца права својине, та ствар постаје друштвено средство у дотичном друштвено правном лицу (са одговарајућим социјалистичким самоуправним друштвено-економским овлашћењима коришћења ствари) и то

лице у погледу дотичне ствари стиче право располагања (што значи овлашћење даљег стављања у промет) иако отуђивалац ствари то право нема.

2. Класични облигациони и самоуправни обвезни односи

Закон о облигационим односима, који је ступио на снагу 1. октобра 1978. године, уређује односе у промету економских добара. Но, у погледу тог промета, он обухвата и нешто више, а с друге стране и знатно мање. С једне стране, он обухвата више, јер уређује неке односе изван економског промета у правом смислу речи, као што је нпр. проузроковање штете, одн. одговорност за штету независно од постојеће обавезе (тзв. вануговорна, деликтна одговорност). С друге стране, он не уређује промет економских добара у целости, будући да неки делови тог промета остају изван његове регулативе. Што се тиче овог промета економских добара, ваља имати у виду две различите области: класичне облигационе односе и самоуправно-споразумске односе. У погледу класичних облигационих односа, Закон о облигационим односима не уређује све њих, јер се значајна подручја тих односа уређују било посебним савезним законима било републичким, одн. покрајинским законима. Ипак, за те класичне облигационе односе Закон о облигационим односима представља, у извесном смислу, општи закон, и то стога што одредбе његовог општег дела вреде и за класичне облигационе односе што се уређују посебним (савезним, одн. републичким и покрајинским) законима, уколико тим законима појединa питања из круга дотичних односа нису другачије уређена или нису уопште уређена. У погледу, пак, промета економских добара што се обавља на самоуправно-споразумским основама, тј. удруживањем рада и друштвених средстава на социјалистичким самоуправним начелима, Закон о облигационим односима начелно не уређује односе у том промету. За тај промет важе друга правна правила, а правила Закона о облигационим односима могу ту доћи до примене само посредним путем.

У погледу примене одредаба Закона о облигационим односима на односе што се успостављају у економском промету у земљи неопходно је да се разликују класични обвезноправни односи и самоуправноправни обвезни односи. Економскоправни промет између домаћих економскоправних субјеката обавља се на различитим друштвеним и правним основама, зависно од врсте субјеката (одн. од њихова друштвено-економског положаја) као и зависно од садржаја економских односа што их они међусобно успостављају својом аутономном вољом, одн. које би требало да успоставе према одредбама закона. Гледајући уопштено, као економскоправни субјекти појављују се организације удруженог рада, друге самоуправне организације и заједнице и остала друштвена правна лица (друштвени економскоправни субјекти) те појединци и грађанска правна лица (носиоци права власништва). Друштвени економскоправни субјекти у економскоправном промету делују на основама свог социјалистичког самоуправног друштвено-економског положаја и према условима и задацима који из тих основа произлазе. Носиоци права власни-

штва у економскоправном промету, ради остваривања својих посебничких економских интереса, делују на правно-својинским основама.

У нашој социјалистичкој робној привреди која одражава прелазни период друштвеног развитка, са елементима старих и још не сасвим превладаних класичних тржишних односа и нових социјалистичких самоуправних економских односа, економски промет се обавља према законитостима класичног тржишта, али такође и на основама друштвене својине и по начелима социјалистичког самоуправљања.

У вези с тим, а с обзиром на поменуте категорије економскоправних субјеката што суделују у економскоправном промету, могу се разликовати, условно речено, три круга промета: промет између носилаца права својине (појединаца и грађанских правних лица), промет између друштвених економскоправних субјеката (друштвених правних лица) и промет између носилаца права својине и друштвених правних лица.

У промету између носилаца права својине успостављају се класични обвезноправни односи са одговарајућим економским правима и обвезама дотичних субјеката. Ти односи уређени су правним правилима тзв. имовинског права, односно класичног облигационог права. За такав облигационоправни однос карактеристично је особито то што се у њему појављују две стране (макар било и више економскоправних субјеката на свакој од њих), а свака од тих страна — у односу једне према другој — има своје међусобно неовисне, одвојене и одељене, посебничке интересе. Отуда се свака страна појављује у посебном, међусобно супротстављеном економском (и правном) положају изолованог „повериоца" одн. „дужника" (иако истовремено може бити у обема улогама). То је последица чињенице да свака од две стране у прометном односу наступа као „чувар властите робе". Из таквих посебничких интереса и одељених положаја учесника у промету настају у глобалним оквирима тржишта одговарајуће тржишне закочитости. Главни инструмент за обављање промета на реченим основама јесте облигационоправни уговор, тако да су, у становитом смислу, поменута обележја обвезноправног односа истовремено обележја облигационоправног уговорног односа, одн. уговора.

У промету између друштвених правних лица успостављају се економски (одн. економскоправни) односи на основама друштвене својине и социјалистичког самоуправљања. Стога у промету између тих субјеката у принципу настају, актуелно и развојно, односи међусобне зависности, повезаности, сарадње и солидарности. У тим условима, путем удруживања рада и друштвених средстава и других облика сарадње, између учесника у економскоправном прометном односу успоставља се самоуправно-споразумски однос са заједништвом интереса, чији су нарочито значајни елементи заједничко планирање, заједничко управљање пословима, заједничко утврђивање критеријума цена, заједничко стицање прихода, одн. дохотка, заједничко сношење ризика пословања и др. Иако и у овим односима учесници имају одређена права и обвезе, због чега се и овде може говорити о становитим обвезним односима, у њима делује начело солидарности и усклађивања посебних и заједничких интереса. Наведени елементи дају овим прометним односима посебно

обележје, према којима се могу означити самоуправно-споразумским обвезним односима, будући да се редовно успостављају путем самоуправних споразума. С обзиром на поменуте елементе, очигледно је да су ови односи, и појединачно узети, садржајем битно другачији од оних што се успостављају у промету на основама приватне својине. Разуме се да је различита и њихова улога и дејство у целини друштвено-економских односа, посебно са становишта ограничавања и искључивања стихијног деловања законитости класичног тржишта.

Економскоправни промет између друштвених правних лица на начелима друштвене својине и самоуправљања обавља се редовно помоћу самоуправних споразума, а то су акти самоуправног права. У неким се ситуацијама тај промет обавља помоћу специјалних уговора самоуправног права (као што су нпр. уговори којима се у становитим случајевима успостављају односи између радника у радним заједницама и организација удруженог рада за које они први обављају уговором утврђене послове).

Но, друштвена правна лица међусобно обављају промет у двоврсним односима: у поменутим социјалистичким самоуправним друштвено-економским односима те у класичним обвезним (тржишним) односима. У овим другим односима у промету између друштвних правних лица не успоставља се самоуправно-споразумски однос са заједништвом интереса, него свако од тих лица као учесник у одређеном прометном односу наступа у изолованој позицији повериоца, односно дужника (слично као што бива у промету између носилаца права својине, али ипак са извесном разликом, која произлази из чињенице да друштвено правно лице обавља промет друштвеним средствима).

Самоуправно-споразумски прометни однос између друштвених правних лица на начелима социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа темељи се на вољи дотичних учесника у промету. Али тај се однос у неким ситуацијама у промету по самом праву повезује са одређеним деловањем дотичних економскоправних субјеката. Тако, удруживање рада и друштвених средстава од стране радника у основним организацијама удруженог рада у оквиру радне организације зависи од воље односних радника, али се након конституисања радне организације у пословима који су утврђени као заједнички промет између удружених основних организација (нпр. испорука сировина, полупроизвода и сл.) може обављати само на основама социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа; или успостављање трајнијих прометних односа између производних организација удруженог рада и организација које се баве прометом робе и услуга на велико темељи се на опредељењу радника у дотичним организацијама удруженог рада, али ако наведене организације међусобно трајније обављају промет, њихов прометни однос по самом закону сматра се социјалистичким самоуправним друштвено-економским односом, па се стога на тај однос примењују начела самоуправног права, итд.

У међусобном промету друштвених правних лица, с једне стране, и носилаца права својине, с друге стране („интерсекторски промет"), сваки

од дотичних учесника у прометном односу наступа, по правилу, у посебном, одвојеном положају, са посебним интересима итд. Но, и у том промету на страни друштвених правних лица у неким питањима долазе до примене правна правила о социјалистичким самоуправним друштвено-економским односима (тако нпр. код продаје у погледу отуђења средстава из друштвене својине, односно у погледу прибављања средстава у друштвену својину). Међутим, може се приметити да се и промет између друштвених правних лица и носилаца права својине може у становитим случајевима обављати по начелима социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа (нпр. у случајевима трајније непосредније сарадње организација удруженог рада и земљорадника, итд.).

3. Уговори и самоуправни споразуми

У вези са напред реченим, поставља се питање истоветности, односно разлике између уговора класичног облигационог права и самоуправних споразума социјалистичког самоуправног права. На то питање могло би се одговорити да обе те врсте аката имају нека заједничка обележја, али и да међу њима постоје извесне разлике друштвеног и правног значаја.

Поменути уговори и самоуправни споразуми су правни акти уређени правним правилима и имају, једни и други, одређено правно дејство.

Обе наведене врсте аката имају, даље, заједничко то што, и једни и други, јесу вољни акти, израз сагласности воља економскоправних субјеката који хоће да заснују међусобни економскоправни однос (односно да успостављени такав однос промене или укину).

Код једних и других поменутих аката подразумева се (уосталом, прописима призната и утврђена) слобода уговарања, односно самоуправног споразумевања (начело тзв. аутономије воље), наравно у општим границама правног поретка, као и равноправност субјеката у закључењу уговора, односно самоуправних споразума.

И поред становитих заједничких обележја, класични облигационоправни уговори и самоуправни споразуми се међусобно у неким странама битно разликују. Ако се и остави по страни разлика у погледу поступка за склапање уговора, одн. самоуправног споразума, између њих постоје разлике које су управо одраз оних различитости што постоје између класичних облигационоправних односа у промету и економскоправних прометних односа што се успостављају на основама заједничких интереса и према начелима друштвене својине и социјалистичког самоуправљања, о чему је напред било речи. У том се смислу разликују уговорни односи од самоуправно-споразумских односа.

Кад је реч о самоуправним споразумима као посебној врсти правних аката, различитој од уговора, треба имати у виду да ни сви самоуправни споразуми међусобно нису у свему истоветни. Они се могу разврставати према разним основама. Овде ће се поменути њихово раз-

ликовање према природи њихова предмета, што је, наравно, само један од могућих критеријума њиховог међусобног разликовања. У глобалном систему социјалистичког самоуправљања, предмет самоуправних споразума могу бити разноврсни друштвено-економски и други самоуправни односи од заједничког интереса за учеснике у споразуму, односно разноврсна права, обавезе и одговорности у међусобним самоуправним односима друштвених субјеката. С обзиром на предмет на који се односе, самоуправни споразуми могли би се условно сврстати у три групе: организативне, нормативне и пословно-прометне. Предмет прве групе самоуправних споразума односи се на организовање организација удруженог рада и других самоуправчих организација и заједница, односно на удруживање рада и средстава у извесном организацијско-институционалном облику, са одговарајућим међусобним правима, обавезама и одговорностима учесника. Предмет друге групе самоуправних споразума јесте нормативно уређење друштвено-економских и других самоуправних односа (у виду општих правила). Предмет треће групе самоуправних споразума су конкретни односи у подручју пословања и промета, где особито спада удруживање рада и средстава и стицање заједничког прихода (одн. дохотка) у свима облицима међусобног повезивања и сарадње на самоуправној основи, а изван институционалних облика удруживања. Но, чисти типови самоуправних споразума су ређи; понајвише их је мешовитих, којима су предметом односи разне врсте.

С обзиром на предмет, облигационоправни уговори имају уже подручје од самоуправних споразума, будући да је предмет тих уговора, у основи, ограничен на економскоправне прометне односе; њима се не само због законских одредаба, него због природе односа, не могу успоставити и уредити сви односи који могу бити предметом самоуправних споразума.

За уговоре обвезног права битно је то што се њима између економскоправних субјеката успостављају двострани материјалноправни односи са међусобно неовисним и одељеним положајем учесника у њима. То је, како је раније поменуто, управо карактеристично за уговорне односе у оквиру класичног облигационог права.

Насупрот томе, самоуправчим споразумима успостављају се, на основама друштвене својине и самоуправљања, у условима међусобне зависности, повезаности, сарадње, узајамности, солидарности, односи заједништва, са одговарајућим самоуправним правима и обвезама, који су друштвено и правно различити од оних што настају у уговорчим односима (заједничко планирање, заједничко уговарање итд.). У томе је карактеристика самоуправно-споразумских односа. На њих се, стога, не примењују правна правила класичног обвезног права, него правна правила самоуправног права. То вреди и за уговоре посебне врсте (изван облигационог права) којима се успостављају и уређују односи социјалистичке самоуправне природе (чл. 607. ЗУР-а).

Друштвена улога и значење самоуправних споразума уопште јесте, поред осталог, особито у томе што су они инструмент и начин удружи-

вања друштвеног рада и средстава у друштвеној својини на социјалистичким самоуправним основама. Помоћу њих се остварује планска интеграција и концентрација рада и средстава и координација активности у друштвеној репродукцији од стране радника-самоуправљача, односно њихових организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница. Они омогућују повезивање и сарадњу те успостављање ширих, дубљих и јачих планских веза и односа на целокупном подручју друштвене репродукције. Тиме се остварује функција друштвене својине у подручју промета, отклања стихијно деловање тржишних законитости и анархично понашање правних субјеката у неповезаном и изолованом наступању на тржишту робе, услуга и новца. Такву улогу не може имати уговор облигационог права.

За самоуправно-споразумски однос није од значаја како је назван акт којим се такав однос успоставља. Ако је дотични акт означен као уговор, а однос је успостављен на социјалистичким самоуправним начелима, тај ће се однос сматрати као самоуправно-споразумски однос.

С друге стране, за постојање одн. непостојање самоуправног односа није одлучно једино то што учесници желе успоставити облигационоправни однос уместо самоуправно-споразумског односа. Битно је какви су објективни елементи конкретног односа са становишта друштвено-економског уређења, односно какве односе ваља успоставити према одредбама устава и закона. Однос који према тим одредбама треба успоставити као самоуправно-споразумски однос, ваља таквим сматрати и на њ применити правила самоуправног права иако су, можда, учесници хтели засновати класичан облигационоправни однос.

Самоуправни споразуми већ и сада у пракси имају особито важну улогу како у подручју социјалистичких самоуправних друштвених односа уопште, тако посебно и у подручју промета између друштвених правних лица.

Уговори облигационог права нису једини, а — начелно посматрано — нису ни најважнији инструмент промета. Са становишта друштвено-економског уређења самоуправни споразуми не само у подручју социјалистичких друштвених односа уопште, него управо и у економско-правном промету имају примарну улогу, будући да се помоћу њих и аката планирања класични робно-новчани односи развијају и преображавају у односе социјалистичке робне производње. Стога ће се развојем социјалистичких самоуправних друштвено-економских односа улога самоуправних споразума у пракси, по природи ствари, бити још шира, свеобухватнија. Већ се и сада огроман део унутрашњег промета између домаћих економскоправних субјеката обавља, а убудуће ће се све више обављати, у оквиру самоуправних односа регулисаних самоуправним споразумима, а према законским одредбама које предвиђају успостављање економскопрометних односа на самоуправним основама. И у тим односима између учесника настају међусобна материјална права и обавезе (упор. чл. 598, ст. 2, чл. 601. и сл. ЗУР-а), али не на имовинскоправној основи, него на друштвено-својинском и самоуправном темељу, дакле

права и обавезе друге врсте него што су они који произлазе из класичних облигационих односа.

Међутим, на унутрашњем тржишту остаје велики обим економског промета робе, услуга и новца што се обавља на основи уговора, изван самоуправно-споразумских односа. Отуда се уговори облигационог права не одстрањују сасвим из екномског промета. Они задржавају своју улогу у унутрашњем промету између носилаца права својине, те, углавном, између њих и друштвених правних лица, а у једном делу промета и између самих друштвених правних лица. Најзад, њихова улога у економском промету са иностранством остаје неокрњена.

Што више, уговори облигационог права могу понекад имати извесну „помоћну" улогу у остваривању појединих страна самоуправно-споразумског односа у економскоправном промету. Тако, на пример, у случају удруживања средстава на самоуправној основи у сврху остваривања заједничког прихода одн. дохотка није искључено да учесници у случају потребе склопе, међусобно или са трећим лицем, уговор о кредиту да би, поред удружених средстава, самостално прибавили допунска средства која би им омогућила извршење самоуправним споразумом преузетих пословних задатака и обавеза. У таквом случају, уговор је, у неку руку, у служби самоуправног споразума.

Такву могућност има у виду и Закон о облигационим односима. У вези с тим он садржи начело према којему су друштвена правна лица која заснивају облигациони однос ради извршавања самоуправног споразума што су га међусобно закључила дужна поступати у складу с тим самоуправним споразумом (чл. 6. ст. 1). Ако учесници у самоуправном споразуму закључе уговор ради извршења тога споразума, уговор мора бити у складу с њим. Санкције те одредбе у крајњем случају је рушљивост уговора. Наиме, сваки учесник у самоуправном споразуму, па и онај који није уговорна страна у закљученом уговору, може захтевати да се такав уговор усклади са самоуправним споразумом, или, ако то није могуће, да се у целини, односно делимично поништи (чл. 118).

Утицај самоуправних споразума, а и друштвених договора, на облигационоправне односе долази до изражаја и на други, посредан начин. Закон о облигационим односима (чл. 6. ст. 2) утврђује начело да су друштвена правна лица која су учесници у неком самоуправном споразуму или друштвеном договору дужна у заснивању облигационих односа водити рачуна о својим обавезама које за њих проистичу из поменутих самоуправних аката и у случају кад се облигациони однос не заснива ради њихова извршења. Истина, понашање друштвеног правног лица супротно том начелу нема за последицу обавезу усклађивања уговора са самоуправним споразумом, односно друштвеним договором, нити се само због тога може захтевати поништење уговора, али односно друштвено правно лице подлеже одговорности према правилима о самоуправним споразумима, односно друштвеним договорима.

4. Самоуправноправни обвезни односи и класично облигационо право

На самоуправноправне обвезе односе који се темеље на начелима социјалистичког самоуправног удруженог рада, а из којих за односне учеснике проистичу економскоматеријална права одн. обавезе на давање, чињење или нечињење, што имају за предмет неку економску вредност, примењују се правна правила самоуправног права. Та су правила, међутим, у много чему непотпуна. У Закону о удруженом раду уређење самоуправноспоразумских односа ограничено је на више-мање опште и оквирне одредбе, без довољно одредаба диспозитивне природе. Отуда се та регулатива за практично понашање друштвених субјеката и за решавање евентуалних спорова међу њима чини доста шкртом. Ни поједини други закочи који се односе на разне стране друштвене репродукције и којима се уређују поједине стране и елементи самоуправно-споразумских односа не попуњавају у потребној мери нормативну празнину о којој је реч.

Поставља се питање попуњавања тих празнина, односно, одређеније, питање има ли основа за примењивање правила класичног облигационог права на самоуправно-споразумске односе у случају кад извесна страна таквог односа није уређена правилима самоуправног права.

Одговор на то питање налази се у дијалектици друштвених односа. Социјалистички самоуправни друштвено-економски односи јесу суштински и примарни друштвени односи, они опредељују природу нашег друштва као социјалистичке самоуправне друштвене заједнице. Несоцијалистички односи су заостаци ранијег, старог друштвеног уређења, који „одумиру" законитошћу развитка новог друштва. Стари економскопрометни односи чине још непревладан заостатак у глобалном оквиру социјалистичких производних односа. Одатле следи да правна правила којима се уређују социјалистички самоуправни производни односи имају, у неку руку, примаран значај, јер су она одраз и израз основних друштвених односа. Правна правила којима се уређују класични облигациони односи налазе се у оквиру система правних правила о социјалистичким самоуправним друштвено-економским односима. Према томе, за социјалистичке самоуправне производне односе не могу важити правна правила која су настала на подлози старих, предреволуционарних друштвених односа и који нестају развитком нових, социјалистичких самоуправних друштвених односа. Стога се ни правна правила класичног облигационог права (иако се налазе у нашим прописима као регулатива заосталих још постојећих пред социјалистичких несамоуправних друштвено-економских односа) у подручју промета начелно не могу примењивати на самоуправно-споразумске односе који израстају из друштвене својине и самоуправљања.

Из начела социјалистичког самоуправног друштвеног уређења произлази да би релација правних правила којима се уређују односи са различитим друштвеним карактеристикама требала бити таква да се на целовито изграђени законодавноправни систем правних правила о социјалистичким самоуправним производним односима (наравно, укључујући

односе у промету) наслањају правна правила о класичним облигационим односима. Ова друга правна правила требала би садржавати само правила о посебностима тих класичних облигационих односа, а иначе би се на те односе супсидијарно примењивала правна правила која се односе на промет између социјалистичких самоуправних економскоправних субјеката. То је управо била концепција о изградњи законодавноправног система. Али, из техничких разлога, она није остварена ни Законом о удруженом раду ни другим законодавноправним актима. Спровођење поменуте концепције остаје ствар даљег развитка законодавно-правног система.

За сада у том систему постоје два основна акта којима се уређује економски промет: Закон о удруженом раду, који садржи начелне одредбе о промету што се обавља на основама социјалистичког самоуправног удруженог рада, те Закон о облигационим односима, који уређује класичне облигационе односе у промету. Први закон, из речених разлога, није дао системски заокружено и целовито уређење односа у промету; други — користећи се дуготрајним развитком правне науке и праксе — представља одређени систем правних правила о класичним облигационим односима како су развијени на старим друштвеним основама, према традиционалним схватањима тих основа и уз кориговање према потребама тзв. савременог промета.

Упркос своје нормативне разрађености, Закон о облигационим односима није у погледу прометних односа „општи закон" према Закону о удруженом раду, а овај други није „посебан закон" у односу на онај први. Према томе, правна правила садржана у Закону о облигационим односима не чине општа правила за економскоправни промет, а начела и одредбе из Закона о удруженом раду не представљају посебна правила у односу на она предвиђена у Закону о облигационим односима. Већ из тога следи да у помањкању правног правила у подручју економскоправног промета што се обавља на самоуправним начелима нема основа за супсидијарну примену правних правила о класичним облигационим односима. У наведеној ситуацији, такође нема места примени тих правила ни по аналогији (ни законској ни правној).

То је била и законодавна намера приликом доношења Закона о удруженом раду. На посредан је начин то и изражено у том закону, и то тиме што се у њему изричито упућује на сходну, одговарајућу примену правних правила о класичним облигационим односима само у тачно одређеним случајевима (чл. 208, 598, 608). А и то упућивање је учињено опет из техничких разлога, наиме зато да Закон о удруженом раду не би био сувише оптерећен потањим одредбама о појединим питањима, која, иначе, нису карактеристична само за економскоправне прометне односе на самоуправним начелима.

При садашњем законодавном уређењу у недостатку целовитог и потпуног система правних правила о економскоправним прометним односима на начелима социјалистичке робне привреде, ипак се поставља питање попуњавања празнина у којима је напред било речи. Њих ће, свакако отклањати првенствено друштвени привредни и други економ-

скоправни субјекти усклађеним понашањем и доношењем самоуправних правила у сагласности са начелима социјалистичког самоуправног удруженог рада (чл. 21. и др. ЗУР-а). Самоуправни судови такође, особито судови удруженог рада, својом су функцијом упућени да кроз праксу, засновану на поменутим начелима, стварају правила за односе у промету што се обавља у оквиру социјалистичких самоуправних односа. Ствар је законодавних фактора да одговарајућим, диспозитивним и принудним прописима, обухвате одговарајуће економскопрометне односе у мери у којој пракса економскоправних субјеката то буде захтевала.

При свему томе, ипак ће се моћи користити правна правила Закона о облигационим односима у случајевима који нису предвиђени Законом о удруженом раду. Но, како је речено, нема правне основе ни за непосредно позивање на та правила (осим у случајевима изричито предвиђеним у ЗУР-у, односно, евентуално, у другом закону) ни за њихову супсидијарну, односно аналогну примену. Међутим, судови удруженог рада позвани су да приликом разрешавања спорних односа попуњавају нормативне празнине, а то они могу чинити стварањем правних правила, односно њиховим извођењем из општих начела социјалистичког самоуправног друштвеног уређења (Основна начела Устава СФРЈ, од. X) У таквој ситуацији судови се могу фактичким путем на сходан начин користити и појединим правним правилима класичног облигационог права, али, разуме се, само ако и уколико одговарају конкретном економскопрометном односу и уколико нису у нескладу са начелима социјалистичког самоуправног удруженог рада. Но, тада није реч о аналогној примени правила класичног облигационог права, него о стварању нових правних правила прилагођавањем извесних ранијих нормативних облика новим друштвено-економским, дотично самоуправно-споразумским односима.

5. *Нормативна надлежност у подручју облигационих односа*

У економскоправном промету, на основи наших друштвено-економских односа, између економскоправних субјеката као учесника у том промету успостављају се економскоправни односи различите друштвене и правне природе. У том кругу односа, глобално узевши, разликују се према својим посебним обележјима самоуправни (самоуправно-споразумски) и класични облигациони односи. Не задржавајући се овде на оним првим односима, за уређивање класичних облигационих односа надлежност је подељена између федерације и република, односно аутономних покрајина. Према Уставу СФРЈ (чл. 281. ст. 1. тач. 4), федерација уређује основе облигационих односа (општи део облигација) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга. Ту спадају и облигациони односи из области поморске, унутрашње и ваздушне пловидбе те они из области ауторског права. Уопштено речено, у области класичних облигационих односа нормативна функција федерације обухвата уређивање: 1) основа облигационих односа уопште (како

оних у промету робе и услуга, тако и осталих) те 2) облигационих — уговорних и других — односа у промету робе и услуга. Друштвено-економска и друштвено-политичка подлога такве нормативне функције федерације за подручје облигационих односа лежи, у основи, у нужности и начелима јединства југословенског тржишта као једног од битних елемената југославенске федерације. Јединствене облигационоправне норме, поред других чинилаца, олакшавају и обезбеђују јединство тог тржишта.

У складу с тим, Законом о облигационим односима, донесен на нивоу федерације, садржи две главне групе одредаба: у првом делу су одредбе о облигационим односима уопште (основе облигационих односа); у другом делу се налазе одредбе о појединим уговорима у промету робе и услуга.

Облигациони односи изван промета робе и услуга уређују се законима република, односно аутономних покрајина. Због тога Закон о облигационим односима не садржи одредбе о промету земљишта и зграда (осим неке посебне одредбе), о закупу пољопривредног земљишта, о закупу пословних просторија, о коришћењу, одн. закупу стана, о поклону, послузи, игри, опклади, издржавању, о трајној, одн. доживотној ренти и др. То вреди како за облигационе односе што настају уговором, тако и за односе чији је настанак везан за друге правне чињенице.

За облигационе односе што се уређују законима република, односно аутономних покрајина, важе опште одредбе о облигационим односима садржаним у првом делу Закона о облигационим односима. То проистиче из помнуте уставне одредбе којом се федерација овлашћује да уређује основе облигационих односа („општи део обавеза"). Међутим, сам Закон о облигационим односима предвиђа (чл. 24) да се на облигационе односе што се уређују републичким односно покрајинским законима неће примењивати његове одредбе о основама облигационих односа у питањима што су друкчије уређена републичким, односно покрајинским законом. То значи, да република, односно аутономна покрајина, уређујући облигационе односе који спадају у њену нормативну компетенцију, може одступити од општих одредаба Закона о облигационим односима садржаним у његовом првом делу и, кад захтева природа појединих облигационих односа, извесна питања уредити друкчије него што су у њему уређена. Тада се на односна питања примењују одговарајуће одредбе републичког, односно покрајинског закона. У таквој ситуацији, дакле, не може бити ни сукоба републичког (покрајинског) закона са савезним законом.

Осим тога, републике, односно аутономне покрајине могу уређивати облигационе односе и у подручју промета робе и услуга. Наиме, према Уставу СФРЈ (чл. 268. ст. 3), ако у областима које се уређују савезним законом такав закон није донесен, републике, односно аутономне покрајине могу доносити своје законе, ако је то од интереса за остваривање њихових права и дужности. Тако, примерице, пружање угоститељских услуга улази у сферу промета робе и услуга, па би регулисање облигационих односа што из тога проистичу начелно спадало у законо-

давну компетенцију федерације. Међутим, савезним законом ти односи нису уређени (ако се не рачунају одредбе које се односе на организовање путовања, посреднички уговор о путовању и ангажовање угоститељских капацитета — чл. 859 — 896. Закона о облигационим односима), па се ти односи могу уредити републичким (одн покрајинским) законом. То је, у ширем или ужем обиму, неким републичким прописима и учињено.

Ступањем на снагу Закона о облигационим односима нестаје основ за примењивање — у било којем погледу — старих правних правила у подручју облигационих односа за чије је регулисање надлежна федерација. Та се стара правила не могу више примењивати ни на онај начин што је био допуштен у смислу Закона о неважности правних прописа донесених пре 6. IV 1941. године и за време непријатељске окупације. Но, чини се да није сасвим искључена примена речених старих правних правила на уговорне односе чије је уређивање у законодавној надлежности република, односно аутономних покрајина, под условом да ти односи нису уопште уређени законом републике, односно аутономне покрајине. Тако, стара правна правила могла би доћи у обзир, на пример, код уговора о послузи, разуме се у смислу пом. Закона о неважности правних правила..., али то под условом да тај уговор није регулисан законом односне републике, одн. аутономне покрајине, те под даљим условом да дотична стара правна правила нису супротна одредбама о основима облигационих односа у Закону о облигационим односима (а наравно ни одредбама Закона о удруженом раду).

За облигационе односе у подручју промета робе и услуга (изван самоуправно-споразумских односа) за чије је уређивање надлежна федерација, Закон о облигационим односима представља, у неку руку, тзв. системски закон. Наиме, на нивоу федерације — дакако у границама њене законодавне функције — облигациони се односи уређују и многим другим савезним законима, у ширем или ужем обиму. Закон о облигационим односима, разуме се, нема јачу правну снагу од других савезних закона, па се, према томе, тим другим законима облигациони односи могу уређивати другачије него што су уређени Законом о облигационим односима. Но, у питањима која нису уређена посебним законом којим се иначе уређује извесни облигациони однос долазе до примене одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (чл. 23). Основна начела о облигационим односима, пак, морала би у суштини важити и за облигационе односе што се уређују другим савезним законима.

6. Јединство класичног облигационог права и дуалитет права о економском промету

У правним правилима која су се досада примењивала на класичне уговорне односе у економском промету било је изражено њихово двојство: једна правила, углавном, важила су за односе у промету између тзв. привредних субјеката, а друга правила за односе између других

учесника у промету, као и за односе између њих и привредних субјеката. На томе се је заснивала разлика између привредног права и грађанског права (одн. имовинског права). Закон о облигационим односима напушта то двојство. Он се заснива на схватању о јединственим правним правилима уговорног економскоправног промета, која се примењују на све учеснике у том промету. У том смислу пом. Закона утврђује начелан став (чл. 25) да се његове одредбе о уговорима примењују на све уговорне односе, осим ако за уговоре у привреди није изричито другачије одређено. То одговарајуће вреди и за односе из других правних послова (нпр. издавање вредносних папира).

Унифицирање правних правила уговорног промета спроведено је тако што су — великим делом — преузета у Закон о облигационим односима она правила која су се примењивала у промету између привредних субјеката. Показало се је у пракси да та правила боље изражавају интересе учесника у промету уопште те да више одговарају потребама савременог промета. Многа од тих правила су се и досада у судској пракси примењивала на односе у промету између „непривредних субјеката". Сада су, новим законом, та правила добила законску снагу.

Ипак, унифицирање речених правила није свеобухватно и без изнимка. Морало се је узети у обзир да у уговорним односима у промету између привредних субјеката постоје у извесним питањима неке посебности значајне за њихове интересе и односе. Стога, иако не постоје више посебни уговори у привреди као засебни целовити правни институти који би у битном били различити од оних што би важили за „непривредне субјекте", ваљало је код неких уговора за поједина питања уговорних односа предвидети одредбе применљиве само на односе између привредних субјеката. Таква одступања не постоје код свих уговора, а и иначе су малобројна (нпр. код уговора о продаји у чл. 462, 481, 482, 493, 538).

Израз „уговори у привреди" задржан је у Закону о облигационим односима, али он, као што је наведено, не означава посебне уговоре. Уговори у привреди су уговори „општег" облигационог права што их закључују одређени привредни субјекти у међусобном промету робе и услуга, с тим што за неке стране уговорних односа важе посебне одредбе. Субјекти у тим уговорима („привредни субјекти") су само организације удруженог рада и друге организације и заједнице, али од свих њих само оне које обављају привредну делатност. У те субјекте убрајају се такође и појединци („имаоци радња" и др.) који обављају привредну делатност као своје „регистровано занимање". Један од битних елемената уговора у привреди јесте то што се предмет тих уговора односи на послове у оквиру делатности привредних субјеката, одн. на послове у вези с том делатношћу. Уз то, за појам уговора у привреди значајно је то што се они тичу самоуговорних односа који се успостављају у међусобном пословању наведених субјеката (чл. 25. Закона).

Са унифицирањем правила облигационог права није у нескладу постојање и примењивање узанса и других добрих пословних обичаја, о чему ће даље бити речи.

Разуме се, начело јединства облигационог права не доводи се у питање тиме што су облигациони односи у промету робе, услуга и новца, нарочито поједини уговори, уређени не само Законом о облигационим односима, него и низом посебних закона. Ту није реч о категоријалном разликовању уговорних односа, него се ради о спровођењу одређених начела законодавно-правне технике.

Но, може се приметити да се унифицирање правила о облигационим односима не протеже на правила о самоуправно-споразумским обвезним односима, који се успостављају на самоуправним начелима путем самоуправних споразума. Овим се споразумима у подручју привредног пословања између одговарајућих субјеката такође успостављају становити обвезни односи, али су они битно другачије природе. То је категорија самоуправно-споразумских обвезних односа, а она постоји упоредо и независно од класичних облигационих односа. Отуда и правна правила којима се уређују једни односно други поменути односи чине два засебна паралелна система правних правила економског промета. Њихову општу подлогу чине глобални социјалистички самоуправни друштвено-економски односи, а на тој основи постоји дуалитет правних правила о економском промету: облигациона правна правила и самоуправна правна правила.

7. *Основна начела понашања у промету*

Закон о облигационим односима у глави I. садржи низ основних начела о понашању економскоправних субјеката на тржишту. Њима се ти субјекти у извесном смислу упућују како да се понашају у промету, у заснивању облигационих односа, односно у остваривању права и извршавању обавеза што за њих из тих односа проистичу. Непоштовање тих начела свакако представља неодговарајуће понашање, а ово повлачи за собом извесне штетне последице у облику неких санкција. Међутим, могло би се рећи да понашање које не одговара постављеним начелима нема увек једнаке санкције, одн. да сва та начела немају вредност правних одредаба.

Закон о облигационим односима усваја извесна облигациона правна начела која су иначе уопште прихваћена и изражена било у посебним законским одредбама било у судској пракси и правној доктрини. Ту нарочито спадају равноправност учесника у облигационом односу (чл. 11), савесност и поштење (чл. 12), забрана злоупотребе права (чл. 13), забрана стварања и искоришћавања монополистичког положаја (чл. 14), једнакост вредности узајамних давања (чл. 15), суздржавање од проузроковања штете другоме (чл. 16), дужност извршења обавезе и одговорност за њено испуњење (чл. 17), поступање са одговарајућом пажњом (чл. 18). Ту се може сврстати и начело усклађивања уговорних односа са самоуправно-споразумским односима (чл. 6), о чему је напред било речи.

Наведена начела имају у нас особито значење, јер се повезују са деловањем економскоправних субјеката у условима и на основама соци-

јалистичких самоуправних друштвено-економских односа, а ти субјекти у економском промету остварују не само своје посебне интересе, него имају и дужност да, на начелима социјалистичке друштвене репродукције, задовољавају потребе и поштују интересе других друштвених субјеката.

Нека од наведених начела имају значај правних правила те су као таква непосредно применљива и одражавају се на постанак, промену или престанак облигационог односа, дотично на права и обавезе учесника у том односу. Поједина од тих начела представљају начелне одредбе из којих се изводе, односно на које се наслањају правна правила посебно утврђена у Закону о облигационим односима којима се на конкретнији начин уређују одговарајући облигациони односи. Отуда поступање противно тим начелима повлачи за собом становите правне последице. Оне се, према природи појединог начела, најчешће састоје у ништавости, односно рушљивости правног посла. Уз то, али и независно од тога, може следити одговорност за штету, раскид уговора или друга правна санкција.

Осим наведених начела, Закон о облигационим односима утврђује још и нека друга, која се посебно односе на понашање друштвених правних лица.

Будући да је економски промет продужење производње и саставни део друштвене репродукције, облигациони се односи у основи наслањају на социјалистичке самоуправне производне односе. Стога и Закон о облигационим односима преузима и утврђује извесна начела понашања економскоправних субјеката у промету која одговарају начелима што су утврђена у Закочу о удруженом раду. Од начела што их поставља овај други Закон, за понашање у промету од интереса су нарочито следећа:

— Међусобни односи организација удруженог рада и других учесника на јединственом југословенском тржишту успостављају се на начелима јединствених самоуправних друштвено-економских односа, слободног кретања и удруживања рада и средстава, слободне размене робе, услуга и др. (чл. 20. ст. 1. ЗУР);

— Оргачизације удруженог рада и други учесници на тржишту поступају у складу са законом, добрим пословним обичајима и начелима морала социјалистичког самоуправног друштва и у складу са друштвено-економским односима у удруженом раду, и за своје поступке на тржишту одговорни су једни другима и друштвеној заједници као целини (чл. 21. ст. 1. ЗУР);

— Организације удруженог рада и други учесници на тржишту поступају у складу са усвојеном економском политиком и дужни су да не ремете стабилност на тржишту, не наносе штету другим учесницима на тржишту, потрошачима и друштвеној заједници као целини (чл. 21. ст. 3. ЗУР);

— Оргачизације удруженог рада које послују на страном тржишту дужне су поступати у складу са усвојеном економском политиком, у условима међусобне сарадње и организованог наступања на том тржишту, утврђеним савезним законом (чл. 21. ст. 4. ЗУР).

У складу с тим и другим основним одредбама Закона о удруженом раду, Закон о облигационим односима посебно истиче начела која се односе на друштвена правна лица. Општа карактеристика ових начела, могло би се рећи, јесте у томе што се она појављују као друштвени (друштвено-политички) ставови, као својеврсна друштвена правила понашања у промету, која у подручју класичних облигационих односа редовно немају непосредно правно дејство на конкретне, појединачне облигационе односе и не утичу на права и обавезе економскоправних субјеката у том односу.

Према тим начелима што су утврђени у Закону о облигационим односима, друштвена правна лица у облигационим односима:

— остварују право располагања друштвеним средствима сагласно одлукама што их радници, односно други радни људи у друштвеним правним лицима доносе у складу са статутом, другим самоуправним општим актима и законом (чл. 3. ЗОО);

— поступају у складу са својим плановима и обезбеђују извршење материјалних обавеза преузетих самоуправним споразумима и договорима о основама планова и др. (чл. 4. ЗОО);

— дужне су користити се друштвеним средствима друштвено и економски целисходно, очувати њихову несмањену вредност и др. (чл. 5);

— остварују сарадњу у односима међусобне повезаности и зависности, узајамне одговорности као и солидарности радника у удруженом раду, воде рачуна о циљевима трајније међусобне сарадње и о остваривању заједничких интереса, а организације удруженог рада, земљорадничке и друге задруге остварују сарадњу у облигационим односима и са земљорадницима и другим радним људима који личним радом и својим средствима обављају привредну или другу делатност (чл. 7. ЗОО);

— организације удруженог рада, задруге и радни људи који личним радом самостално обављају делатност дужни су, кад обављањем своје делатности непосредно задовољавају потребе грађана, своја права и обавезе уређивати и вршити на начин којим се обезбеђује редовно и квалитетно задовољавање потреба грађана и што повољнији услови за задовољавање тих потреба (чл. 8. ЗОО);

— организације удруженог рада и други учесници у промету дужни су у облигационим односима поступати у складу с начелом јединства југословенског тржишта и утврђеном економском политиком, не реметити стабилност тржишта и не наносити штету другим учесницима на тржишту, потрошачима и друштвеној заједници (чл. 9).

Могло би се рећи да се наведена начела највећим делом не могу узети као правна начела која би била непосредно применљива на конкретне облигационе односе и која би, у извесном смислу, изравно на њих утицала. У ствари, речена начела представљају у законском облику изражене друштвене ставове о томе како треба да се одређени економскоправни субјекти понашају на тржишту. Нека од поменутих начела конкретизована су у облику одређених правних правила у посебним законима (нпр. она о поступању у складу са плановима, самоуправним споразумима о основама планова и др.). Уколико у спровођењу рече-

них начела нису донесене посебне правне одредбе, она у подручју класичних облигационих односа практично остају својеврсне друштвене упуте или препоруке. Као такве, поменута начела не делују као *правни* регулатор класичних облигационих односа. Па ипак, она нису лишена сваког утицаја на те односе. И у оквиру класичних облигационих односа између друштвених правних лица, као и односа између њих и других одређених субјеката (чл. 7, 8, 9), речена начела могу у становитим ситуацијама бити од помоћи и значаја за тумачење и оцену међусобних права и обавеза, одн. одговорности. Она указују на то да се односни економскоправни субјекти ни у тржиштним односима не требају понашати анархично, него да требају сарађивати и водити рачуна о интересима других субјеката у промету. Поменута начела, с друге стране, мада се тичу понашања одговарајућих субјеката у класичним облигационим односима, имају извесно значење и за подручје самоуправних односа у којима се дотични субјекти налазе. За њихово понашање на тржишту које није у складу са постављеним начелима они могу бити, изван одређеног класичног облигационог односа, одговорни пред другим самоуправним друштвеним субјектима. Та одговорност није економскоправна („имовинска"), него самоуправна, друштвено-политичка, евентуално казнена или друга, зависно од других прописа, одн. самоуправних и општих друштвених правила.

Речена начела Закона о облигационим односима немају обележја моралчих начела, па се не могу генерално поистоветити са правилима морала социјалистичког самоуправног друштва, иако су им блиска. Осим тога, њихово изједначавање отворило би широк пут за проглашавање ништавним многих самоуправних споразума, уговора и других правних послова с обзиром на одредбе Закона о удруженом раду (чл. 588, 598) и Закона о облигационим односима (чл. 10, 103. и др.), према којима су ништавим многих самоуправчих споразума, уговора и других правних ког самоуправног друштва. Подизање речених начела, широко формулисаних и по домету недовољно одређених, на степен моралних правила стварало би правну несигурност. Па и због неприхватљивости таквих последица оправдано је правити разлику између речених начела и правила морала. Међутим, није искључено да нека од тих начела, развитком друштвених односа и друштвене свести, постану друштвена морална правила.

8. *Слобода промета и диспозитивност законских одредаба*

Уставом је утврђена слободна иницијатива у развијању производње и других друштвених и личних делатности у корист човека и друштвене заједнице. Према Уставу СФРЈ (чл. 251, 252), на јединственом југословенском тржишту радни људи и организације удруженог рада су равноправни у обављању делатности и стицању дохотка на основи деловања законитости тржишта и друштвеног усмеравања привредног и друштвеног развоја и усклађивања односа на тржишту. Сходно томе, основу

јединственог југославенског тржишта чине, поред осталог, слободно кретање и удруживање рада и средстава репродукције, слободна размена робе и услуга, научних достигнућа и стручних искустава, слободно формирање и удруживање организација удруженог рада и слободно обављање њихове делатности, слободно наступање на тржишту и самоуправно споразумевање и друштвено договарање о унапређивању производње и промета и о интегрисању друштвеног рада, усмеравање привредног и друштвеног развоја и усклађивање односа на тржишту друштвеним планирањем на основама самоуправљања. Законом се могу прописати услови под којима се у унутрашњем промету обавља размена робе и услуга. Унутрашњи се промет може ограничити само на основу савезног закона, а тим се законом утврђују и услови размене робе и услуга као и услови пословања организација удруженог рада у односима с иностранством.

Елемент друштвено утврђене слободне размене робе и услуга, односно слободног наступања на тржишту, јесте особито слобода самоуправног споразумевања, односно слобода уговарања у економскоправном промету. У складу с тим, Закон о облигационим односима (чл. 10) за своје подручје посебно истиче начело да учесници у промету слободно уређују облигационе односе. То подразумева слободно опредељивање да ли ће се и с ким успоставити економскоправни однос, у погледу чега, када и под којим условима, односно са каквим садржајем, правима и обавезама.

Та слобода, по себи се разуме, не може бити апсолутна, па се и у наведеним одредбама устава предвиђа могућност одређивања извесних услова за обављање промета. Устав и изричито забрањује сваку делатност или радњу усмерену на спречавање слободне размене робе и услуга или на стварање монополистичког положаја на јединственом југославенском тржишту. Доследно томе, Закон о облигационим односима одређује (чл. 14) да у заснивању облигационих односа учесници у промету не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога од њих или за другога ствара или искоришћава монополистички положај на јединственом југославенском тржишту или се стичу материјалне или друге предности које се не темеље на раду или се стварају неравноправни односи у пословању или нарушавању друге основе самоуправних друштвено-економских односа. Посебним се законским одредбама за изузетне ситуације предвиђа могућност ограничења слободе промета, одређују услови обављања промета као и забрана обављања промета ако садржи елементе шпекулације, нелојалне утакмице, монополистичког споразума и др. (нпр. Закон о мерама ограничења тржишта и слободног промета робе и услуга од интереса за целу земљу, Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, Закон о основама пословања организација удруженог рада у подручју промета робе и услуга у промету робе и о систему мера којима се спречава нарушавање јединства југословенског тржишта у том подручју).

Закон о облигационим односима садржи и опште начело којим се учесницима у промету забрањује уређивање (наравно, и заснивање) уговорних односа супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног дру-

штва (чл. 10, те чл. 49, 51, 103. и др.). (Од морала социјалистичког самоуправног друштва ваља разликовати пословни морал који се истиче у појединим законима). Уставна начела друштвеног уређења, принудни прописи и правила морала социјалистичког самоуправног друштва чине у ширем смислу обавезна (принудна) правила, будући да су економскоправни субјекти дужни у заснивању и остваривању облигационих односа поступати у складу с њима па их не смеју ни кршити. Њихова се обавезност огледа у санкцији: правне радње које су им противне немају (осим изузетно, чл. 103. ст. 1) правно дејство. Но, изван тих ограничења, која нужно постоје ради заштите општих друштвених интереса, а у вези с њима и ради заштите интереса појединих економскоправних субјеката, наступање тих субјеката на тржишту осавља се њиховом слободном опредељењу. Уставима и одредбама Закона о удружеом раду и Закона о облигационим односима утврђено је, како је речено, начело слободне размене робе и услуга и оно представља темељ економског промета.

Развијајући већ поменуто начело слободног заснивања и уређивања економскопрометних односа (чл. 10), Закон о облигационим односима и посебно утврђује (чл. 20) да учесници у промету могу свој однос уредити другачије него што је тим законом одређено, осим ако из поједине његове одредбе или из њеног смисла не произилази што друго. Другим речима, правна правила што их садржи Закон о облигационим односима нису сва једнаке правне природе. Нека од њих имају обавезан значај (тзв. когентне, принудне норме), друга правила немају такав значај, него чине тзв. диспозитивне норме, па се примењују тек ако субјекти у промету за свој међусобни облигациони однос нису сами нешто друго одредили.

Принудних правила у Закону о облигационим односима има сразмерно мало. Она се највећим делом тичу основних питања облигационих односа или им је сврха становито обезбеђење и заштита страна у таквом односу. Таква су правила, на пример, она о предмету и основи уговорне обавезе, о способности уговарајућих страна за закључење уговора, о посебној форми уговора у одређеним случајевима, о неким елементима вануговорних и уговорних облигационих односа (особито у одредбама о уговору о осигурању имовине и лица), итд. Обвезатна природа таквих правила најчешће је видљива из текста дотичне законске одредбе. Али, обавезност појединих правила не ретко није изражена на недвојбен начин, него је садржана у њихову смислу, па се тек у њему може пронаћи. То је, међутим, један од правно-техничких недостатака закона, јер може бити повод различитим схватањима у примени дотичних законских одредаба.

За разлику од принудних правних правних правила, чија је функција, у суштини, ограничавајућа одн. забрањујућа, улога је диспозитивних правних правила, у ствари, помоћна. Она, у извесном смислу, надомештају конкретна правила о правима и обавезама субјеката у сваком појединачном облигационом односу, што су их они уговором могли одредити, а нису то учинили; за оне елементе и стране облигационог односа које дотични субјекти нису уредили, важе диспозитивна правила Закона

о облигационим односима (уколико, по њиховој вољи, не долазе до примене нека друга правила).

Диспозитивна правила представљају у неку руку, општу, друштвено утврђену меру за односе у економскоправном промету (без обзира што је, можда, та мера могла бити и другачије предвиђена у извесним питањима). Као општа мера у реченом смислу, диспозитивна правила стварно делују као чинилац усмеравања понашања економскоправних субјеката у односима размене робе и услуга. Одступање од те мере, ствар је аутономне воље одговарајућих субјеката у поједином облигационом односу.

9. *Важење пословних обичаја и узанси*

У погледу обичаја, одн. добрих пословних обичаја становиште законодавства није уједначено. У неким законским одредбама говори се просто о обичајима (чл. 18. Закона о основама пословања организација удруженог рада у подручју промета робе и услуга у промету робе...), у некима — о добрим пословним обичајима (чл. 2. Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума), а у неким се наводе добри пословни обичаји и пословни морал (чл. 17, 26. Закона о удруживању организација удруженог рада у општа удружења и Привредну комору Југославије, чл. 6. Закона о промету робе и услуга с иностранством, и др.). Закон о облигационим односима помиње добре пословне обичаје, узансе и трговачке пословне обичаје. Чини се да наведене разлике нису у свему оправдане.

Закон о удруженом раду (чл. 21) поставља начело да организације удруженог рада и други учесници на тржишту „поступају у складу са законом и добрим пословним обичајима и начелима морала социјалистичког самоуправног друштва".

Неки други закони (нпр. чл. 6. Закона о промету робе и услуга с иностранством, чл. 8. Закона о обављању привредних делатности у иностранству) утврђују дужност придржавања добрих пословних обичаја односно добрих пословних обичаја и пословног морала.

Закон о облигационим односима (чл. 21. ст. 1) поставља као основно начело да су учесници у облигационим односима дужни у правном промету поступати у складу с добрим пословним обичајима. То би се, можда, могло узети као да се добрим пословним обичајима генерално придаје значење правних правила. Али, то се, свакако није хтело. Иначе би добри пословни обичаји имали дерогативну снагу према диспозитивним одредбама Закона о облигационим односима, што није прихватљиво. Али, у неким ситуацијама добри пословни обичаји су мерило понашања учесника у облигационом односу, по се сходно њима одређују њихова права и обавезе, пре свега кад се тиче њихових једностраних поступака. Тако на пример, тзв. општи услови уговора не смеју бити супротни добрим пословним обичајима, јер ће се у противном случају односне одредбе општих услова сматрати ништавим (чл. 143). Иначе се добри пословни обичаји примењују као допунска правила уз диспози-

тивне одредбе Закона о облигационим односима. Примена добрих пословних обичаја који би, евентуално, били супротни диспозитивним одредбама Закона о облигационим односима долази у обзир у случају да су уговорне стране то уганачиле. По себи се разуме да добри пословни обичаји не могу доћи до примене у случају да су противни принудним одредбама закона. Уосталом, тада они не би ни имали карактер „добрих" пословних обичаја.

Са узансама, заправо, ствар стоји слично. Према одредби чл. 21. ст. 2. Закона о облигационим односима, на те се односе примењују узансе ако су учесници у облигационом односу уговорили њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтели.

Што се тиче Општих узанса за промет робом, треба приметити да су оне донесене у условима непостојања законских одредаба о облигационим одчосима. Доцније је за њихово доношење био овлашћен Врховни привредни суд, али он, као што је познато, више не постоји у нашем судском систему. Сада нико нема овлашћење за доношење, одн. утврђивање општих узанса, нити за измену или допуну раније донесених. Но, раније донесене Опште узансе за промет робом нису у потпуности престале важити. Она њихова правила што су преузета у Закон о облигационим односима и у њему утврђена као принудна правила, престају, наравно, важити као узансе. То се може рећи и за оне опште узансе које су у пом. закону преузете као диспозитивна правила. Према томе, узансама се и даље сматрају она правила садржана у Општим узансама за промет робом која или уопште нису садржана у Закону о облигационим односима или која су супротна његовим диспозитивним одредбама.

Међутим, у погледу примењевања ових правила из Општих узанса за промет робом која и даље вреде као узансе, Закон о облигационим односима садржи одредбу другачију од оне из опште узансе бр. 2. Та је узанса, наиме, предвиђала да се опште узансе примењују кад су странке пристале на њихову примену, а сматра се да су оне пристале на њихову примену у пословима у којима је, за случај спора, прописана или уговорена надлежност привредног суда, уколико из уговора не проистиче да су странке искључиле њихову примену.

Та претпоставка о пристанку странака на примену узанса сада не важи. То произилази већ из наведене одредбе чл. 21. ст. 2. Закона о облигационим односима, а то је и посебно одређено у чл. 1107. ст. 1. тог закона. Према томе, за могућност примене Општих узанса за промет робом (у претходно поменутом оквиру) после ступања на снагу Закона о облигационим односима вреди наведена одредба његова чл. 21. ст. 2. То значи да њиховој примени може бити места само ако су стране у облигационом односу њихову примену уговориле или ако из околности произлази да су њихову примену хтеле.

У вези с наведеним је одредба чл. 1107. ст. 2. Закона о облигационим односима, према којој се Опште узансе за промет робом неће приме-

њивати после ступања на снагу тог закона у питањима која су њиме регулисана. То се не би могло односити на облигационе односе засноване пре ступања на снагу пом. закона.

Оно што је речено о примени општих узанса односи се и на примену посебних узанса.

др Милан Бркић

РЕЗЮМЕ

Вопрос упорядочения облигационных отношений

Закон об облигаточных отношениях, в историческом отношении, представляет собой в Югославии первый общий и единственный нормативно-законодательный акт, которым устраиваются облигационные отношения в товарообороте и услугах. Но, он не охватывает все отношения в этом обороте. Ограничение его размера обусловлено двумя обстоятельствами: некоторые облигационные отношения получли полномочия улаживать федеральные единицы, с одной стороны; с другой же, большая часть товарооборота и услуг между организациями объединенного труда и других общественных юридических лиц осуществляется согласно социалистическим самоуправительным началам товарооборота, а они во многом существенно отличаются от начал облигационного закона.

Отсюда, кроме других, возникает разница между облигационными договорами и самоуправительными соглашениями, т.е. облигационным правом и самоуправительно-согласительного права. — Особено из-за существования общественной собственности, законодательная система в Югославии не ведает гражданское право как отдельную цельную юридическую область, точно также и с имущественным правом, кроме области права собственности одиночек и гражданских юридических лиц. Нет специфической основы ни для сушествовачия хозяйственого права как отдельной ветви права, так как Закон об облигационных отношениях отклоняет дуализм общего облигационного права и хозяйственного права; правила единственного облигациочного закона принципиально действительны для всех юридических субъектов, как хозяйственные, так и другие. — Закон об облигационных отношениях утверждает начало свободы товарооборота и услуг и, в связи с тем, и упорядочение облигационных правил закона, исключая те случаи, когда речь идет о защите определенчых отдельных или общих интересов. При этом, облигационные отношения основываются на принципах равноправия обеих сторон, одинаковой стоимости взаимных денежных возмещений, добросовестности и честности, запрещения использования монополистического положения, запрещения злоупотребления правом, обязанности отношения с определенным вниманием, ответственности за скрытное поведение в выполнении договора и др. Иначе облигационные отношения улажены в соответствии с тезисами современного сопоставительного облигационного права, юридической теории и югославской судебной практики.

RÉSUMÉ

La question de l'organisation des rapports d'obligation

La Loi relative aux rapports d'obligation, historiquement considérée, représente en Yougoslavie le premier acte normativo-législatif général et unique par lequel sont organisés les rapports d'obligation dans la circulation des marchandises et des services. Mais elle ne comprend pas tous les rapports dans cette circulation. La limitation de son domaine est conditionnée par deux circonstances: d'une part, certains des rapports d'obligation les unités fédérales sont autorisées d'organiser; d'autre part, une grande partie de la circulation des marchandises et des services entre les organisations de travail associé et les autres personnes morales sociales est réalisée d'après les principes autogestionnaires socialistes de la circulation des marchandises, et ceux-ci diffèrent essentiellement des principes du droit des obligations. Il en résulte, entre autres, que la différence existe entre les contrats d'obligation et les conventions autogestionnaires, c'est-à-dire le droit des obligations et le droit autogestionnaire-consensuel. — Surtout à cause de l'existence de la propriété sociale, le système législatif en Yougoslavie ne connaît pas le droit civil comme une sphère juridique totale particulière. Cela est valable aussi pour le droit partimonial, excepté dans la sphère du droit de propriété des individues et des persones morales civiles. Il n'y a pas de base spécifique ni pour l'existence du droit économique en tant que branche spéciale du droit, car par la Loi relative aux rapports d'obligation le dualisme est aboli du droit des obligations général et du droit économique; les règles du droit des obligations unique sont valables pour tous les sujets juridiques, tant économiques que les autres. La Loi relative aux rapports d'obligation établit le principe de la liberté de la circulation des marchandises et des services, et sous ce rapport-là, en principe, le caractère, dispositif des règles d'obligation, excepeté quand la protection des intérêts individuels ou généraux déterminés est en question. En outre, les rapports d'obligation sont basés sur les principes de l'égalité de droits des parties, la valeur égale des prestations mutuelles, la conscience et l'honnêteté, l'interdiction de l'utilisation de la position de monopole, l'interdiction de l'abus du droit, le devoir de se comporter avec une attention déterminée, la responsabilité pour le comportemnt fallacieux dans l'exécution du contrat etc. Par ailleurs les rapport d'obligation sont organisés en conformité avec les préceptes du droit des obligations comparé contemporain, de la théorie juridique et de la jurisprudence yougoslave.

ПРИМЕНА ОБИЧАЈА И УЗАНСИ ПО ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Доношење Закона о облигационим односима представља несумњиво значајан акт у изградњи нашег новог имовинског права. Међутим, као и код доношења и примене сваког новог великог и важног закона и при примени овог закона појавиће се извесни проблеми, извесна питања која захтевају теоријску обраду и заузимање става од стране судске праксе. Такво једно питање је питање примене и обичаја по овом закону, које заслужује пажњу с обзиром на велики значај који су пословни обичаји и специјално узансе досад имале у нашем привредном промету и с обзиром да је Закон о облигационим односима постао сада главни извор права за уговорне односе у привреди.

Обичајно право и обичаји, некад главни извор права, данас су услед развијеног законодавства изгубили много од значаја са изузетком англосаксонског права и представљају у области грађанског права углавном допунски извор права с обзиром на писане законе. То долази отуда што су законодавци при кодификацији грађанског права унели из обичајног права у законе оно што су сматрали да одговара потребама промета. Ипак, и поред кодификације грађанског права примена обичаја је остала. Тако, већ и први велики буржоаски грађански законици упућују на примену обичаја. Француски грађански законик указује на примену обичаја код регулисања дејства облигација (чл. 1135), код тумачења уговора (чл. 1159 и 1160) и у извесним специјалним случајевима. Други велики буржоаски грађански законик Аустријски грађански законик упућује такође на примену обичаја (§ 10), истина ограничавајући узимање у обзир обичаја само на случајеве, у којима се закон на њих позива. И доцнији грађански законици упућују на примену обичаја (в. нпр. § 151, 157 и 242 Немачког грађ. законика, чл. 1 ст. 2. Швајцарског грађ. законика — који представља начелну одредбу о примени обичаја, уз низ указивања на њихову примену у појединим случајевима као и у Швајцарском законику о облигацијама, чл. 8 и 9 Италијанског грађ. законика, а у нашем предратном праву осим наведене одредбе Аустријског грађанског законика, одредбе о примени обичаја садржи Српски грађ. законик — § 10 и Општи имовински законик за Црну Гору — чл. 2 и чл. 779 и 780, као и трговачки закони, који су важили на подручјима која су раније била у саставу Аустро-Угарске). Примена обичаја нашла је места и у новим социјалистичким грађанским законо-

цима, иако су због револуционарне промене друштвеног система обичаји који су се формирали у условима ранијег друштвеног уређења изгубили доста од значаја, али се формирају нови (в. нпр. чл. 56, 65 и 354 Пољског грађ. законика који говоре о „устаљеним обичајима", док Руски грађански законик — чл. 5 и Чехословачки грађ. законик — § 5 говоре о „правилима социјалистичке заједнице"). Према наведеним прописима примена обичаја има углавном супсидијеран и супплеторан карактер, о чему ће доцније бити више речи.

Међутим, у области трговинског права, код нас у области привредног права, значај обичајног права је много већи. Иако је трговинско право кодификовано, обичајно право и трговачки обичаји и сада су важан извор трговинског права. Због сталних промена у трговини и нових појава показују се немогућим доношење нових или измена и допуна старих закона, те ту законску празнину попуњавају трговачки обичаји, који иду у корак с новим појавама у трговачком промету и његовим потребама. С друге стране, захваљујући интензитету трговинске праксе, путем многобројне и сталне примене, путем уговорних формулара, затим кроз тзв. опште услове и типске уговоре за поједине трговачке послове, итд., нова правила се овде брже стварају него у грађанском праву. Услед свега тога значај обичајног права и обичаја у трговинском праву је већи него у грађанском праву и опште узевши тај значај је врло велики. Истина, он опада са развојем трговачког законодавства, али с друге стране непрекидна динамика трговачког пословања, иницијативни дух, повећање међународног саобраћаја и узајамни утицај права појединих земаља доводе стално до нове праксе и нових правних институција, које су у прво време, док се њима не позабави законодавац, редовно под владом обичајног права. У вези с тим трговачки закони указују на примену обичаја (в. нпр. § 346 Немачког трг. закона, § 1 Аустријског трг. закона, § 1 Хрватско-мађарског трг. закона, § 1 Босанско-херцеговачког трг. закона). Па и Општи имовински законик за Црну Гору посебно указује на обичаје у трговини, занатству и сл. (чл. 780). Посебан значај достигли су трговачки обичаји у међународном трговинском промету, где се путем обичаја врши један вид унификације правила међународног трговачког права. Због тога им међународни правни документи дају важно место у примени. Тако, Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи (чл. VII) обавезује арбитре да воде рачуна о трговинским обичајима. Хашки Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари (чл. 9 ст. 1 и 2) предвиђа да су уговорне стране везане не само обичајима, којима су се подвргли изрично или прећутно као и праксом утврђеном између њих, него и обичајима за које разумна лица истог својства и истој ситуацији како они редовно сматрају да се имају применити на њихов уговор. Закон чак предвиђа да ће се у случају неслагања тих обичаја са Законом применити обичаји, осим ако је супротно уговорено. (Истина, овај последњи став Хашког закона о предности обичаја пред законом критикован је и није преузет у Uncitral-овом нацрту Конвенције о међународној продаји робе). Одредбе о примени трговачких обичаја налазе се и

у неким правилницима међународне трговачке арбитраже (в. нпр. чл. 12 Правилника Спољнотрговинске арбитраже при Трговинско-индустријској комори СССР, чл. 39 ст. 2 Правилника о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије).

Код нас је због револуционарних друштвених промена и насталих празнина у законодавству, у првом периоду после ослобођења била јако наглашена употреба обичаја и обичајног права. Тако, на примену обичаја и узанси упућује већ Основни закон о привредним предузећима од 1946 г. (чл. 37). Закон о решавању имовинских спорова путем државне арбитраже из 1946 г. као и Закон о државној арбитражи од 1947 г. дају Пленуму Главне државне арбитраже право да „утврђује трговачке обичаје и узансе", а после реорганизације државних арбитража у привредне судове Закон о привредним судовима из 1954 г. ставља у надлежност Врховног привредног суда да доноси опште узансе (чл. 18), прописујући поред тога да привредни судови „суде привредне и поморске спорове на основу узанса и трговачких обичаја" (чл. 5). И други прописи из области привреде тога периода упућују на примену обичаја и узанси (Закон о удруживању у привреди, Уредба о трговинској делатности и трговинским предузећима и радњама), а што је посебно важно Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1957 г. прописује изричито примену Општих узанси за промет робом пред привредним судовима (чл. 5). Ово треба објаснити великим значењем које су Опште узансе за промет робом из 1954 г. имале тада за нашу привреду, у коју је уведено самоуправљање и предузећа су добила велику самосталност, што је тражило доношење нових правила за регулисање уговорних односа предузећа.

Указивање на примену обичаја наставља се и после уставних реформи из 1974. г. Тако, на примену обичаја у промету указује Закон о основама пословања организација удруженог рада у области промета и услуга из 1976. г. (чл. 18). Закон о удруженом раду (чл. 21) предвиђа да организације и други учесници на тржишту наступају у складу са законом и „добрим пословним обичајима...". Међутим, овде може да се постави питање значења термина „добри пословни обичаји". У правној теорији разликујемо „пословне обичаје", који регулишу материјално-правне односе између странака у пословном промету и „добре обичаје" или „добре обичаје у привреди", који представљају правила пословне етике. Пословни обичаји треба да буду у складу са добрим обичајима и пословним моралом. У вези с тим код нас се почео јављати назив „добри пословни обичај", што би по неким ауторима значило пословне обичаје који су у складу са добрим обичајима. Међутим, тај термин може да се схвати и као синоним израза „добри обичаји у привреди", који је раније употребљаван, а у ком га смислу схвата Закон о удруженом раду, с обзиром на остали текст наведеног прописа, где се даље говори о „начелима морала социјалистичког самоуправног друштва", о забрани удруживања и повезивања организација удруженог рада и друге делатности, који су управљени на спречавање слободног кретања и удруживања рада и средстава и слободне размене робе и услуга, или на стварање монополског

положаја на јединственом југословенском тржишту. Збрци појмова доприноси код нас и употреба израза „обичај" за обе категорије правила, док се у другим правима употребљавају различити изрази за ове категорије правила. Тако, нпр. у немачком праву за добре обичаје употребљава се израз „die gute Sitten", а у француском „les bonnes moeurs", док за обичај и трговачки обичај Немци употребљавају израз „der Gebrauch" и „der Handelsbrauch", а Французи обичаје и трговачке обичаје називају „les usages" и „les usages de commerce". Свакако појам „доброг пословног обичаја" треба рашчистити у нашој правној теорији и дати му прави смисао тј. правила пословне етике. Оно што је за нас од посебног интереса овде јесте став који по питању примене обичаја и узанси заузима Закон о облигационим односима, који се овим питањем посебно бави.

Пре него што бисмо прешли на анализу прописа Закона о облигационим односима осврнућемо се кратко на схватање теорије и законодавства у упоредном праву о односу закона и обичаја и узанси. Као што смо раније указали, Француски грађански законик, који је укинуо обичајно право које је важило до његовог доношења, не садржи једну општу одредбу о примени обичајног права и обичаја убудуће, него садржи извесне општије одредбе о примени обичаја у појединим материјама и упућује на примену локалних обичаја у појединим специјалним случајевима. Општији карактер имају прописи чл. 1135, у глави о дејству облигација, где се предвиђа да уговори обавезују не само на оно што је у њима изражено, него и на све последице које правичност, обичај или закон дају обавези према својој природи, као и чл. 1159 и 1160 у одељку о тумачењу уговора, где се предвиђа да се оно што је двосмислено тумачи оним што је уобичајено у земљи где је уговор закључен и да уговор треба допунити клаузулама које су у њему уобичајене, иако нису изражене. Аустријски грађански законик заузео је у погледу примене обичаја радикалан став предвиђајући (§ 10) да се обичаји могу узети у обзир само у случајевима, у којима се закон на њих позива, при чему је на примену обичаја указао само у пет параграфа. Међутим, у Аустријском трговачком законику од 1862. г. (§ 1) прописује се да у трговачким стварима, ако Законик не садржи одредбе као мерило служе трговачки обичаји (што је преузето и у Хрватско-мађарском и у Босанско-херцеговачком трг. закону), дакле супсидијерна примена обичаја. Немачки грађански законик указује на примену обичаја у промету код питања прихвата понуде (§ 151), код тумачења уговора (§ 157) и код извршења престације од стране дужника (§ 242). Швајцарски грађански законик предвиђа примену обичајног права у недостатку законске одредбе (чл. 1 ст. 2). Италијански грађански законик (чл. 8), слично Аустријском грађанском законику предвиђа да у материји регулисаној прописима обичаји имају дејство само уколико то прописи захтевају. Пољски грађански законик предвиђа узимање у обзир „устаљених обичаја" код дејства правног посла (чл. 56), код тумачења изјаве воље (чл. 65) и код извршења обавезе од стране дужника (чл. 354).

У нашем предратном праву на подручјима примене Аустријског грађанског законика важио је поменути став Законика као и наведених трговачких закона. Српски грађански законик (§ 10) заузео је либералнији став од свог изворника прописујући да ће у случају законских празнина решавати разумно и савесно по општим основама постављеним Законику или „опште познатом досадашњем обичају", имајући у виду законске прописе за сличне случајеве, предвиђајући иначе поједине случајеве у којима има места примени обичаја. Општи имовински законик за Црну Гору (чл. 2) предвиђа примену обичаја за случај да се у Законику ни у додатцима његовим не би нашло правила. Законик такође предвиђа (чл. 780) да се код појединих професија (трговина, занатство итд.) треба владати по обичајима те професије. Већ смо говорили о нашим новим прописима који предвиђају примену обичаја.

Као што видимо, грађански законици различито регулишу питање односа законских прописа и обичаја односно питање примене обичаја, при чему можемо разликовати три основна става: било да законици допуштају примену обичаја само кад је то изрично указано, било да указују на примну обичаја у појединим случајевима не изјашњавајући се о примени обичаја и у другим случајевима, било да садрже општи став о допуштању примене обичаја у случају законских празнина. С обзиром на недовољне и често рестриктивне одредбе појединих грађанских законика о примени обичаја и обичајног права, питање примене обичаја изазвало је у XIX веку велике дискусије у праву. Нарочито се развила дискусија у француском и немачком праву, где грађански законици не садрже једну генералну одредбу о примени обичаја уопште, него предвиђају њихову примену у појединим питањима. Као што је познато, у правној теорији се разликују три случаја примене обичаја: примена када сам закон упућује на обичаје тзв. примена secundum legem, примена када треба попунити законске празнине тзв. примена praeter legem, примена када су обичаји у супротности са законом тзв. примена contra legem. У погледу примене secundum legem нема спорова међу ауторима, обичаји ту имају снагу извора права на основу закона. Спорна је примена praeter legem у случају када закон не упућује на примену обичаја у случају законских празнина, али је и не забрањује, дакле када закон ништа не каже, као што је то случај у француском и немачком праву. Већина аутора сматра да у том случају има места примени обичаја. (Наш пок. проф. Борђе Тасић на то питање овако је одговорио: „Наш одговор је једноставан. Државни орган ће примењивати обичај, зато што је држава дужна да служи друштвеним схватањима и потребама колико год је то могуће и да води рачуна о друштвеној сигурности. Примењујући обичајно право, држава одговара овом задатку најбоље". В. Увод у правне науке, Београд 1938, стр. 128). Размимоилажења су се појавила у вези са питањем примене обичаја супротних закону, примене contra legem. Аутори се слажу да се обичаји не могу примењивати кад су супротни јавном поретку и императивним прописима. Међутим, разлике у схватањима су се појавиле код питања примене обичаја који су супротни диспозитивним прописима. Већина

немачких правних аутора сматра да новостворени обичаји имају првенство у примени пред диспозитивним нормама, док се у француском праву заступа супротно гледиште. Ипак, новија гледишта у француској доктрини иду затим да примену обичаја треба дозволити у случају кад су законске норме застареле и не одговарају потребама промета а законодавац није формално укинуо закон.

Закон о облигационим односима садржи извесне опште одредбе о примени обичаја и узанси, као и низ одредаба о примени обичаја у појединим односима или код појединих уговора (в. нпр. чл. 32 ст. 2. 33, 34, 39, ст. 2, 44, 143, ст. 1, 398, ст. 3, 459, 464, ст. 2, 534, 567, ст. 2 и др.). За нас су овде значајне у првом реду опште одредбе Закона садржане у чл. 18, 21 и 1107. Закон најпре у чл. 18 прописује да је учесник у облигационом односу дужан да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према „правилима струке и обичајима". У чл. 21 Закона предвиђа да су учесници у облигационим односима дужни да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима (ст. 1) и да се на облигационе односе примењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели (ст. 2). Закон се питањем примене обичаја и узанси бави и у прелазним и завршним одредбама у чл. 1107. Закон ту, на првом месту, предвиђа да се одредба општих или посебних узанси којом се утврђује претпоставка да су уговорне стране пристале на примену узанси, уколико их уговором нису искључиле, неће примењивати после ступања на снагу овог закона (ст. 1). Закон, даље, предвиђа да се Опште узансе за промет робом неће примењивати после ступања на снагу Закона у питањима која су њиме регулисана (ст. 2). Најзад, Закон прописује да ће се у случају кад су опште или посебне узансе или други трговински пословни обичаји супротни диспозитивним нормама Закона, примењивати одредбе Закона, осим ако су странке изричито уговориле примену узанси, односно других трговинских пословних обичаја (ст. 3). Занимљиво је да Закон о облигационим односима код прописа о тумачењу уговора не говори о примени обичаја, као што чине други грађански законици (в. нпр. чл. 1160 Француског грађанског законика, § 157 Немачког грађанског законика, чл. 65 Пољског грађанског законика), иако је сигурно да при тумачењу треба водити рачна о схватањима средине, убрајајући ту и обичаје који у тој средини владају. Међутим, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, која је служила као основ за израду Закона, указује (чл. 78 ст. 1) да се заједничка намера уговорника утврђује и „према ономе што редовно бива у поштеном промету".

Анализирајући наведене прописе видимо да Закон на првом месту (чл. 18) предвиђа примену обичаја у извршавању обавеза из професионалне делатности. Међутим, нагласак је у овом пропису на повећаној пажњи припадника једне професије („пажња доброг стручњака", како је Закон назива), која се тражи у вези са повећаном одговорношћу при вршењу професионале делатности. Закон ту само предвиђа да се мора

поступати са повећаном пажњом, а према правилима струке и обичајима који владају у тој бранши. Из тога се не би могла извести обавезна примена пословних обичаја, Закон се питањем њихове примене посебно бави. Затим, не би било логично да Закон предвиђа обавезну примену обичаја, када ни сви прописи Закона нису обавезни (већина прописа је диспозитивне природе) и када је — као што ћемо ниже видети — ограничио примену узанси, које објављују овлашћена тела.

У чл. 21 ст. 1 Закон обавезује учесника у облигационим односима на поступање у складу са добрим пословним обичајима. „Добри пословни обичаји" су правила пословне етике и обавезујући на њихово поштовање законодавац је поставио један од коректива строгости и злоупотребе прописа. Ове обичаје, као што смо рекли, не треба мешати са трговинским пословним обичајима, који регулишу материјално-правне односе између странака у облигационом односу и о којима Закон доцније посебно говори. У ст. 2 чл. 21 Закон се бави применом узанси, допуштајући њихову примену ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели. Овде треба приметити да Закон говори само о примени узанси, које представљају систематизоване и објављене трговинске обичаје, док о трговинским обичајима у ужем смислу, тј. онима који нису објављени као узансе Закон овде не говори. Може се претпоставити да је томе узрок и нерашчишћеност појма „добри пословни обичаји" и нека схватања у нашој правној теорији да су под појмом добрих пословних обичаја обухваћени и трговински пословни обичаји, о чему смо раније говорили, мада се из формулације Закона види да он не мисли на чисто пословне обичаје, јер обавезује на поступање „у складу са добрим пословним обичајима, а затим Закон доцније врши јасну дистинкцију између ове две категорије обичаја, јер он у чл. 143. предвиђа ништавост одредаба општих услова које су противне добрим пословним обичајима, дакле правилима пословног морала, а у чл. 1107 говори, као што смо видели о „трговинским пословним обичајима". Мислимо да путем аналогије треба заузети став да оно што Закон предвиђа у погледу узанси важи и за трговинске обичаје у ужем смислу, јер су и узансе трговински обичаји. Истина, при примени обичаја и узанси прави се разлика у томе, што обичаје уколико нису суду познати треба доказивати, док су узансе познате пошто се публикују. Друга ствар је што наши судови цене да ли одређени пословни обичај одговара нашој садашњој социјалистичкој економици, с обзиром да су се извесни трговачки обичаји формирали раније у условима капиталистичке привреде, док код узанси отпада потреба да их судови цене пошто су донете у данашњем поретку од стране овлашћених тела. Међутим, овде се ради о примени узанси на основу воље странака, изражене било директно или индиректно, што свакако треба усвојити и за примену других трговачких обичаја.

У чл. 1107 ст. 1 Закон, као што смо видели, предвиђа да претпоставка садржана у општим или посебним узансама да су уговорне стране пристале на њихову примену, неће више важити после ступања Закона

на снагу. Претпоставка о пристанку странака на примену садржана је у Општим узансама за промет робом (уз. бр. 2), где се предвиђа да се те узансе примењују кад су странке пристале на њихову примену, с тим што се сматра да су странке пристале на ту примену у пословима у којима је за случај спора прописана или уговорена надлежност привредног суда, уколико из уговора не проистиче да су странке искључиле њихову примену. Уношење сличних претпоставки уобичајено је код узанси које доносе берзе или трговачке коморе и удружења, где су нпр. узансе обавезне за послове склопљене на берзи, а постоји претпоставка о њиховој примени и за друге послове кад се расправљају пред берзанским судом. Пошто је код нас за доношење Општих узанси био надлежан Врховни привредни суд (раније Главна државна арбитража), то се сматрало да се наведена претпоставка може прихватити за спорове пред привредним судовима. При томе се полази од тога, да су Опште узансе, пошто су званично објављене, познате странкама, што је општи услов за примену обичаја. Уношење ове претпоставке у Опште узансе требало је поред тога да допринесе њиховој што већој примени у пословном промету, с обзиром на недостатак нових законских правила о регулисању уговорних односа у нашој привреди. Истина, Опште узансе су диспозитивне природе и странке су могле искључити њихову примену, али то се у пракси ретко дешавало и Опште узансе су стварно постале најважнији извор права за регулисање уговорних односа у нашој привредној пракси. Овде треба рећи да су Опште узансе црпеле своју снагу и из законских прописа, јер је њихову примену пред привредним судовима предвидео Уводни закон за Закон о парничном поступку (чл. 5). Могло би се рећи да су овом одредбом Опште узансе дигнуте на ранг обичајног права, с обзиром на разлику, која се у правној теорији прави између обичаја и обичајног права, при чему је код обичаја основ примене убеђење о целисходности, док је код обичајног права основ примене убеђење о обавезности примене (тзв. opinio iuris sive necessitatis). У пракси није увек лако разликовати ове две категорије правила, а у правној теорији се сматрало као извесно да обичај постаје обичајно право када закон на њега директно упућује (примена обичаја secundum legem). С обзиром да је Закон о облигационим односима донео нова правила о регулисању уговорних односа у привреди, логично је да је наведену претпоставку о пристанку странака на примену Општих узанси требало напустити, а Закон је донео нова правила о примени узанси и обичаја. Наведена претпоставка о пристанку странака на примену узанси налазила се и у неким посебним узансама, те ни тамо неће више важити после ступања Закона на снагу.

Поред наведеног укидања даљег важења претпоставке о примени општих и посебних узанси, Закон у ст. 2 чл. 1107 још посебно у погледу Општих узанси за промет робом предвиђа да се оне неће примењивати после ступања на снагу Закона у питањима која су њиме регулисана. Ова одредба била је потребна посебно стога, што су Опште узансе донете у време кад није било нових прописа, па су у Опште узансе унете и одредбе, које по својој правној природи не представљају узансе,

него одредбе чисто законског карактера. Доношењем Закона о облигационим односима треба да отпадне примена тих узанси. Такође треба да отпадне и примена узанси чисто „узансног" карактера, уколико је одређено питање друкчије решено Законом, с обзиром на став Закона у ст. 3 чл. 1107, о коме ће ниже бити речи. Значи, могу да се примењују оне узансе из Општих узанси за промет робом које само допуњују законске одредбе и нису с њима у супротности, а испуњавају законске услове за примену узанси уопште. Међутим примена законске одредбе из чл. 1107 ст. 2 може да наиђе на тешкоће у пракси, јер може да буде спорна примена одређене узансе, с обзиром на законске одредбе о поменутом питању. Тако, нпр. из одредаба Општих узанси о закључивању уговора мислимо да задржавају снагу оне узансе које се тичу издавања писмене потврде о усмено закљученом уговору у облику уговора или закључнице, или одредбе о закључивању уговора путем телефона, телеграма или телепринтера, затим узансе о начину утврђивања квантитета или квалитета, које не садржи Закон о облигационим односима, а које употпуњују законска правила. То су, иначе, узансе „узансног" карактера, за разлику од неких узанси, које су стварно „законског" карактера. Међутим, може да буде спорно нпр. да ли се може применити одредба уз. бр. 58 ст. 2, која код измене и раскида уговора због промењених околности предвиђа да кад једна странка тражи измену уговора због промењених околности, друга странка може одустати од уговора, у ком се случају сматра као да уговор није ни закључен. Спорно је ту наиме да ли се може сматрати да је питање ревизије и раскида уговора због промењених околности у потпуности регулисано законом. О таквим случајевима биће потребно да се изјасни наша судска пракса и правна теорија. Свакако би било корисно да је приликом израде Закона о облигационим односима било узето у разматрање издавање пречишћеног текста Општих узанси, који би био објављен приликом доношења Закона, али се може то учинити и сада пошто је Закон донет, јер би тако била уклоњена спорна питања, која ће се појавити при примени одредбе чл. 1107 ст. 2 Закона.

У ст. 3 чл. 1107 Закона о облигационим односима предвиђа се да ће се у случају кад су опште или посебне узансе или други трговински пословни обичаји супротни диспозитивним нормама Закона, примењивати одредбе Закона, осим ако су странке изричито уговориле примену узанси односно других трговинских пословних обичаја. При анализи ове норме појављује се такође известан проблем. Као што смо већ указали раније у чл. 21 ст. 2 Закон допушта примену узанси ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтели, док напред наведени пропис чл. 1107 ст. 3 дозвољава примену узанси и других трговинских обичаја супротних диспозитивним нормама Закона само ако су странке изричито уговориле њихову примену. Повезујући прописе ова два члана произилази да у случају кад „из околности произилази" да су странке хтеле примену узанси, који предвиђа чл. 21 ст. 2, примена узанси неће бити дозвољена ако су узансе супротне диспозитивним нормама Закона, с

обзиром да чл. 1107 ст. 3 предвиђа могућност примене узанси или других трговинских обичаја супротних диспозитивним нормама Закона, само ако су странке „изричито" уговориле њихову примену. Не види се разлог за овакав став Закона, јер и кад из околности произлази да су странке „хтеле" примену узанси, та примена произилази из воље странака, исто као и кад су изричито уговориле њихову примену. Сматрамо да би и у случају кад примена узанси (а аналогно и других трговинских обичаја) произилази „из околности", требало би дозволити ту примену, пошто је основни услов за примену диспозитивних норми да не постоји другачија воља странака, што произилази и из чл. 20 Закона. Диспозитивне норме надомештају вољу странака, а кад је другчија воља странака изражена — било директно или индиректно — нема места примени диспозитивних норми.

Не улазећи у друга питања која се постављају при примени обичаја, специјално када Закон у појединим случајевима директно упућује на њихову примену (познавање обичаја од стране странака, доказивање обичаја, право суда да оцени обичаје да ли су у складу са данашњим нашим друштвеним поретком ако су се формирали раније итд.) јер је правна теорија по тим питањима заузела доста одређен став, овде бисмо извели само неке опште закључке поводом општих одредаба Закона о облигационим односима о примени узанса и других обичаја. Закон садржи неколико општих одредаба о примени трговинских обичаја и узанси, из којих произлази: 1) да је примена узанси допуштена ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтели, али није јасно да ли се то односи и на друге трговинске обичаје (трговински обичаји у ужем смислу); 2) Закон дозвољава примену узанси и других трговинских обичаја и кад су супротни диспозитивним нормама Закона, ако су странке изричито уговориле примену узанси и обичаја, али се не види да ли се узансе и обичаји који су супротни диспозитивним нормама, могу применити и кад њихова примена произлази из околности; 3) Закон упућује директно на примену обичаја у извесним одређеним случајевима и допушта примену узанси кад је у том смислу изражена воља странака, али није јасно да ли постоји могућност примене обичаја ван тих случајева. У вези са овим последњим питањем видели смо да низ грађанских законика у упоредном праву даје места примени обичаја у недостатку одговарајућих норми или у одређеним материјама, као нпр. код питања тумачења уговора, дејства уговора, извршења облигације. Изузетак је Аустријски грађански законик који дозвољава примену обичаја само у врло ограниченом броју случајва, на које Законик директно упућује. Међутим, то се објашњава схватањем које је владало у време доношења Законика, да примена обичаја није више дозвољена или је дозвољена само у малој мери, пошто је Законик обухватио сва правна правила важна за промет, а такође и са слабијим развојем промета у том периоду тј. почетком XIX века. Међутим доцнији развој грађанског промета, а посебно привредног промета, показао је да се примени обичаја мора дати више места, они су добили значај извора права, па је

и у Аустријском трговачком законику заузет други став. Стога можемо рећи да је став Закона о облигационим односима, који дозвољава примену обичаја само у случају кад Закон на њих директно упућује или за њихову примену постоји изражена воља странака, строг и не одговара потребама данашњег привредног промета. То утолико више, што је примена обичаја и узанси досад имала важно место у нашем праву и што наши други прописи ван Закона о облигационим односима упућују на њихову примену једном општом одредбом, као што то чини Закон о основима пословања организација удруженог рада који у погледу услова и начина вршења промета робе и услуга упућује на супсидијарну примену обичаја у промету (чл. 18). Сматрамо да би слично, као у неким другим правима требало прихватити схватање да у случају законских празнина има места примени обичаја, уколико нису супротни јавном поретку и императивним прописима.

Као што се види, у вези са применом одредаба Закона о облигационим односима, које се односе на могућност примене обичаја и узанси у облигационим односима појављује се низ проблема. Задатак је наше правне теорије и судске праксе да унесу више јасноће у ове одредбе Закона и да их допуне, с обзиром на значај узанси и других трговачких обичаја у савременом привредном промету.

др Владимир Капор

РЕЗЮМЕ

Применение обычаев и торговых юзансов согласно Закону об облигационных отношения

Отмечая большое значение Закона об облигационных отношениях в строении югославского гражданского и торгового права, автор занимается вопросом применения обычаев и торговых юзансов согласно этому закону. Автор сначела излагает, как этот вопрос регулирован в известных европейских гражданских кодексах и какое положение было у нас в этом отношении до принятия Закона об облигационных отношениях в югославском законе, где торговые обычаи и юзансы имели большое значение. Автор различает три основные позиции гражданских кодексов по вопросу отношений законных предписаний и обычаев т.е. по вопросу применения обычая только о таких случаях, когда это закон категорически постановляют, указывая ли на применение обычая в отдельных случаях, не изъясняясь о применении обычая и в других случаях, или же когда кодексы содержат общие положения о разрешении применения обычая в случае отсутствия каких-либо других постновлений.

Затем автор особенно занимается вопросом применения обычая и юзансов согласно югославскому Закону об облигационных отношениях, который содержит целый ряд постановлений о применении обычаев в отдельных случаях, также как и некоторые общие предписания о применении обычаев и торговых юзансов. Автор анализирует эти общие предписания Закона и указывает на известные неясность и противоречие. Автор считает, что следовало бы дать больше места применению обычая и, что в связи с потребностями современного оборота следовало бы принять точку зрения, что при отсутствии других решений применение обычая всегда имеет место, если же обычаи не противоречат общественному строю и повелениям предписаний, при чем автор как раз думает о примечении торговых обычаев и юзансов.

A SUMMARY

The Application of Customs and Usance according to the Law on Obligation

Having asserted the great significance of the Law on Obligation Relations in the development of the Yugoslav civil and commercial law, the author deals with the question of application of customs and usance according to the letter of this Law. First of all, the author explains the manner in which this problem has been regulated in well known European civil codes and describes the situation in Yugoslav law up to the passing of the Law on Obligation Relations in that respect, in which commercial customs and usance had considerable impact. The author distinguishes three main stand-points expressed in civil codes in respect of the relationships between the legal regulations and the customs, that is, the question of application of customs: whether the law allows the application of customs only in cases where regulations expressly provide it, or merely points (implies) to the application of customs in particular cases without committment as to the application of customs in other cases as well, whether they contain (express) a general stand-point in connection with the application of customs in cases of legal gaps.

The author devotes notable attention to the question of application of customs and usance in the Yugoslav Law on Obligation Relations, which contains several regulations about the application of customs in particular cases, as well as certain general regulations concerning the application of customs and usance. The author analyses these general regulations of the Law and points out certain ambiguities and contradictions. The author thinks that a wider latitude should be provided for the application of customs and that taking into aaccount the needs of contemporary commercial activity there should be accepted the point of view that there is room for the application of customs at all times in the case of legal gaps, if the customs are not adverse to the public order and the imperative regulations. Having said that, the author particularly implies to the application of commercial customs and usance.

RÉSUMÉ

L'application des coutumes et des usances d'après la Loi relative aux rapports d'obligation

En constatant la grande importance de la Loi relative aux rapports d'obligation dans l'édification du droit civil et du droit commercial yougoslave, l'auteur s'est consacré à l'étude de la question de l'application des coutumes et des usances d'après cette loi. En premier lieu l'auteur a exposé comment la question de l'application des coutumes et des usances était réglementée dans les codes civils européens renommés et quel était l'état sous ce rapport-là jusqu'à l'adoption de la Loi relative aux rapports d'obligation dans le droit yougoslave, dans lequel les coutumes commerciales et les usances avaient une grande importance. L'auteur distingue trois positions fondamentales des codes civils dans la question des rapports des prescriptions légales et des coutumes c'est-à-dire en ce qui concerne la question de l'application des coutumes: soit que les codes permettent l'application des coutumes seulement lorsque cela est expressément prévu par les prescriptions, soit qu'ils signalent l'application des coutumes dans certains cas sans se prononcer sur l'application des coutumes aussi dans les autres cas, soit qu'ils contiennent la prise de position générale permettant l'application des coutunes dans le cas qu'il y a des lacunes dans la loi.

L'auteur s'est ensuite occupé spécialement de l'étude de la question de l'application des coutumes et des usances d'après la Loi yougoslave relative aux rapports d'obligation, qui contient une série de dispositions sur l'application des coutumes dans les divers cas, ainsi que certaines dispositions générales sur l'application des coutumes et des usances. L'auteur analyse ces dispositions de la Loi et il attire l'attention sur certaines confusions et contradictions. L'auteur considère qu'il faudrait réserver une place plus large à l'application des coutumes et qu'en relation avec les besoins du commerce de marchandise contemporain il faudrait adopter la conception selon laquelle on peut toujours recourir à l'application des coutumes dans les cas qu'il y a des lacunes dans la loi, pour autant que les coutumes ne sont pas en contradiction avec l'ordre public et les prescriptions imperatives. A ce sujet l'auteur pense surtout à l'application des coutumes commerciales et des usances.

НАЧЕЛО ЈЕДНАКЕ ВРЕДНОСТИ ДАВАЊА ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

I

Начело једнаке вредности давања као опште начело облигационог права

Према Закону о облигационим односима, једнака вредност узајамних давања у двостраним уговорима има значај једног од основних начела Закона. Закон је то начело изразио у чл. 15 на следећи начин:

1) „У заснивању двостраних уговора учесници полазе од начела једнаке вредности узајамних давања.

2) „Законом се одређује у којим случајевима нарушавање тога начела повлачи правне последице."

Међутим, начело једнаке вредности давања прелази оквир двостраних уговора и уговорног права уопште. Оно се среће и у области проузроковања и накнаде штете, правно неоснованог обогаћења, незваног вршења туђих послова и другим областима, тако да се може рећи да оно прожима облигационо право у целини и да представља опште начело ове области права. Због тога овај рад не носи наслов „Начело једнаке вредности узајамних давања у двостраним уговорима" или „Начело једнаке вредности узајамних давања", како би се, с обзиром на чл. 15 Закона о облигационим односима, могло очекивати. Јер, такав наслов би расправу везао само за област уговора. Насупрот томе, рад носи наслов „Начело једнаке вредности давања према Закону о облигационим односима", чиме је овом начелу дат домашај општег начела облигационог права, управо дат му је онакав домашај какав оно у ствари има. Наведена опаска не представља критичку примедбу на Закон о облигационим односима, јер је Закон наведено начело везао за област живота у којој је поникло и у којој се најрељефније изражава. Али, с обзиром да начело једнаке вредности давања, која не морају увек бити узајамна у смислу давања и примања, као што је то случај са узајамношћу у двостраним уговорима, долази до израза и у другим областима облигационог права, а не само у области уговора, то је и са теоријског и са практичног становишта оправдано, чак потребно, дати му шири домашај већ у самом наслову овог рада.

II

Једнака вредност давања као појам

Пре него што се укаже на установе облигационог права, садржане у Закону о облигационим односима, у којима начело једнаке вредности давања долази до израза, као и на оне које служе за његову заштиту, затим на правни значај и улогу овог начела, потребно је размотрити и одредити појам једнака вредност давања. Наиме, поставља се питање да ли је овај појам хомоген, тј. појам који има само један смисао, једно значење, или је пак то израз у чијем се оквиру налази више различитих појмова.

По нама, израз *једнака вредност давања* не представља хомоген појам, како би се то на први поглед могло закључити, него представља израз који обухвата два појма, две врсте *једнаке вредности давања*, од којих је прва *једнакост вредности давања у смислу еквивалентности* или, краће речено, *еквивалентност*, а друга *једнакост вредности давања у смислу истоветности количина и квалитета (својстава) ствари исте врсте*. Обе ове врсте једнакости давања срећу се и у области двостраних уговора, код којих су давања узајамна, али и у другим областима облигационог права код којих давања нису узајамна, него се врше ради успостављања одређеног нарушеног стања или из других разлога, на пример, у области проузроковања и накнаде штете, правно неоснованог обогаћења и др. Наша правна теорија, углавном, не разликује ове две различите врсте једнаке вредности давања, него их сматра идентичним појмом и најчешће назива еквивалентношћу. Међутим, то су две различите врсте једнаке вредности.

III

Еквивалентност као вид једнаке вредности давања

1. Појам еквивалентности

Еквивалентност као појам означава једнакост нечега. Овај појам се среће у многим областима живота: математици, физици, хемији, економији, праву и др. У свакој од њих означава једнакост извесних елемената, извесних „ствари". Али често, међу људима не постоји сагласност о томе које елементе, у појединим областима живота, треба сматрати еквивалентним или, другим речима, једнако вредним, а то значи да не постоји јединствено схватање појма еквивалентности. Ова несагласност о појму еквивалентности постоји и у области права и правне науке.

По схватању појединих правника (в., на пример, Jean Patarin, Le problème de l'équivalance juridiques des résultats· Paris, 1954.), еквивалентност је и објективна и субјективна, и материјална и нематеријална категорија, и са тих аспеката посматрају имовинскоправне трансакције. Другим речима, еквивалентно (једнаковредно) је све оно што су уче-

сници имовинско-правних односа обухватили својим правним трансакцијама. Тако, по њима, еквивалентност постоји и код доброчиних правних послова; на пример, еквивалент за поклонодавца представља стање његове психе поводом учињеног поклона.

По другом схватању, еквивалентност може постојати како између добара различите употребне вредчости тако и између добара исте употребне вредности (в., на пример, М. Вишњић, Накнада болнине код неимовинске штете, Наша законитост, бр. 10 — 12, Загреб, 1955., стр. 430). Полазећи од таквог становишта, еквивалентност постоји, на пример, код накнаде штете у натури, код враћања доброчиног зајма, као и код враћања главнице код зајма са каматом, с обзиром на то да се ради о давању ствари исте врсте, количине и квалитета са оштећеном стварју, односно са позајмљеним стварима.

По трећем схватању, еквивалентност као правни појам је истоветна са појмом еквивалентности какав даје Карл Маркс излажући своју теорију вредности (в. Ј. Хрнчевић, Још о карактеру нашег права, Наша стварност, бр. 4, 1956., стр. 410 — 414). А по Марксу, еквивалентност је једнакост у вредности различитих (неједнаких) количина робе различите употребне вредности, која се формира на тржишту у условима слободне размене на основу друштвено потребног радног времена утрошеног на производњу робе.

Најзад, по схватању извесног броја правника, под еквивалентношћу треба сматрати објективну сразмеру између добара различите употребне вредности, која настаје у процесу слободне размене добара уопште (а не само роба) из масе тржишних трансакција или на основу регулативне улоге државе (в., на пример, Рудолф Јеринг, Циљ у праву, превео с немачког А. Борисављевић, св. 1, Београд, 1894., стр. 45 — 49 и 62 — 160; J. Maury, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse, t. 1 — 2, Paris, 1920; Др Живомир С Борђевић, Проблем еквивалентности у облигационом праву, Београд, 1958). Поједини поборници овог схватања везују улогу еквивалентности само за област трговине (на пример J. Maury, наведено дело, т. 2, стр. 453), док је други проширују и на друге области имовинског права (на пример Живомир С. Борђевић, наведено дело).

Поставља се питање које од изложених схватања еквивалентности треба прихватити, које представља оно схватање које одговара облигационом праву и, посебно, нашем облигационом праву, односно схватању еквивалентности које има у виду наш Закон о облигационим односима.

Чини нам се да се схватање, које еквивалентност третира и као објективну и као субјективну, и као материјалну и као нематеријалну категорију, не би могло прихватити као оно које одговара облигационом праву, поготово нашем облигационом праву. Наиме, ово схватање своди еквивалентност као појам на категорију воље, јер, по њему, све је еквивалентно што странке желе. Еквивалентност, по овој концепцији, не постаје један правни инструмент (правно средство) помоћу којег друштво може да оцењује ваљаност појединих правних аката и да утиче

на њих, него остаје произвољна категорија, чије поимање зависи од субјеката као учесника правних односа, а друштво је принуђено да еквивалентност уређује другим правним средствима (на пример, правилима о недостацима воље, о основу уговора као жељеном еквиваленту и др.).

Такође се не може прихватити ни схватање које еквивалентност третира као сразмеру између добара различите или исте употребне вредности, у мери у којој се односи на добра исте употребне вредности. Наиме, сразмера у смислу једнаке вредности двеју идентичних количина ствари исте врсте и квалитета представља једнакост количина, врсте ствари и њихових материјалних (физичких, природних) својстава и не може се третирати као еквивалентност у смислу њихове једнаке вредности, јер у привредном и правном промету трансакције се врше да би се разменила добра различите количине и, у принципу, различите употребне вредности, при чему се поставља питање која количина једне врсте добара одговара по вредности одређеној количини друге врсте добара или, другим речима, које су неједнаке количине добара различите употребне вредности међусобно еквивалентне. Трансакције које се састоје у међусобном давању или враћању добара исте врсте, количине и квалитета нису карактеристика привредног и правног живота, него представљају изузетак од редовног тока ствари. Разуме се, и у тим трансакцијама постоји једнака вредност добара, али не у смислу еквивалентности, него у смислу квантитативне и квалитативне истоветности добара исте врсте.

Исто тако не може се прихватити ни схватање које еквивалентност са становишта облигационог права изједначава са еквивалентношћу коју има у виду Карл Маркс излажући теорију вредности. Прво, Маркс је имао у виду само размену роба као производа људског рада, а не размену добара уопште, дакле, и оних која нису производ људског рада а циркулишу у промету. Друго, под робама Маркс је сматрао само материјалне производе створене људским радом који задовољавају потребе људи, а не и производе духовног рада. Треће, Маркс је занемарио све друге чиниоце који делују у процесу размене роба и усредсредио се на то да утврди улогу људског рада као основног чиниоца у условима робне привреде. Поступајући тако, Маркс је утврдио да у основи размене једне количине једне врсте робе која има одређену употребну вредност, за другу количину друге врсте робе, која има друкчију употребну вредност, лежи просечно потребно радно време утрошено на производњу робе, које је назвао друштвено потребним радним временом. Притом новац, будући и сам роба, игра улогу посредника у размени, улогу свеопштег еквивалента у смислу мере вредности свих других роба и представља употребну вредност за коју се могу прибавити друге употребне вредности. Према томе, различите количине роба различите употребне вредности чини еквивалентним (једнако вредним) друштвено потребно радно време утрошено на њихову производњу. Али, стварајући своју теорију вредности и утврђујући да је друштвено потребно радно време утрошено на производњу робе онај основни чинилац који делује

у процесу размене, Маркс је знао да, с једне стране, у процесу размене не учествују само робе као производи људског рада него и друга добра — додуше у далеко мањем обиму него робе, а с друге стране, да у процесу размене учествују и други чиниоци а не само друштвено потребно радно време утрошено на производњу робе, као што су: однос понуде и потражње, политичке прилике у друштву, климатски услови, договарање субјеката о начину наступања на тржишту и др. Због тога је Маркс посебно говорио о ценама роба (и добара уопште), разликујући цену робе и добара од вредности робе у смислу теорије вредности. Маркс је, дакле, разликовао учење о ценама (теорију цена) и учење о вредности робе (теорију вредности), полазећи од тога да се цена и вредност не поклапају, али да је вредност гравитациона тачка око које се формирају цене као стварна животна сразмера између добара различите употребне вредности у процесу размене. Према томе, еквивалентност која се успоставља у процесу размене на бази цена или, другим речима, која произлази из размене добара која се одвија у свакодневном животу, је нееквивалентност са становишта Марксове теорије вредности. Да би те две еквивалентности биле приближно идентичне, било би потребно, каже Маркс (Капитал, т. III, Београд, 1948., стр. 136), да се испуне следећи услови: да размена не буде изузетан или случајан догађај; да понуда приближно одговара потражњи; и да не постоји било какав монопол (природни или вештачки) који би омогућио продају изнад вредности или уступање испод вредности — тј. изнад или испод сразмере која се добија у процесу размене имајући у виду само чинилац друштвено потребно радно време утрошено на производњу робе. А ако се жели постојање потпуне истоветности ове две врсте еквивалентности или, другим речима, постојање идентичности између цене и вредности, онда је потребно поред испуњености остала два услова, да понуда и потражња потпуно одговарају једна другој. Међутим, опште је познато да се неки од услова не остварују (истоветност понуде и потражње, непостојање природног или вештачког монопола), те отуда и не може бити речи о идентичности цене и вредности или, другим речима, о идентичности сразмере између добара која се испољавају у ценама у свакодневном животу и сразмере која би се испољила када би, сходно теорији вредности, у процесу размене деловало само друштвено потребно радно време утрошено на производњу робе или, још друкчије речено, не може бити речи о идентичности између еквивалентности која се формира у процесу размене као свакодневне појаве путем цена и еквивалентности која произилази из теорије вредности (в. такође и Милош Самарџија, Цена производње, Београд, 1957.). Еквивалентност која се формира у процесу свакодневне размене добара је стварна животна манифестација, а еквивалентност која произилази из теорије вредности је теоријска конструкција која утврђује унутрашње законитости робне привреде. Ову теоријску конструкцију не може прихватити облигационо право јер не представља појавни облик живота, а облигационо право, као што је познато, регулише појавне облике живота. На основу реченог јасно је да појам еквивалентности, какав је дао Карл Маркс својом

теоријом вредности, не може бити прихваћен као појам који одговара облигационом праву. Уосталом, Маркс није теорију вредности створио проучавајући правне него економске појаве и, преко теорије цена, јасно је ставио до знања да је теоријом вредности открио основно унутрашње (иманентно) својство и законитост робне привреде, и да од те унутрашње основне до стварне животне појаве постоји прилично растојање; за право не би било добро ако би се сва Марксове економске теорије и категорије механички преносиле у област права, а то не би било добро ни за друштвени живот који право уређује.

Као прихватљив појам еквивалентности за облигационо право, па, према томе, и за наше облигационо право, у смислу да представља правну установу подобну за регулисање облигационоправних односа, даје схватање које под еквивалентношћу подразумева објективну сразмеру између добара различите употребне вредности, која настаје или као резултат слободне размене добара из масе тржишних трансакција или као резултат регулативне улоге државе. То је схватање у складу и са теоријом (учењем) о ценама, о којој је било речи. Шта више, чини нам се да наш Закон о облигационим односима под еквивалентношћу управо подразумева еквивалентност у реченом смислу. То произилази из бројних одредаба Закона, а не само из чл. 15., на пример, из одредаба о прекомерном оштећењу (чл. 139. и 140), зеленашком уговору (чл. 141), оних које се односе на раскидање или измену уговора због промењених околности (чл. 133 — 136), из одредаба о цени код уговора о продаји и куповини (чл. 462, 464 и 465) и, посебно, о прописаној цени (чл. 463), из одредаба о накнади материјалне штете (чл. 189, ст. 1 — 3, чл. 190), из одредаба о допуштености индексне клаузуле (чл. 396), из одредаба о клизној скали (чл. 397.), из одредбе о сразмерном смањењу обавезе у случају делимичне немогућности испуњења обавезе у двостраном (теретном) уговору (чл. 137, ст. 2) и др. Еквивалентност у наведеном смислу је одраз свакодневне размене добара, она представља појавни облик привредног живота. Њу облигационо право треба, може и мора да регулише. Оно је то од давнина и чинило путем разних правних установа, укључујући и раздобља у којима ни економска ни правна наука нису знале за појам еквивалентности, да би од њега направиле посебну економску и правну установу, као што су то учиниле у наше време.

Облигационом праву одговара да и слободну и регулисану објективну сразмеру између добара третира као еквивалентну сразмеру, јер обе друштвено значе једнакост извесних количина различитих употребних вредности у извесном моменту. Овакав појам еквивалентности треба сматрати правним појмом, иако је његова природа у ствари економска и то економска у смислу сразмере између добара као појавног облика свакодневног привредног живота у области промета. Међутим, ова еквивалентност прикрива улогу утрошеног људског рада као основног чиниоца и у области производње и у области размене, па те чињенице правник треба да буде свестан. Даље, правник треба да разликује појам робе, као производа људског рада материјалног карактера, од појма добра уопште, које и не мора бити производ људског рада, а не мора

бити ни материјалног карактера иако је производ људског рада (као што је, на пример, случај са ауторским делима као духовним творевинама). Наш правник треба о наведеним појмовима да има јасну представу како због свог идејног образовања тако и због практичног деловања у друштву, јер он не само да регулише патолошке појаве у области правних односа, него је често и један од активних организатора привредног и правног живота друштва. Уколико зна да утрошен људски рад игра основну улогу у размени робе, па и добара уопште, утолико ће више бити активнији и истрајнији борац за стално повећавање продуктивности рада, јер ће знати да продуктивност рада утиче и на формирање цена, у смислу њиховог падања и повећавања, у области размене роба и добара уопште, а то значи да утиче и на изглед еквивалентности као појавног облика свакодневне размене добара.

Схватајући еквивалентност као објективну сразмеру између добара различите употребне вредности, без обзира како је настала, не сме се губити из вида чињеница да она може настати на два начина: слободном разменом добара или регулативном улогом државе. Еквивалентност која настаје у процесу слободне размене добара представља објективну резултанту масе тржишних трансакција, па изгледа као природна последица законитости робне привреде; еквивалентност која настаје на основу регулативне улоге државе је објективна сразмера између добара наметнута споља, ауторитетом власти, па изгледа као насилно (вештачки) успостављен однос између добара. Регулисана еквивалентност има јавноправни, административноправни карактер. Она је, по правилу, негација еквивалентности која произилази из слободне размене добара. Али и једна и друга еквивалентност су објективно постојеће и правник је обавезан да их штити када се укаже потреба и испуне услови садржани у правним нормама. Једва да је потребно напоменути да еквивалентност, која настаје као последица слободне размене добара, представља за правника суптилнији проблем од принудно успостављене еквивалентности, с обзиром да ју је знатно теже сазнати и утврдити.

На основу реченог може се закључити да еквивалентност, као економска и правна категорија, може постојати у условима робно-новчаног начина привређивања, у коме се размена, у принципу, врши посредством новца. Притом, новац игра разноврсну улогу: он, с једне стране, игра улогу посредника у размени добара, с друге стране, игра улогу свеопштег еквивалента — мере вредности свих других добара у процесу размене, а с треће, представља употребну вредност за коју његов ималац може, путем размене, прибавити друга добра друкчије употребне вредности.

2. *Последице једнаке вредности давања на основу еквивалентности*

Ако се уђе у суштину еквивалентне размене добара, без обзира на то да ли она настаје као последица слободне размене или на основу регулативне улоге државе, видеће се да она доводи до неједнаких после-

дица: један од учесника размене, по правилу, добија више или мање-него што даје. Кад не би било тако, не би могло да се објасни богаћење једних и привредна пропаст других учесника у размени. У условима слободне размене добара овај процес се свакодневно одвија и често има драстичне последице. Регулисана размена може да га каналише на рачун привредно активних субјеката, али и да нанесе штету привредном развитку, ако га сувише обузда. Правник, као један од креатора друштвеног живота и активни чинилац у правном регулисању друштвених односа, треба да познаје и суштину или, другим речима, стварне ефекте робне привреде, те да, штитећи ону еквивалентност која представља објективан појавни облик, у исто време као друштвени радник указује органима друштва које би мере требало предузети да би се успоставила она еквивалентност која највише одговара друштвеном развитку у одређеном временском раздобљу, с обзиром да друштво у извесној мери може, па и мора, да утиче на привредне токове.

IV

Давање ствари исте врсте, количине и квалитета као вид давања једнаке вредности

У извесним облигационоправним односима среће се једнакост вредности давања која се састоји у томе што једна страна другој даје исту количину ствари, исте врсте и квалитета са стварима које је од ње својевремено примила или пак само једна страна даје другој ствари исте врсте, количине и квалитета, са неког другог разлога, на пример, на име накнаде штете коју јој је причинила или на име обогаћења до којег је била дошла без правног основа. Ову врсту једнаке вредности давања неки правници, као што је већ напоменуто, називају такође еквивалентношћу. Међутим, то није једнакост у смислу еквивалентности, у смислу друштвено-економског вредновања до којег долази посредством тржишта, већ једнакост у смислу истоветности количина и квалитета (природних, материјалних својстава) ствари исте врсте (на пример, 100 кгр. пшенице, сорте „Шумадинка", идентично је са 100 кгр. исте такве пшенице).

И ова врста једнакости вредности давања не среће се само у области уговора. Шта-више, она није типична појава у области уговорних односа, јер уговори који садрже такву врсту једнакости давања нису својствени привредном животу, већ представљају уговоре који почивају на другим друштвеним основама, на пример, на пријатељству и међусобној помоћи људи (као што је случај са уговором о зајму без камате). Ова врста једнакости вредности давања среће се, као што је већ напоменуто, и у области накнаде штете у натури односно успостављања стања које је постојало пре проузроковања штете — како се обично каже, код правно неоснованог обогаћења у случају враћања обогаћења и стварима исте врсте, количине и квалитета са стварима које су доби-

јене на име обогаћења, а не могу се вратити јер су потрошене или отуђене, затим код незваног вршења туђих послова у случају накнаде трошкова које је имао незвани вршилац, ако се ти трошкови накнађују у стварима исте врсте, количине и квалитета, и другим областима.

Међутим, у правном животу постоје и трансакције које се састоје у давању и враћању ствари исте врсте и квалитета са примљеним стварима, али неједнаке количине. Такав случај постоји код уговора о зајму са накнадом (каматом, интересом), било да се на име зајма даје новац — што је најчешће случај, било ствари друге врсте (на пример, жито, вино и др.). Поставља се питање о каквој се једнакости вредности давања ради у оваквим случајевима: да ли о једнакости у смислу еквивалентности или о једнакости у смислу својства (квалитета) и количина ствари исте врсте

У вези с постављеним питањем може се рећи да се само одмеравање накнаде, која ће се добити за ствари дате на зајам, врши на основу еквивалентности као виду једнаке вредности давања, тако да само предвиђена накнада има карактер еквивалента, и то за временски одређену употребу и коришћење ствари добијених од друге стране. Враћање главнице не почива на еквивалентности него на давању ствари исте врсте, количине и квалитета са примљеним стварима — дакле, на другој врсти једнакости давања а не на еквивалентности.

Као што се из изложеног види, давање ствари исте врсте, количине и квалитета са у свему истим таквим стварима као вид једнаке вредности се суштински разликује од једнаке вредности давања на основу еквивалентности. Ове две врсте једнаке вредности давања треба јасно разликовати, маколико на први поглед изгледало да се оне могу поистоветити.

V

Правни значај начела једнаке вредности давања

Пошто се начело једнаке вредности давања испољава и исцрпљује, с једне стране, у еквивалентности, а с друге стране, у давању ствари исте врсте, количине и квалитета са у свему истим таквим стварима, то се, пре свега, поставља питање какав правни карактер и правни значај имају свако од ова два вида једнаке вредности давања. Одговарајући на ово питање, добиће се и одговор на питање о правном значају начела једнаке вредности давања као општег начела.

1. Еквивалентност и давање ствари исте врсте, количине и квалитета, као начела

И једнака вредност давања на основу еквивалентности и једнака вредност давања у смислу истоветности количина и својстава ствари које припадају истој врсти имају карактер *начела* у облигационом праву.

То је дошло до израза и у Закону о облигационим односима, и то не само у чл. 15 него и у његовим одредбама којима је регулисао поједине облигационоправне установе. Према томе, може се рећи да се начело једнаке вредности давања као опште начело састоји из два ужа начела: начела еквивалентности и начела давања ствари исте врсте, количине и квалитета. Свако од ових начела је веома великог домашаја; она су само ужег карактера када се посматрају у односу н начело једнаке вредности давања као опште начело којим су обухваћена.

а) Еквивалентност као начело

Еквивалентност као начело долази до израза, пре свега, у области заснивања двостраних уговора, тачније — теретних уговора. Наиме, тачније је рећи код теретних уговора због тога што по нашем Закону о облигационим односима сви двострани уговори нису у исто време и терегни; неки од њих могу бити и доброчинчи, на пример, уговор о зајму без камате који више није реалан уговор (чл. 557. и 558. Закона), тако да у њима не долази до израза начело еквивалентности, односно еквивалентност као питање се уопште не поставља, него се поставља питање друге врсте једнакости давања: једнакост у смислу истоветности количина и квалитета (својстава) ствари исте врсте.

Али, као начело, еквивалентност се примењује и у другим областима облигационог права, може се рећи у свим облигационоправним односима у којима се давање једне стране другој одређује као објективна економска противвредност друкчије употребне вредности од добра у односу на које се врши одређивање противвредности, на пример, код накнаде штете у новцу, код враћања правно неоснованог обогаћења, код незваног вршења туђих послова приликом одређивања награде за рад незваном вршиоцу, и др. Бројне су одредбе Закона о облигационим односима у којима начело еквивалентности долази до израза. Сем чл. 15. Закона, у коме је утврђено у оквиру начела једнаке вредности узајамних давања у двостраним уговорима, постоје још бројне одредбе у Закону које санкционишу начело еквивалентности: на пример, одредбе о заштити у случају постојања прекомерног оштећења у теретном уговору (чл. 139. и 140.); одредбе о раскидању или измени уговора у случају да се, од момента закључења па до момента извршења теретног уговора, промене околности у толикој мери да извршење обавезе за једну уговорну страну постане отежано или се због њих не може остварити сврха уговора (чл. 133.); одредбе о сразмерном смањењу обавезе у двостраном уговору у вези с којим наступи делимична немогућност извршења обавезе једне стране због догађаја за који не одговара ни једна ни друга страна (чл. 137., ст. 2); одредбе о заштити од физичких (материјалних) и правних недостатака ствари у теретном уговору (чл. 121., 478 — 500., 508., и 510.); одредбе о заштити у случају неисправног функционисања ствари (чл. 501., 504.); одредбе о накнади штете (чл. 189. и 190.); одредбе о правно неоснованом обогаћењу (чл. 210.); одредбе о

незваном вршењу туђих послова (чл. 223., ст. 2); одредбе о цени код уговора о продаји и куповини (чл. 462., 464. и 465.); одредбе о допуштености индексне клаузуле (чл. 396.); одредбе о клизној скали (чл. 397.) и др. Уколико је, у овим и другим законом одређеним случајевима, повређена једнакост вредности давања на основу еквивалентности, Закон о облигационим односима омогућава њено успостављање.

Међутим, Закон о облигационим односима допушта, у извесним случајевима, и одступање од начела еквивалентности у облигационоправним односима. На пример, према одредбама о одговорности за физичке (материјалне) недостатке ствари код уговора са накнадом „незнатан недостатак се не узима у обзир" (чл. 478., ст. 3), те се због њега не може, на пример, тражити смањење цене, што је иначе могуће (чл. 488., ст. 1, тач. 2.); такође се не може тражити заштита нарушене еквивалентности у случају уговора закљученог на срећу, код јавне продаје, у случају када је за ствар дата виша цена због особите наклоности према ствари (чл. 139., ст. 5.), у случају кад суд одреди нижи новчани износ накнаде штете него што је претрпљена штета зато што су се стекли предвиђени услови (чл. 191.), у случају промене вредности (куповне моћи) новца, ако законом није друкчије одређено, с обзиром да Закон о облигационим односима прописује начело монетарног номинализма (чл. 394.), и др. У овим и другим случајевима, предвиђеним Законом о облигационим односима, не може се, као што је већ речено, захтевати успостављање еквивалентности.

б) Давање ствари исте врсте, количине и квалитета, као начело

Једнака вредност давања ствари исте врсте, количине и квалитета у облигационоправним односима има такође карактер начела. То произилази не само из одредбе чл. 15. Закона о облигационим односима, него и из других одредаба Закона: на пример, оних које регулишу питање накнаде штете (чл. 190.) — уколико се накнада врши у натури или, како се уобичајено каже, успостављањем стања које је постојало пре проузроковања штете (чл. 185.); из одредаба о замени ствари у случају физичких (материјалних) недостатака ствари код уговора са накнадом (чл. 488., ст. 1, тач. 1); из одредаба о праву на замену ствари у случају неисправног функционисања прибављене ствари која спада у техничку робу (чл. 501.) и др. У свим овим случајевима повређене једнакости у вредности давања ствари исте врсте, количине и квалитета, Закон о облигационим односима предвиђа заштиту која омогућава успостављање повређене једнакости.

Међутим, Закон о облигационим односима допушта, у извесним случајевима, и одступање од начела једнаке вредности давања ствари исте врсте, количине и квалитета. На пример, у одредбама о одговорности за физичке (материјалне) недостатке ствари код уговора са накнадом Закон прописује да се „незнатан материјални недостатак не узима у обзир (чл. 478., ст. 3), те се због њега не може, на пример, тражити

замена (давање друге) ствари која не би садржавала ни незнатан материјални недостатак, што је иначе могуће (чл. 488., ст. 1, тач. 1); узимајући у обзир околности предвиђене Законом о облигационим односима, суду је дато право да одступи од начела једнаке вредности давања у случају одмеравања накнаде штете (чл. 191.), те он може одредити нижу накнаду него што износи проузрокована штета, па он то може учинити и када се штета накнађује у натури односно, како се обично каже, успостављањем стања које је постојало пре проузроковања штете — када, дакле, одређује да штета има бити накнађена давањем ствари исте врсте, количине и квалитета са уништеним или оштећеним стварима. У овим и другим случајевима, предвиђеним Законом о облигационим односима, не може се захтевати давање ствари исте врсте које би по количини и квалитету (својствима) биле идентичне са стварима уместо којих треба да буду дате.

2. Еквивалентност и давање ствари исте врсте, количине и квалитета, као правна претпоставка

а) Еквивалентност као правна претпоставка

Постојање еквивалентности у облигационим односима се претпоставља или, другим речима, има карактер правне претпоставке. Наиме, полази се од тога да ће субјекти, при заснивању облигационоправних односа, садржину тих односа поставити на идеји еквивалентности, с обзиром на околност да се у имовинскоправним односима, по правилу, не води рачуна о сентименталним и другим разлозима, него о материјалним (имовинским) интересима. Полазећи од ове чињенице, право треба да претпостави да у имовинскоправном односу, на основу којег се врши давање употребне вредности која је различита од оне према којој је одмерена, постоји еквивалентност. Сматрамо да је наш Закон о облигационим односима, с обзиром да полази од начела једнаке вредности давања, идеји еквивалентности дао карактер правне претпоставке. Он је, наиме, учинио само оно што је иначе нормално у свакодневном животу. Та правна претпоставка је оборива (praesumptio iuris tantum). А то значи да заинтересовано лице може доказати, у случајевима у којима то није искључено Законом, да не постоји еквивалентност давања. Као заинтересовано лице, у највећем броју случајева, појављује се субјект који је у облигационоправном односу непосредно погођен повредом идеје еквивалентности, али то може бити, када је у питању заштита друштвеног интереса и када је то прописано, и државни орган (чл. 140., ст. 4 Закона о облигационим односима) одређен законом (било којим законом), на пример, јавни правобранилац. Притом, да би успело са захтевом, лице које се позива на нарушеност еквивалентности у одређеном облигационоправном односу, треба да пружи потребне доказе.

б) Давање ствари исте врсте, количине и квалитета, као правна претпоставка

И давање ствари исте врсте, количине и квалитета има карактер правне претпоставке у облигационоправним односима. Наиме, полази се од тога да субјект, заснивајући облигационоправне односе руковођен сопственим интересима, води рачуна о томе да од другог субјекта добије ствари исте врсте, количине и квалитета у односу на ствари које му је својевремено био дао или у односу на оне уместо којих ствари добија. Ова претпоставка је, као и претпоставка једнакости давања на основу еквивалентности, оборива претпоставка (praesumptio iuris tantum). Полазећи од ње, право даје могућност да субјект, који сматра да је партнер са којим стоји у облигационоправном односу повредио начело једнаке вредности давања ствари исте врсте, количине и квалитета, тражи заштиту те једнакости применом правних средстава предвиђених Законом о облигационим односима, разуме се, у случајевима у којима је заштита те једнакости допуштена. Притом, на њему лежи терет да докаже да је једнакост вредности давања, чију заштиту тражи, нарушена, да би успео у спору.

3. Еквивалентност и давање ствари исте врсте, количине и квалитета, као правна средства

И начело једнаке вредности давања на основу еквивалентности и начело једнаке вредности давања у стварима исте врсте, количине и квалитета са у свему истим таквим стварима представљају правна средства за регулисање облигационоправних односа у смислу успостављања нарушене једнакости у вредности давања. На свако од ових начела, као и на начело једнаке вредности давања као опште начело које их обухвата, судови се могу непосредно позивати приликом регулисања облигационоправних односа. Наши судови су и до сада користили ова начела као правна средства (в., на пример, пресуду Врховног суда НР Србије Гж- 50/50 од 15. I 1951., Збирка одлука врховних судова и упутстава Врховног суда ФНРЈ, 1945 — 1952, I, Београд, 1952., одлука бр. 138, стр. 154), и то у ситуацији када нису имали довољно законског основа за то, па се могло бити у недоумици да ли су исправно поступали. Сада, међутим, у том погледу не може бити никакве сумње. Кроз начело једнаке вредности давања, Закон о облигационим односима је санкционисао и начело еквивалентности и начело давања ствари исте врсте, количине и квалитета са у свему таквим стварима, па се на ова начела судови могу непосредно позивати регулишући поједине облигационоправне односе у којима је повређена једнакост у вредности давања. Тиме је наш правни систем обогаћен у погледу правних средстава која се могу користити за регулисање облигационоправних односа. У правним системима многих других земаља наведена начела нису изричито озакоњена као правна средства којима се судови директно могу користити при

регулисању облигационоправних односа, па се њихова афирмација, с доста тешкоћа, пробија кроз правну теорију и судску праксу, и то често мешајући се са другим правним средствима, тако да још увек нису постала правна средства на која се судови без колебања могу позивати.

VI

Однос између једнаке вредности давања на основу еквивалентности и једнаке вредности давања ствари исте врсте, количине и квалитета

Поставља се питање какав однос, каква веза, постоји између једнакости у вредности давања која се формира на основу еквивалентности и једнакости у вредности која се среће приликом давања ствари исте врсте, количине и квалитета са у свему истоветним таквим стварима. На први поглед рекло би се да између ове две врсте једнакости у вредностима нема никакве везе. Међутим, мада су у основи две различите врсте једнакости у вредности, међу њима ипак постоји одређена веза. Прво, обе имају карактер начела у облигационоправним односима. Друго, обе имају карактер правне претпоставке. Треће, обе имају карактер правног средства за регулисање облигационоправних односа. Четврто, обе се срећу у истим областима живота: у области уговора, па и у области исте врсте уговора (на пример у области теретних уговора), у области проузроковања и накнаде штете, у области правно неоснованог обогаћења и др. Пето, садржина облигационоправних односа исте врсте може, у појединим случајевима, бити изражена у виду једне или друге врсте једнакости у вредности давања, зависно од става странке или од нахођења суда (на пример, накнада у одређеном случају проузроковања штете може бити одређена у новцу на основу идеје еквивалентности или у стварима исте врсте, количина и квалитета у односу на ствари које су причињеном штетом оштећене). Шесто, у случајевима теретног уговарања, а у вези с одговорношћу за физичке (материјалне) недостатке ствари, замена мањкиве ствари за исправну ствар исте врсте, количине и квалитета или, другим речима, успостављање једнакости у вредности ствари на бази истоветности врсте, количине и квалитета са исправном ствари, представља у ствари обезбеђивање еквивалента и еквивалентности у теретном уговору за противвредност дату другој уговорној страни у стварима употребне вредности или, друкчије речено, представља обезбеђивање једнакости на основу начела еквивалентности. На тај начин начело једнакости у вредности давања ствари исте врсте, количине и квалитета стоји у функцији једнакости у вредности на основу начела еквивалентности.

VII

Закључна напомена

Обрађујући начело једнаке вредности давања према Закону о облигационим односима, ограничили смо се, као што се из претходног излагања види, на основну анализу тога начела, на његово рашчлањивање на два начела из којих се састоји, на појмовно одређивање и разграничавање тих начела и на указивање на бројне одредбе, установе и области облигационог права у којима долазе до изражаја ова два начела, а тиме и начело једнаке вредности давања као целина, као и на оне у којима се од наведених начела одступа. Као што се да приметити, нисмо се бавили ближе ниједном установом (на пример, прекомерним оштећењем, зеленашким уговором, клаузулом rebus sic stantibus, индексним клаузулама и др.) предвиђеном Законом о облигационим односима за обезбеђење начела једнаке вреднасти давања на основу облигационоправних односа. Нисмо то учинили због бројности тих установа. При таквом стању ствари, да смо извршили ма какав избор, поставило би се питање због чега су занемарене друге установе везане за начело једнаке вредности давања, с обзиром да не постоји хијерархија у погледу значаја појединих установа у вези с наведеним начелом. А определити се за приказ сваке установе која је у вези с начелом једнаке вредности давања нисмо могли, с једне стране, због тога што би такво излагање било сувише површно, а с друге, због тога што би захтевало сувише простора, чак и када не би било иоле продубљено.

Али, и поред свега, чини нам се да изложено о начелу једнаке вредности давања, сходно Закону о облигационим односима, може правнику бити довољан путоказ у примени Закона, па и других прописа у којима начело једнаке вредности давања дође до израза.

др Живомир Борђевић

РЕЗЮМЕ

Принцип одинаковой ценности даяния согласно Закону об облигационных отношениях

Закон об облигационных отношениях от 1978 года провозгласил в качестве одного из начил и принцип одинаковой ценности даяния. Этот принцип связан с областью двусторонних договоров, но он находит также применение и в других областях облигациочного закона и потому можно сказать, что принцип одинаковой ценности даяния имеет характер общего начала облигационного закона.

Принцип одинаковой ценности даяния состоит из двух начал: начала равноценности и начала даяния предметов того же рода, количества и качества по отношению к точно таким же предметам.

После изложения различных понятий равноценности автор дает свою дефиницию, подразумевая под эквивалентностью объективное соотношение между благами разной употребительной ценности, формирующееся на рынке в условиях свободного товаро-денежного промысла, также как и объективное соотношение, формирующееся на основании регулировочной роли государства. Тождественность в цечности даяния на основании эквивалентности проявляется в уравнении неодинаковых количеств благ различной употребительной ценности при помощи рынка или законом: одно количество одного вида благ выменивается в качестве эквивалента на другое (различное) количество другого вида благ, причем обмен обычно совершается при помощи денег.

Идея эквивалентности получила свое выражение во многих постановлениях Закона об облигационных отношения также как и в постановлении о чрезмерном убытке, в постнаовлении о клаузуле „rebus sic stantibus", в постановлении о ростовщичесих договорах, о цене при договорах о продаже и покупке, о скользящей шкале, о денежном возмещении убытка, в постановлении о необоснованном законом обогащении, когда обогатившийся не может вернуть предмет обогащения, а может дать другой предмет, и т.д.

Под понятием даяние предмета того же вида, количества и качества по отношению к другим точно таким же предметам как видом одинаковой ценности подразумевается даяние предметов во всем индентичных, в материальном, (физическом, натуральном) и количественном отношении и которые принадлежат к одному тому же роду. Этот вид индентичности в ценности предметов встречается на мчогих местах в Законе об облигационных отношениях.

Однако, во всех случаях нарушения индентичности даяния, Закоч об облигационных отношенниях не допускает возможности восстановления этой индентичности. Он, на пример, не разрешает восстановление одинаковой ценности даяния в случае заключения договора на счастье, в случае договоров о цене, в случае, когда суд назначит сумy возмещения убытка меньше нежели сам убыток составляет, потому что сложились законом предусмотренные обстоятельства, в случае перемены ценности (покупательской способности) денег — кроме случаев, когда Закон разрешает, и др.

A SUMMARY

The Principle of Equal Value of Delivery

The Law on Obligation Relations has proclaimed, as one of its principles, the principle of equal value of delivery. This principle is closely related to the field of bilateral contracts. However, it has also made itself avallable for application in other fields of obligation law. That is why it may be freely said that the principle of equal value of delivery has the character of a general principle of obligation law.

This principle contains in fact two principles: the principle of equivalence and the principle of delivery of items of the same kind, quantity, and quality, with identically the same items.

Having presented the variety of differing opinions of the concept of equivalence, the author asserts that from his point of view equivalence is the objective proportion among goods of different utility value formed on the market in conditions of commodity and money-making business activity, as well as the objective proportion formed on the basis of the regulative role of the state. The equality in the value of delivery on the basis of equivalence is manifested in the effort to achieve a par value, through the market mechanism or on basis of an order of the law, of different quantities of goods (or items) of different utility value: one quantity of one kind of items is exchanged as an equivalent (of the same value) for another (different) quantity of another kind of items, with the exchange usually being conducted through the intermediary of money.

The idea of equivalence has been expressed in many provisions of the Law on Obligation Relations, such as in the provisions on excessive damage, the clause rebus sic stantibus, the provisions concerning usury contracts, provisions on prices in sales contracts, provisions on escalator clauses, compensation of damage in cash, legally unfounded acquisition of wealth when the acquisitor is unable to return the item he has acquired wealth by but another item instead of it, etc...

The delivery of items of the same kind, quantity and quality, which are in all respects the same as similar items, as an aspect of equal value of delivery means in fact the delivery of items in all respects identical in the material (physical, natural) sense as well as in respect of quantity and which belongs to the same kind of goods. This aspect of equality of value can be found in several places in the Law.

However, the Law does not allow the opportunity of establishment of this equality of value in all cases of injured equality of delivery. For instance, it does not allow the establishment of equal value of delivery in cases of conclusion of „gambling" contracts, affected prices, when the court decides on a lower amount of compensation of damage than the amount of sustained damage because of the concurrence of conditions provided by law, in the case of alteration of value (consumption power) of currency — except in cases where it is allowed by law, ets...

RÉSUMÉ

Le principe de l'equivalence des prestations d'apres la Loi relative aux rapports d'obligation

La Loi relative aux rapports d'obligation de 1878 a proclamé, comme l'un des principes, de même le principe de l'équivalence des prestations. Ce principe est attaché au domaine des contrats bilatéraux. Cependant, il trouve l'application aussi dans d'autres domaines du droit des obligations, c'est pourqoui on peut dire que le principe de l'équivalence des prestations a le caractère de principe général du droit des obligations. Le principe de l'équivalence des prestations consiste dans deux principes: le principe de l'équivalence et le principe de la tradition des choses de la même catégorie, quantité et qualité avec en tout les mêmes choses pareilles.

Après avoir exposé les différentes conceptions de la notion de l'équivalence, l'auteur considère sous le terme d'équivalence la proportion objective entre les biens d'une valeur d'usage différente qui se forme sur le marché dans les conditions des transactions marchandises-monnaie libres, ainsi que la proportion objective qui se forme en vertu du rôle régulateur de l'Etat. L'égalité dans la valeur des prestations en vertu de l'equivalence se maifeste dans l'égalisation, par la voie du marché ou par l'ordre de la loi, des quantés de biens de valeur d'usage inégale: une quantité d'une catégorie de biens est échangée comme l'équivalent (de valeur égale) avec une autre quantité (différente) d'une autre catégorie de biens, auquel cas l'échange est effectué généralement par l'intermédiaire de l'argent.

L'idée de l'equivalence a pris toute sa portée dans de nombreuses dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation, telles que: les dispositions relatives à la lésion des normes, dans les dispositions relatives à la clause rebus sic stantibus, dans les dispositions relatives au contrat usurier, dans les dispositions relatives au prix dans le contrat de vente, dans les dispositions relatives à l'échelle mobile, dans les dispositions relatives à la compensation des dommages en argent, dans les dispositions relatives à l'enrichissement injuste quand la personne qui s'est enrichie ne peut pas restituer la chose par laquelle elle s'est enrichie mais elle peu donner une autre chose, etc.

Sous le terme la rtadition des choses de la même catégorie, quantité et qualité avec en tout les mêmes choses pareilles en tant qu'aspect de la même valeur des prestations on entend la tradition des choses qui sont en tout identiques au point de vue matériel (physique, naturel et de la quantité, et qui apprtiennent à la même catégorie. Cet aspect de l'égalité dans la valeur des choses peut être aperçue dans plusieurs endroits dans la Loi relative aux rapports d'obligation.

Cependant, la Loi relative aux rapports d'obligation n'admet pas, dans tous les cas de l'atteinte portée à l'égalité des prestations, la possibilité que cette égalité soit établie. La Loi, par exemple ne permet pas l'établissement de la même valeur dans le cas de la conclusion au hasard, dans le cas que le prix d'affection est négocié, dans le cas que le tribunal détermine un montant plus bas de la compensation du dommage que le dommage subi en raison qu'il y avait eu un concours de circonstances prévues par la loi, dans le cas du changement de la valeur (du pouvoir d'achat) de la monnaie — excepté dans le cas que cela est permis par la loi, etc.

ОСВРТ НА НЕКЕ ОДРЕДБЕ ЗАКОНА О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

У овом чланку осврћемо се на неке одредбе Закона о облигационим односима, посебно на оне од значаја за парнични поступак.

1. — Делимична пресуда о тужбеном захтеву у спору у коме сг тужени брани приговором пребоја. — Скица проф. Константиновића предвиђа, као један од услова компензације, да свако од потраживања буде ликвидно, описујући то својство речима „то јест ако је за свако од њих извесно да постоји и колико је" (чл. 286). Ликвидност је претпоставка за пребој и по неким законицима, а пре свега по Code civil-у (чл. 1291). Француска наука и пракса узимају да је потраживање ликвидно ако је одређено у погледу свог постојања и величине (1). Овај услов има своје оправдање у томе што тужени може чистом и јасном потраживању тужбе истаћи у пребој потраживање чије постојање није несумњиво, и тако тужиоцу отежати остварење његовог права кроз судски поступак. Скица ипак допушта компензацију и потраживањем које није ликвидно, „али за које се може лако утврдити да ли оно постоји и колико је" (судска компензација). У таквом случају суд може извршити пребијање за онај део тог потраживања чије постојање буде утврдио и одложити доношење одлуке о захтеву тужиоца док се не утврди постојање и количина остатка (чл. 297, ст. 1) (2) У Француској је правило о судској компензацији уведено судском праксом (2а). Ликвидност је услов за пребој и по Италијанском грађанском законику, који ипак изрично предвиђа и могућност пребоја од стране суда (3).

Поменути услов мора постојати и по Општем (Аустријском) грађанском законику (§§ 1438, 1439). У науци и пракси се сматра да ликвидност треба да буде релативна, а то значи да је ликвидно оно противпотраживање о коме се може мериторно одлучити истовремено са одлу-

---

(1) Види: Josserand, Droit civil, II, 1939, № 939; Mazeaud, Leçons de Droit civil, II, № 1749, p. 921; Marty-Raynaud, Droit civil, T. II, p. 666.

(2) Са становишта Закона о парничном поступку није јасно да ли суд треба да донесе делимичну пресуду за део тужбеног захтева који се одбија због извршеног пребоја. Овде се о том питању не расправља, пошто оно није од значаја за могућност доношења делимичне пресуде којом се тужбени захтев усваја у спору у коме тужени истиче компензациони приговор неликвидним потраживањем. Додајмо и то да се одредба ст. 2. чл. 297, иако је обухваћена поднасловом „Судска компензација", примењује било да је противпотраживање ликвидно, било да га је ликвидирао суд.

(2а) Mazeaud, наведено дело, № 1151, стр. 922.

(3) . . . „судија може изрећи пребијање за део дуга који призна постојећим, а може и обуставити осуду у погледу ликвидног потраживања истакнутог за пребој" (1243).

чивањем о потраживању тужбе. Практично, то значи да доказивање потребно да би се утврдило да ли постоји потраживање туженог не сме да траје дуже него доказивање у циљу утврђења да ли постоји потраживање тужиоца (4). По наведеним параграфима ОГЗ-а, ако је приговор пребоја био одбијен због неликвидности, тужени је могао да за своје потраживање покрене парницу, али такво уређење је за њега значило упуштање у ризик нових парничних трошкова, које је имао да плати ако се у новом спору показало да потраживање не постоји или да друга страна није легитимисана. Осим тога, тужени долази у ситуацију да по осуди плати пре него што је постигао осуду друге стране која је могла бити инсолвентна. Полазећи, дакле, од тога да сваки тужени који истиче неликвидно потраживање не чини то у намери да развлачи поступак, Клајн је у § 391. Аустријског законика о грађанском парничном поступку преузео из одговарајућег немачког законика решење које треба да допринесе заштити интереса обеју странака у спору у коме је, ради компензације, потраживању тужбе противстављено потраживање које није ликвидно. Тежиште солуције је у томе да се тужбени захтев може у таквом случају усвојити делимичном пресудом. Ваља, међутим, одмах приметити да примени наведене одредбе о поступку има места само ако између два потраживања не постоји конекситет. Пошто суштину овог решења чини одвојено решавање о тужбеном захтеву, делимична пресуда није допуштена ако оба потраживања проистичу из истог конкретног правног основа (најчешће уговора), тако да се мериторном одлуком о једном условљава одлука о другом. Одвојено решавање о једном од два захтева могло би довести до противречних одлука.

Ако се, дакле, захтев тужбе показује у наведеној ситуацији као основан, суд може о њему донети делимичну пресуду којом се тужени осуђује на плаћање износа истакнутог тужбом, а расправљање о противпотраживању се наставља. Толико је изричито речено у тексту § 391. ст. 3. поменутог законика. Тиме је по владајућем мишљењу отклоњена из ОГЗ-а претпоставка ликвидности (5). Као и у другим случајевима у којима је један од више захтева сазрео за мериторну одлуку пре других, тако и овде суд доноси делимичну пресуду ако се то, по његовој оцени, показује као економично и целисходно са становишта процесног права. Ванпроцесни разлози, ма колико говорили за делимичну пресуду, немају на ту оцену утицај. Изложено правило Законика о поступку допуњено је ставом науке и праксе о даљем току спора. Овај се завршава коначном пресудом (осим ако тужба не постане недопуштена због недостатка неке процесне претпоставке). Коначна пресуда изриче постојање или непостојање противпотраживања или одбијање компензационог приговора. Ако се том пресудом туженикове потраживање утврђује као постојеће, у коначној пресуди треба такође изрећи у колико се обиму

(4) Види Ehrenzweig, System II/1, 1928, S. 335.

(5) Види Bettelheim, Kommentar zum ABGB herausgegeben von dr H. Klang, 1438, S. 513. Fasching изражава сагласност са једним новијим схватањем (Kropiung), по коме је услов ликвидности отклоњен само у ситуацијама у којима Закон о парничном поступку омогућује делимичну пресуду, али тај услов постоји и даље за друге ситуације (Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III Band, 1966, S. 582).

потраживање тужбе, признато делимичном пресудом, угасило услед пребијања (6). У коначну пресуду уноси се и изрека о парничним трошковима. За одлуку о противпотраживању меродаван је тренутак закључења главне расправе о потраживању тужбе о коме се решава делимичном пресудом. Не упуштамо се у даље приказивање аустријског права, посебно не износимо ставове науке и праксе о поступку поводом жалбе против делимичне пресуде о потраживању тужбе, пошто се ограничавамо на питање могућности посебног одлучивања о том потраживању у спору у коме је тужени у своју одбрану истакао пребој. Додајемо само то да делимична пресуда може бити принудно извршена док још тече расправа о постојању противпотраживања, дакле у време у које још није извесно да ли ће тужиоцу коначно припасти потраживање које му је делимично пресудом досуђено. Супротно бројним одлукама, у аустријској науци преовлађује становиште да се у извршном поступку може издејствовати одлагање извршења делимичне пресуде, док се о противпотраживању наставља расправљање. За овакав став наводи се следећи аргумент: ако се одлагање омогућује на основу опозиционе тужбе, засноване на чињеници која је наступила после настанка извршне исправе (извршног наслова), мора се узети да је одлагање могуће и због приговора који је истакнут још у току поступка из кога потиче извршна исправа (7). Можда ће се приметити да се делимичном пресудом много не добија ако се њено извршење може одложити у случају компензационог приговора. Јер, њен смисао је управо у томе да поверилац што пре наплати своје несумњиво потраживање. На то се може одговорити да за одлагање није довољно то што дужник приговара пребој, него је увек потребно да дужнику прети знатнија штета ако извршење не буде одложено. Даље, ако је потребно, суд ће одлагање изрећи уз јемство. Најзад, под претпоставком опасности од штете, може бити одложено и извршење делимичне пресуде на основу признања. Зашто под истом претпоставком не би могло бити одложено извршење делимичне пресуде у случају приговора компензације?

Ликвидност потраживања није потребна ни по немачком праву, у коме се она схвата на сличан начин као и у аустријском (8). Али, и у немачком праву може се, у ситуацији коју смо изложили, о тужбеном потраживању донети посебна одлука коју Немачки законик о грађанском судском поступку назива пресудом под резервом одлуке о пребијању (9). Таква пресуда се у погледу правних лекова и извршења сматра коначном пресудом. У погледу пребијања, за које је резервисана одлука, парница и даље тече. Уколико се у току даљег поступка покаже да је захтев тужиоца био неоснован, ранију пресуду треба укинути,

(6) Таква изрека није садржана у коначној пресуди којом се утврђује да противпотраживање не постоји, као ни у оној којом се приговор пре боја одбија.

(7) Fasching, нваедено дело, стр. 586.

(8) Enneccerus-Lehmann: „. . . ако би утврђивање противпотраживања одузело више времена него утврђивање тужбеног захтева" (Recht der Schuldverhältnisse, 1954, S. 275). Ни Швајцарски законик о облигацијама не прописује да потраживања морају бити ликвидна. Грађански законици Мађарске НР (чл. 1959), РСФСР (чл. 229), Пољске НР (чл. 498) и Чехословачке СР (чл. 196) такође не предвиђају ликвидност.

(9) Das Vorbehaltsurteil — § 302 ZPO).

тужиочев захтев одбити и о трошковима супротно одлучити. Тужилац дугује накнаду штете која је туженом проузрокована извршењем пресуде или неком чинидбом предузетом да би се отклонило извршење пресуде. Захтев за накнаду трошкова тужени може истаћи у текућем спору. Ако је овај захтев стављен, сматра се да је о њему парница почела да тече у време кад је извршено плаћање или предузета чинидба.

Предратни југословенски грађански поступак од 1929. преузео је § 487. одговарајуће одредбе аустријског права, које су редактори допунили одредбама о поступку после доношења делимичне пресуде о тужбеном захтеву. По тексту југословенског законика, „ако суд нађе да се приговорена противтражбина не може уважити ради пребијања, онда ће коначном пресудом изрећи да се захтев ради пребијања одбије, а ако нађе да је противтражбина сасвим или од части основана, онда ће коначном пресудом изрећи, да је делимичном пресудом досуђена тражбина у целости или од части пребијањем измирена."

У погледу ликвидности као услова за могућност пребоја, послератна пракса није била једнообразна, али је, нарочито у поступку пред привредним судовима, преовлађивало становиште да се може компензирати и неликвидним потраживањем (10). Доношењем Закона о облигационим односима отклоњена је свака сумња. Као услови за компензацију наведени су узајамност и доспелост потраживања, као и њихова истородност и исти квалитет, али не и ликвидност. Међутим, Закон о парничном поступку од 1956. говори о могућности доношења делимичне пресуде ако је у спору у коме је поднесена противтужба захтев једне странке сазрео за одлуку пре захтева друге странке. О могућности доношења делимичне пресуде којом се усваја захтев тужбе кад се тужени брани приговором компензације, у ЗПП-у није ништа речено. По једном мишљењу, које се може сматрати владајућим, таква могућност не постоји јер је Закон не предвиђа (11). Исти став заступа и судска пракса (12) По другом мишљењу, може се донети делимична пресуда о тужбеном захтеву, али не и о приговору компензације. Ако суд одлучи да донесе ту пресуду, настављање поступка о приговору пребоја зависило би од тога да ли ће тужени тај приговор заоденути у форму тужбе. Уз ово мишљење упућује се критика владајућем гледишту, које свој аргумент налази у том што ЗПП не прописује изрично могућност делимичне пресуде у спору у коме се тужбени брани компензацијом. У критици се поставља питање да ли интерпретација владајућег становишта, које не води рачуна о конзистентности суштине процесног сис-

---

(10) У том смислу Врховни привредни суд у одлукама Сл. 340/57 од 13. 5. 1957. (Правни живот 1957/11—12) и Сл. 668/67 од 8. 6. 1967. (Информатор бр. 1412 од 20. 9. 1967. и Наша законитост 1967/6). Исти став заступа и Врховни суд АПВ у одлуци бр. Гж 87/1955, Гласник Адвокатске коморе АПВ 1958/8. Супротно Врховни суд Југославије у одлуци Гз 48/64 од 2. 6. 1964. (Правни живот 1964/5).

(11) Јухарт, Цивилно процесно право, 1962, стр. 425. Исто и Јанковић и др., Коментар Закона о парничном поступку, стр. 387.

(12) Види одлуке Врховног суда Југославије Рев. 3652/63 и Рев. 3653/63, Врховног суда Србије, Рев. 405/65 и Вишег привредног суда у Београду Пж 1335/74 (Јанковић и др., Коментар ЗПП-а, 1977, стр. 387. и 388). За могућност делимичне пресуде о тужбеном захтеву у случају о коме дискутујемо изјашњава се Марковић, Грађанско процесно право, I/2, 1971. (скрипта), стр. 286.

тема као синтезе разноврасних правозаштитних постулата, помаже или одмаже његовој ефикасној примени. Истовремено се критички указује на то да би инсистирање на становишту о немогућности изрицања делимичне пресуде могло неосновано и штетно по опште процесне интересе и интересе тужиоца, погодовати несавесним дужницима, који би могли истицати имагинарне компензационе приговоре. Нема разлога да се тужени фаворизира само због тога што је своје компензабилно потраживање истакао у облику приговора, а не у виду самосталног тужбеног захтева (13). Упркос убедљивости изложених критичких замерки, мислимо да решење које се даје другим мишљењем треба ценити de lege ferenda. Одредбе ЗПП-а не пружају основ за закључак да суд може донети делимичну пресуду о тужбеном захтеву и наставити исти поступак расправљањем и одлучивањем о приговору компензације (14). Али, несумњиво је да такво уређење није целисходно и да је требало да буде измењено. Закон од 1976, међутим, није у то стање унео промену. Тужилац мора и убудуће, да би остварио своје портаживање, увек да чека да се расправи и о противпотраживању.

2. — *Прекомерно оштећење.* — Професор Константиновић је у чл. 107. Скице преузео установу laesio enormis из старог права. Одговарајуће одредбе ушле су у чл. 139. Закона о облигационим односима, али са значајном изменом: однос вредности узајамних обавеза није аритметички одређен. Битно је да је у време закључења уговора постојала очигледна несразмера између тих вредности (15). Величину несразмера услед које је уговор непуноважан више не одређује закон, него суд. Овакво уређење је у складу са савременом тенденцијом повећања броја тзв. неодређених појмова, које суд својим одлукама конкретизује према околностима случаја. Препуштање суду да својом правном оценом одговори на питање да ли околности спора дају у свом резултату појам о коме се ради има овде, као и у другом спору у коме одлука зависи од оцене једног неодређеног појма, своје предности. Али, опасност од неједнакости поступања овде је већа, јер се очигледна несразмера једна квантитативна категорија. У предратном праву је задатак судије био лакши: ако је вредност обавезе била спорна, он је имао за дужност да је доказивањем утврди, дакле да одговори на једно чињенично питање.

Док се у Скици незнање за несразмеру не помиње, бар не изрично, дотле је оно у Закону наглашено. У том погледу редактори нису одступили од предратних законика (16). Међутим, редакција Закона није срећна, јер текст упућује на закључак да је незнање претпоставка за настанак права на поништај. То значи да би оштећени требало да сноси терет доказивања своје заблуде о вредности обавеза. Он би, другим речима, морао да доказује једну негативну чињеницу. Исправно је обрнуто: знање за несразмеру је чињеница која спречава настанак права на

(13) Трива, Грађанско парнично процесно право, 1978, стр. 475.

(14) Не треба изгубити из вида ни то, да кад би таква могућност постојала иако није изрично предвиђена, онда би одредбе прадратног југословенског (аустријског) и немачког права, које ту могућност прописују, биле сувишне.

(15) Немачки грађански законик говори у одредби о зеленашком уговору о упадљивој несразмери (auffälliges Missverhältnis — § 138).

(16) Види §§ 559. и 560. СГЗ и §§ 934. и 935. ОГЗ.

поништај. Према томе, на туженог пада терет доказивања да је тужилац за несразмеру знао (17). Установа прекомерног оштећења разликује се од предратних правила још и по томе што се она примењује и на уговоре привредног права. По Скици, одредбе о прекомерном оштећењу не примењују се на те уговоре. У аустријском праву трговачки посао не може по овом основу да нападне она уговорна страна за коју посао није трговачки (18).

Посебну пажњу привлаче нека процесна питања. Пре свега, ваља истаћи да тужени својом понудом допуне до обичне вредности врши једно своје факултативно овлашћење, утврђено законом (19). Не ради се, дакле, о тужиочевом праву избора између поништаја и одржања уговора на снази, па ни тужбени захтев не треба да садржи такву алтернативу. Тужилац треба да тражи поништај, а туженикова је ствар да ли ће ставити понуду. Уз поништај, тужилац-продавац може да захтева и повраћај ствари коју је већ предао. Закон говори о поништају уговора. Тиме је речено да оштећена страна истиче несразмеру вредности тужбом. Приговор се, као други вид у коме се износи непуноважност уговора, у законском тексту не помиње, али је несумњиво да он стоји на располагању оштећеној страни кад је она тужена. (Ни у одредбама о рушљивом уговору приговор се не помиње, а ипак је он средство којим се редовно истичу недостаци таквог уговора.) И у случају истицања поменуте несразмере приговором, уговор може да одржи на снази тужилац, а не тужени. То значи да оштећени купац, тужен за остатак куповне цене, не може позивајући се на одредбе о прекомерном оштећењу, да изјави да оно што је платио одговара вредности купљене ствари коју он хоће да задржи, а да остатак цене, као вишак преко обичне вредности, ускраћује.

Следеће питање тиче се тренутка до кога тужени може да стави понуду. У аустријској науци је једнодушан став да он то може учинити до закључења првостепене расправе (20). Нисмо уверени да исти одговор треба дати и за југословенско право. Наиме, наведено мишљење одговара Аустријском законику о поступку, по коме се нови чињенични елементи одлучивања не могу изнети по закључењу главне расправе. Супротно томе, по југословенском праву жалба може да садржи нове чињенице и доказе, а промена у односу, настала изјавом којом се уговор одржава на снази, представља нову чињеницу. Отуда нам изгледа ближе Југословенском закону о парничном поступку да се понуда у циљу одржавања уговора на снази може дати и у жалби.

Ако тужени понуди изравнање разлике до обичне вредности, уговор је оснажен, па се захтев за поништај показује неоснованим. Тужена страна, уз оспоравање прекомерног оштећења, може да истовремено

(17) Исти закључак може се извести и из текстова предратног права. Види параграфе цитиране у претходној напомени.

(18) Ehrenzweig, наведено дело, стр. 335.

(19) Није јасно зашто се у Скици и у Закону говори о понуди. Тужбеникова изјава није дата у циљу да буде прихваћена. Она дејствује саопштењем у поднеску или усмено на рочишту пред судом.

(20) Тако: Ehrenzweig, наведено дело, стр. 239; Gschnitzer, Kommentar zum ABGB (§ 934), herausgegeben von dr Heinrich Klang, S. 589).

или накнадно стави понуду за допуну разлике. Понуда је у том случају евентуална: суд је узима у обзир ако приликом већања и гласања наће да несразмера у вредности обавеза одиста постоји и да представља прекомерно оштећење. Понудом је такав уговор конвалидиран. Тужилац треба да рачуна са могућношћу да понуда буде изјављена, те да, уз захтев за поништај, истакне и захтев за осуду на плаћање разлика ако дође до конвалидације. За изложено мишљење о садржају пресуде којом се утврђује постојање прекомерног оштећења говори законски текст, по коме уговор постаје пуноважан самом понудом, а не тек радњом доплате разлике (21).

3. — Јемство. — За однос повериоца и јемца у Скици је усвојен принцип који даје већина старих европских законика, а који потиче још од четврте Јустинијанове новеле: поверилац може захтевати испуњење тек пошто је пре тога безуспешно покушао да се принудним путем наплати од дужника (чл. 1012). За наступање одговорности јемца није, дакле, довољно да поверилац опомене дужника. Потребно је да поступак принудног извршења према дужнику не доведе до намирења, што значи да поверилац мора да у парници издејствује извршну исправу (22). Редактори Закона о облигационим односима су ово решење отклонили и преузели став који је у погледу односа повериоца и јемца заузет у Општем грађанском законику: јемац може бити тужен ако главни дужник, на повериочеву судску или вансудску опомену, није испунио своју обавезу (§ 1355) (23). Док по Скици јемац одговара ако од дужника не буде наплаћено, дотле по ОГЗ-у одговорност јемца настаје ако дужник не

(21) У том смислу Gschnitzer тумачи § 934. ОГЗ, у коме је за туженог речено да може посао одржати на снази тиме што је спреман да накнади разлику до обичне вредности („das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, dass er den Abgang bis zum gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist"). Исти аутор указује у коментару на то да се приликом припреме Законика прво хтело да уговор буде оснажен плаћањем разлике, али је у коначни текст, уместо тога, ушло да се поништај спречава изјавом о спремности да разлика буде плаћена. Супротно томе, по Ehrenzweig-у, смисао цитиране одредбе је у томе да тужени може да уговор обеснажи плаћањем. По истом аутору, суд треба пресудом да изрекне поништај, али да у изреку унесе став да тужени може на изложени начин одржати уговор на снази. И у Аранђеловићевом преводу ОГЗ-а речено је: . . . „Али друга страна може одржати посао тиме, што ће накнадити (дакле, платити, прим. Б. П.) недостатак до обичне вредности". Врховни суд Хрватске је, схватајући на исти начин поменуту одредбу, својом одлуком Гж 489/66 од 17. 5. 1966, поништио уговор и осудио туженог на повраћај ствари. Истовремено, у изреку пресуде је унесен и став да тужени може да уговор одржи на снази ако доплати разлику до обичне вредности. У Српском грађанском законику, као услов за оснажење посла, прописано је плаћање тако што је речено да друга страна има право одржати уговор, ако оштећени допуни онолико колико до обичне цене недостаје (§ 559). Слично и хрватско издање ОГЗ-а: . . . „Али другој страни је слободно уздржати посао, надопуном онога, што не достаје до обичајне вриједности" . . . Code civil предвиђа одржање уговора на снази понудом додатка (чл. 891, 1079, 1681). Види: Gschnitzer, Ehrenzweig, наведена дела; Mazeaud, Leçons II, № 221, p. 177; Аранђеловић, Аустријски грађански законик, 1922; Вуковић, Правила грађанских законика, 1961, стр. 767; Преглед судске праксе ВС Хрватске за 1966, одл. бр. 51.

(22) Ова солуција је прописана и у Code civil-у (чл. 2011), у Немачком грађанском законику (§ 771. BGB) и у Швајцарском законику о облигацијама (§ 495). Италијански грађански законик, напротив, прописује супплеторном нормом солидарно јемство. Уговорне стране, међутим, могу предвидети да јемац није дужан да плати пре саслушања главног дужника. У том случају, јемац, кога је поверилац позвао пред суд и који намерава да се користи предношћу саслушања, мора навести добра главног дужника која треба подвргнути извршењу (1944). Јемство је солидарно и по грађанским законицима РСФСР (чл. 204) и Пољске НР (чл. 881). Исти смисао придајемо одредби § 272. Грађанског законика Мађарске НР, у коме је речено, просто, да се јемац обвезује да испуни обавезу у случају кад је дужник не испуни.

(23) Занимљиво је да је Српски грађански законик овде одступио од свог узора одредбом којом је речено да . . . „поверилац не може пре јемца тражити, док се не покаже, да главни дужник није могућан платити" (§ 829).

плати. (Разуме се, и по ОГЗ-у може се уговорити да обавеза јемца настаје тек пошто извршни поступак према дужнику не доведе до остварења потраживања.)

Отклањајући покушај принудног извршења према повериоцу као претпоставку одговорчости јемца, редактори Закона о облигационим односима су у извесној мери изменили правило преузето из ОГЗ-а. Наиме, по Законику је довољна опомена, поверилац не мора да дужнику остави рок за накнадно испуњење. По Закону о облигационим односима, међутим, од јемца се може захтевати испуњење обавезе тек након што главни дужник не испуни обавезу у року одређеном у писменом позиву (чл. 1004. ст. 1) (24). Треба узети да се и овде ради о примерном року, као и у чл. 126, 490, 576. Примећујемо да Закон на неким местима говори о разумном року (чл. 129, 489, 493, 509). У Закону није дефинисан ни један ни други. Иако су употребљени различити термини, није неумесно поставити питање да ли се овде ипак ради о једном истом појму (25). Поверилац које је тужио јемца мора доказати да је дужнику оставио рок. На јемца пада терет доказивања да је дуг плаћен.

Ако се упореди решење које за однос повериоца и јемца даје скица са решењем из Закона, намеће се закључак да је по овом другом положај јемца далеко тежи. И обратно, поверилац ће по Закону неупоредиво лакше остварити своје потраживање, него у оним правима у којима он мора да води парницу и да покуша извршење према дужнику. Прихватајући правило ОГЗ-а, редактори Закона дали су превагу интересима повериоца. То је решење које се са становишта правне политике може бранити, али оно није без замерке. Наиме, примерен рок може бити сасвим кратак, поготово ако се има у виду да се јемство најчешће даје за новчане обавезе. По истеку тог рока, поверилац ће једном тужбом да обухвати и дужника и јемца, управо као да се овај други обавезао и као платац. Дакле, отклањајући покушај претходне принудне наплате од дужника као претпоставку за одговорност јемца, Закон чини практично готово безначајном разлику између оног јемца коме на располагању стоји beneficium excussionis и онога који одговара као платац (солидарно — чл. 1004. ст. 3).

На крају, треба се са неколико речи осврнути на однос одредаба о јемству по Закону о удруженом раду и одредбе Закона о облигационим односима, по којој јемац за обавезу насталу из уговора у привреди одговара као јемац и платац, ако није што друго уговорено (чл. 1004. ст. 4). Ова одредба се, као општа, не примењује на јемство по Закону о удруженом раду. То јемство утврђено је самоуправним споразумом о удруживању, као супсидијарно или као солидарно (чл. 251 — 264). Према томе, могућно је замислити да ће организација као јемац, у складу са самоуправним споразумом, одговарати супсидијарно и за обевзу насталу из уговора у привреди. Међутим, Законом о удруженом раду није искључ-

(24) Сличну одредбу садржи и Грађански законик Чехословачке СР: јемац је дужан да испуни дуг, ако га не испуни дужник мада га је на то поверилац писмено позвао (§ 54).

(25) Израз „примерен рок" одговара немачком термину „eine angemessene Frist", док је „разумни рок" превод француских речи „un delai raisonable".

чена могућност да организација уговором одступи од оног вида јемства који је самоуправним споразумом предвиђен и да прихвати други вид. Она се, дакле, уговором може обвезати на солидарну одговорност уместо супсидијарне и обратно. Ипак, одредба чл. 1004. ст. 4. може доћи до примене у случају у коме организација удруженог рада узима на себе јемство за обавезу друге организације са којом не стоји у односу самоуправног удруживања рада и средстава. Одредбе чл. 1004. важе и за јемство оних субјеката који у погледу примене Закона о удруженом раду нису изједначени са организацијама удруженог рада (26).

4. — Приговор неиспуњења обавезе. — Посебан осврт заслужује и одредба којом се, за случај успелог приговора неиспуњења обавезе из двостраног уговора, прописује да ће суд, примењујући принцип истовременог испуњења, туженом наложити да испуни своју обавезу кад и друга страна испуни своју (чл. 122. ЗОО). Али, такву пресуду суд доноси само ако тужени изрично истиче exceptio non adimpleti contractus. Чињеницу неиспуњења обавезе од стране тужиоца суд, дакле, неће узети у обзир кад се из процесне грађе види да је туженом стајала на располагању, а он ју, у циљу одбране, није употребио. (Неиспуњење обавезе може да се констатује и из излагања тужиоца.) Овај приговор тужени може да изнесе и у жалби. Ако он употреби и друга средства одбране, о неиспуњењу обавезе суд расправља тек пошто се употреба тих других срдстава покаже као безуспешна. Принцип забране reformatio in peius не допушта да пресуда, којом је приговор неиспуњења обавезе усвојен, буде по жалби туженог потврђена, али тако да осуда туженог буде без ограничења. Супротно томе, таква осуда је могућна по жалби тужиоца против пресуде која узима да је приговор основан. Ако је тужени захтев одбијен, виши суд може пресуду преиначити тако што ће осуду туженог изрећи уз услов да тужилац испуни уговор или без тог услова. Најзад, пресуда којом је просто изречена осуда туженог може бити потврђена с тим да тужени има право да захтева истовремено испуњење обавезе тужиоца.

Ако се приговор туженог показује као основан, онда то значи да тужени није дао повода тужби. Из тога даље проистиче да је тужилац дужан да туженом накнади парничне трошкове, иако је тужбени захтев усвојен. Истина, тужени није дао изјаву о признању захтева, али из тога што је приговорио неиспуњење уговора, он је посредно признао да тужиочево потраживање постоји (арг. чл. 157). Тужени дугује тужиоцу накнаду трошкова проузрокованих безуспешном употребом других одбрамбених средстава.

Принудно извршење по пресуди којом је поменути приговор усвојен може да тражи само тужилац. Јер, осуда коју та пресуда садржи изречена је само у његову корист. Другим речима, испуњење обавезе

(26) Питање како треба протумачити одредбу ЗУР-а о супсидијарној одговорности (чл. 264. ст. 2), излази из оквира ових разматрања. Изгледа да речи „само ако је без успеха покушао да потраживање намири од главног дужника" ваља разумети тако да се за одговорност супсидијарног дужника не тражи претходни покушај принудног намирења према главном дужнику, јер се о принуди у тој одредби не говори.

суд је наложио само туженом. У погледу оног дела пресуде у коме је изречено истовремено испуњење обавезе од стране тужиоца, ваља указати на значајну разлику између старог и данашњег права. По Закону о извршењу и обезбеђењу од 1930, осуда туженог уз истовремено испуњење обавезе од стране тужиоца имала је тај смисао да туженом припада право на истовремено испуњење, дакле, једно овлашћење од кога он може (не мора!) да учини употребу. Пошто се у време одлучивања о предлогу за извршење не зна да ли тужени хоће тим правом да се користи, суд је извршење дозвољавао и кад тужилац није приложио доказ да је своју противчинидбу извршио или да је испуњење те обавезе обезбедио. Тужени је у таквом случају био заштићен тиме што је имао право да тражи одлагање извршења, разуме се, под претпоставком да ће у противном претрпети штету (§§ 13. и 41. ЗИО). У Закону није било изрично речено, али је проистицало из природе ствари да је ток извршног поступка био решењем о одлагању заустављен све до испуњења обавезе од стране тужиоца. У Закону о извршном поступку од 1978. заступљено је друкчије схватање о правном карактеру испуњења тужиочеве обавезе. Наиме, испуњење те обавезе је услов да би се приступило принудном извршењу према туженом. У Закону је то изричнo и речено. Доследно томе, тужилац мора, да би издејствовао решење о извршењу, приложити предлогу за извршење доказ да је своју обавезу испунио или да је обезбедио њено испуњење (чл. 23. ЗИП). Нови закон даје, дакле, за случај осуде туженог уз истовремено испуњење обавезе од стране тужиоца исто решење као за случај да извршност зависи од које претходне чинидбе овлашћене стране ([27]). Ако се упореди решење које даје предратно право са решењем по данашњем закону, онда нам оно прво изгледа доследније. Јер, ако право туженикoво на истовремено испуњење тужиочеве обавезе парничи суд узима у обзир само кад то тужени хоће, тешко је видети зашто такво право извршни суд узима у обзир по службеној дужности.

5. — *Надлежност за спор о усклађивању уговора са самоуправним споразумом.* — Закон о облигационим односима предвиђа право сваког учесника самоуправног споразума да захтева да уговор, закључен ради извршења споразума, буде са споразумом усклађен или, ако то није могуће, да се поништи (чл. 118. ст. 2). Поводом тога се поставља питање који је суд надлежан да потом захтву поступа — редовни или суд удруженог рада? Могу се бранити оба становишта. За надлежност редовног суда говори то што се ради о измени или стављању ван снаге једне уговорне одредбе, дакле, ради се о спору који се тиче једног имовинскоправног односа (чл. 1 ЗПП). Међутим, не сме се изгубити из вида да је уговор закључен ради извршења самоуправног споразума. А спорове који настану у спровођењу тог споразума решава суд удруженог рада, у случају у коме споразумом није предвиђена арбитража или други начин решавања спора (чл. 578. ст. 2. ЗУР). Ако се, дакле, пође

([27]) У овом другом случају — који се односи углавном на судско поравнање — претходно испуњење обавезе од стране овлашћеног је било услов за дозволу извршења по предратном праву — § 12. ЗИО.

од тога да закључење уговора представља спровођење самоуправног споразума, онда је за поменути спор, као и за друге уговоре који се непосредно тичу тог споразума, надлежан суд удруженог рада.

6. — Судски пенали. — Закон о облигационим односима предвиђа овлашћење суда да изриче судске пенале. Ради се о новој установи, преузетој из француског права (astreinte). У науци, судски пенали се наводе као класичан пример за стваралачку улогу судске праксе. Изрицање пенала у сврху принуде на извршење новчане обавезе није непосредно предвиђено законским текстом, али је консакрирано одлукама Касационог суда и представља коначну тековину.

Редактори Закона о извршном поступку посветили су неколико одредаба судским пеналима (чл. 187). То је било неопходно да би се они разликовали од новчаних казни о којима се говори у чл. 225. ЗИП. Упоређење двеју принудних мера показује јасне разлике које међу њима постоје. Пенале суд изриче само на тражење повериоца, док се новчана казна примењује по службеној дужности као суштина принуде на испуњење једне неновчане обавезе коју може да испуни само дужник. Право на пенале припада повериоцу само за време до подношења предлога за извршење. Није, дакле, тачно кад се у ст. 1. чл. 187. ЗИП каже да се о пеналима одлучује у извршном поступку. Вероватно се хтело рећи да пенале изриче суд надлежан за одређивање извршења. Новчана казна — према ономе што је горе речено — изриче се решењем којим се одређује извршење, што значи у току извршног поступка. Пенали почињу тећи по истеку рока који је суд оставио дужнику, Они доспевају истеком сваког дана или друге јединице времена одређене од стране суда. Новчана казна се одређује у једном износу и доспева одмах по истеку рока. У случају накнадног испуњења суд може смањити своту пенала. Супротно томе, Закон не предвиђа могућност смањења новчане казне. Принудно извршење решења о пеналима спроводи се на предлог повериоца. Новчана казна се наплаћује по службеној дужности. Најзад, пенали се наплаћују у корист повериоца, док новчана казна иде у корист прихода друштвено-политичке заједнице.

Према приказаним правилима, две установе нису у противречности једна с другом. Али, наведене разлике, нарочито она која се тиче намене наплаћених износа, показују да између пенала и навчане казне постоји дубока разлика у схватању сврхе принуде у циљу испуњења једне неновчане обавезе. Са правним осећањем наше средине није у складу став по коме је примена принудне мере извор имовинских користи за повериоца. Ако је овоме стало до намирења, нека без одлагања тражи принудно извршење. У случају у коме он то не учини одмах, а сматра се оштећеним тиме што друга страна није ту обавезу испунила, онда има право на накнаду штете. Међутим, судски пенали — како је у Закону изрично речено — досуђују се независно од сваке штете. Супротно пеналима, примена процесне новчане казне, као и сваке друге казнене санкције, не може имати за последицу неко обогаћење повериоца. Укратко, тешко је објаснити зашто износи на које је дужник осуђен

пре извршног поступка иду у корист друге стране, а износи којима је кажњен пошто принудно извршење буде покренуто иду у корист друштвено-политичке заједнице.

7. — *Пуномоћје за закључење уговора о избраном суду у име организације удруженог рада.* — Законом о облигационим односима није предвиђена установа прокуре, али је уведен појам пословног пуномоћја, које одговара трговинском пуномоћју у Скици проф. Константиновића (чл. 95. ЗОО, одн. чл. 72. Скице). Разлике између текстова су мале. Оно што је битно, то је да организација удруженог рада може овластити пуномоћника да закључује уговоре и обавља остале послове који су уобичајени у вршењу њене привредне делатности (пословни пуномоћник) (28). Али, за отуђење и оптерећење непокретности, за преузимање обавезе по основу јемства или зајма и за вођење спора пословни пуномоћник мора имати посебно пуномоћје, што ће рећи такво које гласи на конкретан посао (29). Дакле, за закључење уговора о надлежности избраног суда — који нас овде посебно интересује — пословном пуномоћнику није потребно посебно овлашћење. Он може ту надлежност да заснује на основу општег овлашћења за закључење уговора и обављање осталих послова који су уобичајени у пословној делатности организације удруженог рада (чл. 95. ст. 1). За овакво законско решење вероватно је говорила тежња да се олакша уговарање надлежности избраног суда у односима између организација удруженог рада. Трећим правилом о пословном пуномоћју, такође преузетим из Скице, прописана је могућност да то пуномоћје буде ограничено на одређену врсту послова или на одређене послове, али таква ограничења имају дејство према трећем само ако је за њих сазнао или мора знати. Овај услов знатно умањује практичну вредност ограничења. То значи да ће организација удруженог рада бити везана уговором о избраном суду, закљученим од стране њеног пословног пуномоћника који на то није био овлашћен, осим ако докаже да је друга уговорна страна знала или морала знати да пуномоћнику недостаје овлашћење за закључење тог уговора.

За разлику од пословног пуномоћника, други пуномоћник организације удруженог рада мора за закључење уговора о избраном суду имати посебно пуномоћје (чл. 91. ст. 4). Овде редактори нису одступили од става који се може сматрати традиционалним (30). За решење прописано за пословног пуномоћника говори тежња да се олакша уговарање надлежности избраног суда у односима између организација удруженог рада.

---

(28) Са организацијом удруженог рада изричито је изједначено правно лице и појединац-намалац радње (чл. 96).

(29) Поводом ових изузетака ваља приметити да је необично што је посебно пуномоћје прописано за заснивање меничне обавезе, јер је потписивање менице један од начина обезбеђења плаћања, другим речима, посао који данас спада у редовно пословање. С друге стране, посебно пуномоћје није потребно за поравнање, иако овај посао не спада у оне који су уобичајени у вршењу делатности организације.

(30) Специјално пуномоћје прописују: чл. 1008. ОГЗ и § 614. СГЗ. Исто и у француском и италијанском праву. Види: Mazeaud, Leçons, t. II, p. 120; Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, 1971, p. 291.

8. — Вансудско тумачење уговора. — Пажњу привлаче и одредбе о вансудском тумачењу уговора (чл. 102. ЗОО). Оне нису преузете из Скице проф. Константиновића нити смо их нашли у грађанским законицима страних земаља. Садржина тих одредаба је необична. У познатијим систематским приказима облигационог права не помиње се могућност да странке предвиде да ће трећи тумачити уговор ако међу њима не буде сагласности о његовом смислу и домашају. О чему се у ствари ради? Протумачити уговор значи дати одговор на питање о правима која из њега проистичу. Суштина поменуте одредбе није, дакле, ништа друго него могућност закључења споразума којим се трећем лицу поверава да оно у случају спора утврди шта уговор каже о садржини и обиму права која на основу уговора припадају једној странци према другој. Редактори законског текста су, схватајући улогу трећег као тумачење и стављајући одредбу чл. 102. у одговарајући одсек, учинили њихов смисао мање приступачним.

Трећи о коме се у наведеном члану говори познат је у науци под називом арбитратора. Његова функција се не састоји у одлучивању, и у томе је основна разлика између њега и арбитра (изабраног судије). Арбитратор има за задатак да својим мишљењем одреди неки елемент одлучивања о коме се странке не слажу. Њему чак може бити поверено да одреди обим неке обавезе. У таквом случају он допуњава или замењује вољу странака (31). За споразум о арбитратору није прописана форма. Пошто његов став нема карактер одлуке, него мишљења, не примењују се процесна правила о именовању арбитара или о поништају споразума о надлежности изабраног суда. Против мишљења арбитратора не могу се истаћи недостаци због којих има места тужби за поништај арбитражне одлуке (чл. 486. ЗПП). И, што је најзначајније, мишљење арбитратора нема снагу извршног наслова.

Најчешће, задатак арбитратора је да утврди једну чињеницу. У таквом случају он даје одговор на питање на које се иначе одговор постиже доказивањем у поступку пред судом. Типичан пример је тзв. „квалитативна арбитража". У одредби чл. 102. ЗОО нема се у виду тај случај, па се на њему нећемо задржавати (32). Дужност коју арбитратор (један или више њих) има по тој одредби састоји се у давању одговора на питање шта је смисао једне одредбе изричито унесене у уговор или, можда, да ли је једна одредба у уговору прећутно садржана. Пошто

(31) У пракси се може поставити питање да ли су стране хтеле да уговоре арбитражу ad hoc или мишљење арбитратора. Такво питање може настати због тога што неуке странке не разликују ова два појма, а поготово што се не служе одговарајућим терминима, па могу реч „арбитража" (изабрани суд) употребити ради означења споразума о мишљењу арбитратора. У науци се као практично мерило за разграничење препоручује следеће: ако се задатак који је дат арбитратору не може у виду тужбеног предлога изнети са успехом пред суд, онда смо у присуству споразума о арбитражном мишљењу. У противном, ради се о уговору о арбитражи. Види: Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht, S. 10.

(32) Илак, примећујемо да пуноважност споразума којим се арбитратору поверава утврђивање спорне чињенице зависи од тога да ли су и у којој мери допуштени уговори који се тичу доказивања. Мишљења смо да принцип слободне оцене доказа у нашем праву странке не могу својим споразумом отклонити у поступку пред редовним судом. Исто и за аустријско право: Ehremzweig, System I/1, 367; Pollak, System, p. 772. У новије време, начелно супротан став заузима Fasching, Kommentar, p. 11.

се одредбе уговора тичу права и обавеза странака, тумачење се практично своди на мишљење о томе која права и обавезе уговор предвиђа. Ову дужност треба разумети тако да арбитратор даје своје мишљење само о смислу спорне одредбе уговора, а не и о томе да ли је наступила околност од које зависи њена примена. Трећем лицу може, на пример, бити поверено да протумачи да ли је право једне стране везано за услов. Трећи није позван да дâ мишљење о томе да ли је услов наступио. Питање на које арбитратор-тумач треба по чл. 102. ЗОО да одговори је правне, а не чињеничне природе. Јер, суштина његовог задатка састоји се у извођењу закључака о правним последицама једног чињеничног стања. Под овим стањем треба разумети вербалну садржину уговора, било да је она међу странкама неспорна, било да је доказивањем утврђена (33).

Задатак арбитратора по чл. 102. разликује се и од дужности коју му странке поверавају по чл. 50 ЗОО. У првом случају арбитратор даје одговор о правним дејствима уговора, кад су та дејства међу странкама спорна. Другим речима, он треба да каже да ли из уговора једно право

(33) У страној науци не влада једнодушност о правној природи тумачења уговора. И ово питање излази из оквира излагања о чл. 102, па ћемо се на њему само узгред задржати. Оно има крупан практични значај, јер од одговора зависи допуштеност побијања другостепене пресуде. При томе није битно да ли правно средство којим се та одлука напада има, као у немачком, аустријском и италијанском праву, природу редовног правног средства или спада у ванредна, као у француској или Југославији. Француски Касациони суд је још 1808. стао на становиште да тумачење уговора спада у област чињеничног утврђивања, те као такво није revisible. Овај став тумачи се тиме да основ за побијање другостепене пресуде може бити искључиво повреда закона. Касациони суд је позван да чува само закон, пазећи на његову једнообразну примену. Погрешним тумачењем уговора није повређен закон, него уговор (Josserand, Cours de Droit civil, 1939, № 241). Неправилна примена Code civil-a о тумачењу уговора није повреда закона, јер те одредбе имају, бар у колико се ради о допуштености побијања другостепене одлуке, природу препоруке, а не перфектних норми. Од горњег принципа пракса је допустила изузетке: Касациони суд контролише квалификацију уговора, дату од стране нижег суда. Он контролу обавља и тиме што не допушта да нижи суд, под изговором тумачења, мења смисао јасне уговорне одредбе или, дајући предност нејасној одредби, одклања примену јасне одредбе (dénaturation). Такође, ревизијом се може покренути и питање смисла једне одредбе у формуларном уговору или једне уговорне клаузуле која је у уговору садржана по сили закона (Mazeaud, Leçons II, t. II, p. 268. et s.; Marty-Raynaud, Droit civil., t. II, 1962, № 216, p. 197, et s. Види и Marty, La distanction du fait et du droit, 1929, № 115, p. 214 et s., № 143, p. 293. et s.). Ни у италијанском праву се касациони рекурс не може поднети због нетачног тумачења уговора, што упућује на закључак да се ради о чињеничном питању (Zanzucchi, Diritto processuale civile, II. 1962, p. 274). У СР Немачкој је, повдом ревизије засноване на погрешном тумачењу уговора, Врховни суд био колебљив. У новије време пракса узима да је тумачење правних послова ствар чињеничног утврђивања. Доследно томе, допуштено је ревизијом истаћи само да је судија нижег суда повредио законе логичког мишљења или законске одредбе о тумачењу уговора. Осим тога, ревизији подлеже тумачење типизираних правних послова, које судови, да би омогућили овај правни лек, изједначују с прављим нормама. Ту природу пракса придаје општим условима уговора, који важе на територији више земаљских судова, јер „само у том случају постоји опасност противречног тумачења". У једном делу немачке науке се овај став прихвата без дискусије. (Тако, на пример, Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 1969, p. 757). Други писци, међу којима неки упућују критичке замерке изложеном становишту, сматрају да је утврђивање смисла једне уговорне одредбе одговор на једно правно питање. (Види: Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 1956, S. 407; Blomeyer, који истиче да Врховном суду недостаје системска доследност, али признаје да проблем још није до краја расветљен — Zivilprozessrecht, 1963, S. 568. и 569; Nikisch, који сматра да је питање о томе шта је изјављено чињенично, а питање да ли је изјава пуноважна и која дејства она има — правно питање, али да се једно од другога тешко може одвојити, па се залаже за ревизију у пуном обиму — Zivilprozessrecht, 1952, S. 495; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur ZPO, III/4, 1 549, који свој став заснивају, утлавном, на објективној теорији тумачења изјаве воље. О разлици између ове теорије и субјективне (тзв. класичне), по којој је циљ тумачења утврђивање воље странака као психолошког феномена, дакле, као једне чињенице, види у југословенској науци Перовић, Тумачење облигационих уговора — Правни живот, 1966/6. Аустријска наука и пракса узимају да је тумачење изјаве воље правно питање. Види Petschek-Stagel, Der österreichische Zivilprozess, 1963, S. 391; Pollak, System, II, 1931, S. 606; Sperl, Lehrbuch, I, S. 667.

проистиче, и под којим чињеничним претпоставкама, или колики је обим тог права. Његов посао није стваралачки, него декларативан, јер он казује шта је уговором предвиђено. У случају из чл. 50. арбитратор је тај који одређује обавезу која уговором није одређена ни изрично ни прећутно. Он својом изјавом замењује вољу странака. Његов задатак је стваралачки (конститутиван, правнопреображајни). Друга разлика је у ситуацији која настаје ако трећи не испуни своју дужност. Уговор у коме обавеза од стране трећег не буде одређена ништав је. Супротно томе, на пуноважност уговора нема утицаја одбијање арбитратора-тумача да дâ своју интерпретацију спорне одредбе.

Редакција чл. 102. није сасвим успела, јер није речено какав значај има мишљење арбитратора. Но, смисао не може бити други, него да су уговорне стране и суд тим мишљењем везани. Поводом тога може се поставити питање да ли се на тај начин обилази одредба о недопустивости уговарања изабраног суда ad hoc за спорове између домаћих правних субјеката (чл. 469. ЗПП). Наиме, прописујући обавезност арбитраторовог мишљења за суд, Закон у ствари препушта решење спора трећем. Овај, истина, формално није арбитар и не одлучује, али његово мишљење о питању од кога зависи исход спора представља прејудицијум за мериторну одлуку суда.

Мишљење арбитратора ипак није обавезно кад је очигледно нетачно. То ће нарочито бити случај ако се тим мишљењем вређа принцип савесности и поштења (чл. 12. ЗОО) или ако се закључак о његовој грубој нетачности намеће објективном познаваоцу уговорног права. Становиште арбитратора не везује ни ако је он прекорачио границе задатка. Поставља се питање да ли он мора омогућити странкама да се изјасне пре него што он дâ своје мишљење. Из обавезности тог мишљења намеће се потврдан одговор.

По једнодушном мишљењу у страној науци, на могућност покретања парнице нема утицаја то што мишљење арбитратора није прибављено. Одсуство тог мишљења не представља, дакле, процесну сметњу, те тужба неће бити као недопуштена одбачена, јер мишљење треба да садржи одговор на питање које се односи на материјалноправну страну спора. Уместо тога, суд ће по приговору друге стране одбити тужбени захтев као недоспео (преурањен). Ако арбитратор до закључења првостепене расправе одбије да дâ мишљење или отеже са испуњењем свог задатка или ма из ког разлога не може да га испуни, споразум о арбитратору губи дејство. Међутим, по чл. 102. ЗОО давање тумачења има значај једне процесне претпоставке. „Стране не могу покренути спор ... док претходно не прибаве тумачење уговора" — каже се у законском тексту. Од овог правила изузетак представља случај у коме треће лице одбија да дâ тумачење уговора. Тешко је видети зашто је у Закону усвојена таква солуција, јер се тумачење односи, као што смо рекли, на мериторну страну спора.

Мислимо да и у југословенском праву постојање споразума о тумачењу уговора од стране трећег суд узима у обзир само по приговору. У Закону није речено изрично да арбитратор даје тумачење писмено,

али се та форма намеће из тога што је недостатак тумачења сметња за покретање парнице. Ако тужени поднесе тумачење, поступак се даље развија. Ако он приговори да постоји споразум, али да тумачење није приложено тужби, онда тужилац долази у ситуацију да доказује да је споразум престао да постоји из неког од разлога који смо горе навели. Држимо да се доказивање ове околности предузима у циљу довођења до вероватности, а не до пуног убеђења суда.

9. — Побијање дужникових правних радњи. — Упоређење одредаба о побијању правних радњи дужника са правилима Закона о побијању правних дела изван стечаја од 1931, показује значајне разлике (34). Једна се састоји у томе што је по закону од 1931. постојање извршне исправе било материјалноправна претпоставка за настанак права на побијање. Поред тога, по истом закону (којим је извршена рецепција одговарајућег прописа аустријског права) ово овлашћење припадало је повериоцу уколико извршење на имовини дужника није довело потпуног намирења тог повериоца или уколико се имало узети да до тога не би довело. Постојање извршне исправе је услов за постојање права на побијање дужникове радње и по немачком законодавству (35). Супротно томе, по Закону о облигационим односима, да би поверилац могао побијати дужников правни посао, не тражи се да је за своје потраживање издејствовао извршну исправу. У француском праву, у коме је паулијанској тужби посвећен само један члан (36), судска пракса и наука такође узимају да се повериочево потраживање не мора доказивати извршним насловом, али је потребно да ово буде извесно, ликвидно и доспело (37). Постојање извршног наслова се не помиње као услов за побијање ни у Грађанском законику Пољске НР (чл. 527). За италијанско право заступљено је мишљење по коме потраживање чак не мора да буде ни ликвидно ни доспело (38).

Пошто постојање извршне исправе није материјалноправна претпоставка за настанак права на побијање, то се може поставити питање да ли противник побијања може оспорити постојање повероčевог потраживања. Он то несумњиво може учинити. При томе он може повериоцу противставити како оне приговоре који су стајали (или би стајали) на располагању самом дужнику, тако и оне које он (противник) изводи из сопственог права, као на пример да постоји преварни договор између повериоца и дужника, да овај није инсолвентан итд. (39).

---

(34) О тим разликама види подробно у чланку Б. Марковића „Побијање изван стечаја" у другом тому Енциклопедије имовинског права и права удруженог рада, стр. 849.
(35) Види Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1954, S. 887.
(36) Art. 1167. C. civ.
(37) Marty-Raynaud, наведено дело, стр. 723.
(38) Trabucchi, Instituzioni de diritto civile, 1966, p. 608 — 610.
(39) Марковић, наведени чланак, стр. 863. Овај аутор заступа исто мишљење и за предратно право у монографији „Право побијања изван стечаја", 1935, стр. 131. Међутим, за право старе Југославије, као и за аустријско и немачко, горње питање заслужује дискусију, пошто у тим правима поверилац може са успехом да побија само ако за своје потраживање има извршну исправу. По једном мишљењу, које је изражено у немачкој науци, у основ права побијања не улази постојање повериочевог потраживања, него постојање извршне исправе за то потраживање. Јер, паулијанско побијање није ствар принудног извршења, него тражење пресуде којом то извршење треба да буде омогућено. Доследно томе, извршна пресуда о постојању повериочевог потраживања не дејствује у паулијанском спору

Посебно питање је како треба да гласи захтев паулијанске тужбе. Предратни југословенски закон садржао је одредбу да се у тужби мора навести у којем обиму и на који начин има тужени да нешто учини или трпи ради повериочевог намирења (§ 12), што указује на кондемнаторни карактер тужбе. У старијој науци изражено је и мишљење да је тужбом обухваћен, испред захтева за осуду, захтев преображајне природе, управљен на то да се побијани правни посао пресудом лиши дејства у односу на повериоца (разуме се, у мери у којој је то потребно за његово намирење) (40). По једном схватању, први од два захтева је декларативан (41). — Француски аутори говоре о повраћају вредности у имовину дужника (фрауда тора) (42) (43). Мислимо да овде повраћај треба разумети не као реални акт, него као стварање новог правног стања тиме што ће се отуђена вредност опет сматрати саставним делом имовине дужника као да из те имовине није ни изишла. У том смислу се у француској науци говори о паулијанској тужби као о револативној (а не о побојној). Њом се тежи пресуди којом се дужникова правна радња опозива у односу на повериоца. И у Скици проф. Константиновића употребљен је појам опозивања (чл. 227—232). — У савременој немачкој и аустријској науци узима се да паулијанска тужба садржи само један захтев, и он има за циљ осуду противника побијања да трпи извршење ради намирења повериоца из оне вредности која је захваћена побијањем. Оваква формулација тужбеног захтева одговара праву повериоца да у имовину дужника буде враћено оно што је из ње изашло или није у њу ушло, као да никаквих имовинских промена услед дужникове радње или пропуштања није било. Другим речима, у погледу права на намирење повериоца треба да буде успостављена очаква могућност каква би постојала без дужникове радње или пропуштања. (Побијање у ствари није ништа друго, него истицање тог права, које може бити подмирено и тако што ће противник испунити повериочево потраживање). Али, ако се због немогућности повраћаја у

својом правноснажношћу, него као чињеница, па противник побијања може да против потраживања изнесе само приговоре на којима би дужник могао засновати опозициону тужбу. Ако се извршна исправа састоји од судског поравнања, противник побијања оспоравањем потраживања доводи повериоца у ситуацију да доказује чињеницу из које потраживање изводи, док би он, противник, сносио терет доказивања чињенице која је спречила настанак потраживања или услед које се оно угасило. Осим тога, противнику се мора признати право да потраживање оспорава и тако што ће тврдити да су се поверилац и дужник договорили да својим процесним понашањем доведу до извршне пресуде којом ће бити омогућено да се противнику одузме оно што је по основу правног посла са дужником стекао. Даља последица схватања да основ побијања чини извршна исправа састоји се у томе да право побијања не прелази на сваког стицаоца потраживања према дужнику, него само на оног ко је потраживање стекао после наступања литиспенденције или после настанка извршне исправе о том потраживању (Rosenberg, наведено дело, стр. 885. и 886). Поводом овог мишљења, остављамо по страни питање да ли је поверилац овлашћен на побијање зато што му припада потраживање или зато што је за исто стекао извршну исправу. Остаје без одговора напомена зашто противник побијања не може да оспори тачност пресуде која има утицај на његов правни положај, а која је могла бити условљена дужниковим незнањем или пропуштањем.

(40) Ehrenzweig, наведено дело, стр. 713.

(41) Марковић, Право побијања изван стечаја, 1935, стр. 138. и 139. Види на истом месту литературу која се односи на цитирану одредбу предратног права. Види и Марковић, Побијање изван стечаја, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, други том, стр. 864.

(42) Види: Josserand, наведено дело, № 700, стр. 438; Mazeaud, наведено дело, № 1001. и 1005, стр. 835. и 836; Marty-Raynaud, наведено дело, стр. 735. и 736.

(43) Оно што важи за обавезу повраћаја у случају отуђења, односи се и на пропуштања услед којих једна вредност није у дужникову имовину ушла.

натури захтева накнада у новцу, поверилац треба да тражи да трећи буде осуђен да му плати новчани износ до висине његовог потраживања. Таква осуда трећег лица треба да буде изречена и ако је дужник отуђио новац или ако је новчаним износом располагао на други начин који даје места побијању (44).

Као што је речено, у данашњем југословенском праву постојање извршне исправе за повериочево потраживање није претпоставка за настанак права на побијање. Доследно томе, садржина паулијанске тужбе зависи од тога да ли је поверилац постигао извршну исправу. Ако је он ту исправу издејствовао, онда бисмо и за данашње југословенско право усвојили последње од изложених схватања: поверилац треба да тражи осуду на плаћање износа до висине свог потраживања, ако повраћај имовинске вредности у натури није могућ или ако се, као последица успелог побијања, рађа обавеза противника на реституцију новчаног износа. Осудом на плаћање конзумира се извршење на том износу ради наплате онога што поверилац потражује од дужника. Ако је повраћај отуђене ствари могућ, захтев повериоца треба да гласи тако да је противник побијања дужан трпети принудно извршење у мери у којој је то неопходно за намирење повериоца. Посебно проглашење да је побијани правни посао без дејства према повериоцу није нужно. Оно је имплицирано у осуди. Сасвим је друкчија ситуација ако поверилац није издејствовао извршну исправу. Осуда противника на плаћање новчаног износа или на трпљење извршења није могућа, јер не постоји извршна исправа којом се утврђује потраживање повериоца према дужнику. Отуда је могућ само захтев за проглашење (да је правна радња дужникова, предузета према противнику, без дејства према повериоцу, у мери у којој је то потребно за његово намирење. До намирења може доћи тек пошто поверилац издејствује извршну исправу. За такав захтев паулијанске тужбе говори и текст Закона о облигационим односима (45). И одговарајући текстови Грађанског законика Пољске НР говоре о проглашењу правног посла неважним (46). Остаје још једно питање: је ли проглашење неважности декларативно или преображајно? Ми смо ближи овој другој природи. Јер, пресудом се уноси једна правна промена у стање настало радњом дужника. Промена се састоји у томе што се та радња не може истаћи према повериоцу, она према њему више нема дејства. Пресуда се, дакле, не ограничава на констатацију постојећег правног стања.

Б. Познић

(44) За немачко право тако Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1954, S. 893. За аустријско право, слично: Fasching, Kommentar zur ZPO, III, S. 31; Petschek, Der österreichische Zivilprozess, 1963, S. 248. И Trabucchi за италијанско право узима да усвајање паулијанске тужбе допушта да се поднесе захтев за извршавање непосредно на добрима која су била долазно отуђена (Istituzioni di diritto civile, 1966, p. 610). Ово последње мишљење разумемо тако да се оно односи на случај у коме је поверилац стекао извршну исправу за своје потраживање. О трпљењу принудног извршења на ствари коју је дужник поклонио противнику побијања говори и одлука ВС Југославије Рев. 1572/65 од 27. 10. 1965, Збирка судских одлука 1965-3-322.

(45) Чл. 284: „Ако суд усвоји тужбени захтев, правна радња губи дејство" ... итд.

(46) Види чл. 527, 528, 531, 533. и 534. истог законика.

РЕЗЮМЕ

Взгляд на некоторые предписания Закона об облигационных отношениях

Автор излагает свое мышлечие о некоторых предписаниях Закона об облигационных отношениях, применяя сопоставительно правовой метод. В вопросе положения поручителя он указывает на значительные перемены, состоящие в том, что ответственность поручителя возникает и тогда, когда кредитор предварительчо не пытался взыскать долг по отношению к главному должнику. Автор рассматривает отдельные ситуации в судебном и исполнительном деле, возникающие по случаю приговора одной из договорных сторон, когда другая не выполнила договор. Принятие учерждения судебных наказаний из французского закона с целью принуждения к исполнению одного неденежного обязательства по присуждению, согласно мышлению автора, не соответствует правовому чутью югославской среды, так как наказания вычосятся независимо от любого ущерба, который кредитор перетерпел, и все же в его пользу. Предписания о неполноценности договора из-за несоразмерности стоимости взаимных обязательств перетерпели перемены, состоящиеся, во-первых, в том, что договор является неполноценным из-за очевидчой несоразмерности и не только потому, что ценность обязательств одной стороны не превышает половины ценности обязательств другой стороны. Такое упорядочение навязывает проблему однообразного применения этого предписания в практике. Во-вторых, для договора не нужно, чтобы разница в стоимости была выплачена, но достаточно, чтобы сторона, в пользу которой существует несоразмерность, оделала заявление, что готова уплатить разницу. Особое внимачие уделено предписаниям, предусматривающим возможность передачи толкования договора в договорными сторонами третьему лицу в случае, если содержание договора между ними являестя спорным. Мнение автора состоит в том, что Закон здесь имеет в виду установление арбитра, которому вменяется задание ответить на один юридический вопрос. По мнению автора, необычным является то, что Закон предписывает, что стороны не могут начать спор, пока предварительно не получат мышлечие в смысле спорного договорного предписания, кроме только, если третье лицо откажеться дать толкование договора. В статье еще рассматривается возможность изречения частичного присуждения в споре, в котором обвиняемый защищается выдвижением ненадежного противеиска компетенции в споре, который начат для того, чтобы договор, заключечный в целях проведения самоуправительного соглашения, привести в соответствие с эим соглашением; полномочие для заключения договора о выбранном суде от имени организации объединенного труда; опровергание правовых действий должника некоторые другие вопросы.

A SUMMARY

Review of some Provisions contained in the Law on Obligation Relations

The author discusses certain provisions contained in the Law on Obligation Relations, applying the method of comparative law. In respect of the position of the warrantor, he points to the significant change which has taken place, in that the warrantor becomes liable even if the creditor has not previously made any attempt at forced settlement against the main (first) debtor. The author elaborates on certain situations arising in the lawsuit and executive (ready-to-be-carried-out) procedures, in view of the complaint of one contractual party that the other contractual party has defaulted on its contractual obligations. The adoption of the institute of court penalties from French law aimed at the enforcement of the execution (ready-to-be-carried-out) of a non-financial obligation according to the verdict of the court, in the opinion of the author, does not correspond to the legal sentiment of the Yugoslav society, because penalty sentences are passed out irrespective of any damage sustained by the creditor, but still in his favour. The provisions regulating invalidity of contracts due to the disproportion of value of mutual obligations have been changed to the effect that, firstly, a contract is invalid due to evident disproportion, and not only if the value of obligation of one contractual party does not exceed one half of the value of obligation of the other contractual party. The application of comparison of this kind imposes the problem of uniform implementation of this provision in practice. Secondly, for the convalescence of a contract it is not necessary for the difference in value to be paid, but it is sufficient that the contractual party in the favour of which the disproportion exists issue a statement of readiness to pay the difference. Special attention has been paid to the provisions containing the possibility (option) that the contractual parties may entrust a third party with task of interpreting the contract in cases when they are in dispute over the letter of this document. It is the author's opinion that the Law has in fact introduced the institute of arbitrator here, the ask of whom is to give competent answers to a legal question. In the author's opinion, it is unusual that the Law provides that the contractual aprties cannot bring legal action (proceedings) in court until they have previously obtained an expert opinion on the meaning of the contractual provision in dispute, with the exception of the case when the third party has refused the task of interpretation of the contract.

The article further discusses the following questinos: the possibility of a partial verdict being passed by the court in a lawsuit in which the defendant counters accusations with a motion of inliquid counter-demand in preference (list of preference); the competence for a dispute where the action has been brought for the purpose of the contract, concluded with the aim of carrying out the self-management agreement, being brought into accord with that agreement; the authorisation for the conclusion of a contract on the selection of a court on behalf of the organisation of associated labour; refutation of the debtor's legal actions and some other questions.

RÉSUMÉ

Exposé sommaire de quelques dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation

L'auteur s'est adonné à l'étude de quelques dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation, en appliquant la méthode de droit comparé. En ce qui concerne la position de la caution il attire l'attention sur un changement important, qui consiste en ce que la responsabilité de la caution prend naissance même si le créancier n'a pas essayé préalablement de réaliser l'arrangement coercitif avec le débiteur principal. — L'auteur examine certaines situations dans la procédure judiciaire et dans la procédure exécutoire, qui se manifestent à l'occasion de la présentation de l'exception d'une partie contractante que l'autre partie n'a pas exécuté le contrat. — L'adoption de l'institution des pénalités du droit français, dans le but de la contrainte à l'exécution d'une obligation non-monétaire d'après le jugement, selon l'opinion de l'auteur, ne correspond pas au sentiment juridique du milieu yougoslave, car les pénalités sont prononcées indépendamment de tout dommage que le créancier a subi, et néanmoins à son profit. — Les dispositions relatives à la non-validité di contrat à cause de la disproportion de la valeur des obligations réciproques ont subi des changements qui consistent en ce qui suit: premièrement, parce que le contrat n'est pas valable à cause de la disproportion évidente, et non seulement si la vaieur de l'obligation d'une partie contractante ne dépasse pas la valeur de l'obligation de l'autre partie. Par un tel arrangement s'impose le problème de l'application uniforme de cette disposition dans la pratique. Deuxièmement, pour la validation du contrat il n'est pas nécessaire que la différence dans la valeur soit payée, mais il suffit que la partie contractante au profit de laquelle existe la disproportion déclare qu'elle est prête à payer la différence. Une attention particulière est consacrée aux dispositions par lesquelles la possibilité est prévue que les parties contractantes confient à une tierce personne le soin d'interpéter le contrat dans le cas que le contenu du contrat est litigieux entre eux. De l'avis de l'auteur, ici la Loi a en vue l'institution des arbitres, qui ont pour devoir de répondre à une question juridique. D'après l'opinion de l'auteur il est inaccoutumé que la Loi prescrive que les parties ne peuvent pas intenter le procès avant de connaître au préalable l'opinion relative au sens de la disposition contractuelle litigieuse, excepté si la tierce personne refuse de donner l'interprétation du contrat. — Dans l'article, de même, les questions suivantes sont discutées, à savoir: de la possibilité de l'adoption d'un jugement partiel dans le procès dans lequel l'accusé se défend en invoquant la contrerevendication non liquide dans la contestation, de la compétence dans le procès qui est intenté pour que le contrat, conclu dans le but de la réalisation de la convention autogestionnaire, soit coordonné avec cette convention; de la procuration pour la conclusion du contrat relatif au tribunal arbitral au nom de l'organisation de travail associé; de la contestation des actes juridiques du débiteur ainsi que plusieurs autres questions.

МОНЕТАРНИ НОМИНАЛИЗАМ И ДОКТРИНА ВАЛОРИЗМА

Закон о облигационим односима, идући за „Скицом за законик о облигацијама и уговорима" проф М. Константиновића (чл. 316 и сл.) посветио је посебну пажњу „новчаним обавезама" (чл. 394 и сл.) као специфичним обавезама облигационог права за које важе нека посебна правила која се не примењују на друге обавезе. Уношење у Закон тих посебних правила захтевао је све већи значај новчаних обавеза у правном промету и, у вези с тим, све наглашенија потреба да се одређени односи који произлазе из тих односа правно регулишу. Велики је број проблема који се, у вези са новчаним обвезама постављају и који заслужују да се о њима расправља. Из те масе проблема ми ћемо издвојити начело монетарног номинализма и уско повезану са њим доктрину валоризма, као проблеме најзначајније и са гледишта правног и са становишта економско-друштвеног.

1. Шта је монетарни номинализам, у чему се он састоји, како је он настао?

Монетарни номинализам, или како се још назива, „правило номиналне вредности новца" се састоји и изражава у једнакој *платежној моћи* новчане јединице у времену, без обзира на промене њене „унутрашње" вредности (ако је у питању метални ковани, новац), њене „паритетне" вредности (ако је у питању папирни новац чија је „вредност" одређена у односу на злато или неку страну валуту) или њене функционалне вредности тј. куповне снаге (ако је у питању папирни новац који је депресирао одн. апресирао). Из овога следи да ће се дужник, када се ради о новчаној обавези — обавези чији је предмет свота новца — ослободити обавезе, кад исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, без обзира да ли се у времену између настанка обавезе и њеног испуњења (плаћања) њихова вредност (у горе изложеним варијантама) променила или остала иста. То, исто тако, значи да поверилац, у случају да вредност новчане јединице у којој је његово потраживање изражено, опадне, неће имати право да тражи већу своту новца од оне на коју је имао право у време настанка његовог потраживања.

Монетарни номинализам је као правно правило могао настати и настао је у условима одвајања спољашње (номиналне, званичне, службене, тарифициране) „вредности" новца од његове стварне, „унутрашње" вредности. То одвајање је, у епохи металног новца се реализовало нај-

већма акцијом владалаца на тај начин што су, било „погоршавали" тј. обезвређивали новац (смањивали његову златну односно сребрну садржину) уз задржавање исте спољне тј. номиналне „вредности" или повећавали спољну (номиналну) вредност уз задржавање исте унутрашње (тежинско-металне) вредности. (1)

У таквој нестабилној монетарној ситуацији се морало поставити питање шта је предмет новчане обавезе: унутрашња вредност тј. метална садржина своте новца која се дугује или број новчаних јединица, тј. спољна, од владаоца (државе) означена, номинална „вредност" новца? Од одговора на ово питање зависило је шта је дужник новчане обавезе у време њене обавезе имао да врати: тежину племенитог метала коју је новац садржавао у време закључења уговора (tempore contractus) или дуговану суму (своту, збир) новчаних јединица, без обавеза на њихову унутрашњу (металну) вредност у време испуњења (tempore solutions). Ово питање се поставило одавно (у Средњем веку) и из полемике која је уследила развила су се два супротна становишта: *металистичко* по којем је предмет новчане обавезе метална садржина новца у којем је обавеза изражена, те је дужник имао да плати исту тежину (и финоћу) племенитог метала коју је примио у време настанка обавезе и *номиналистичко,* по којем је дужник морао да врати новчану своту (збир новчаних јединица) која је уговорена, без обзира на евентуалне промене у металној садржини тј. унутрашњој вредности новца која је у међувремену настала.

Металистичко схватање је произишло из римске концепције mutuum-е, према којој је дужник био у обавези да врати исту количину и каквоћу позајмљених ствари, било да је предмет зајам жита, вина, новчани комади или нека друга генеричка ствар. Ова концепција одражава неразвијеност робно-новчаних односа, док се новчана обавза није још издвојила као нешто квалитативно различито, као обавеза са посебним карактеристикама. (2)

Металистичка доктрина је преовладавала у Средњем веку, у време монетарног хаоса, претапања и „бежања" појединих врста новца, монетарних злоупотреба највећих размера. (3) У таквим околностима, средњевековни правници (романисти, а потом канонисти) заступали су гледиште, као меру одбране, да уговорне стране имају у виду приликом закључења уговора унутрашњу вредност монете, те ће дужник бити у обавези да врати вредност кованог новца коју је у време закључења уговора примио. (4)

Стварањем великих цетрализованих монархија у Европи, које су ковање новца узеле потпуно у своје руке и учиниле га монополом и прерогативом централне власти, што је било условљено и развојем робно-новчаног промета и националних тржишта, били су остварени материјални услови за појаву нових правних схватања у области новчаних

(1) Mestre-James: La clause-or en droit français, Paris, 1926, стр. 4.
(2) в. Hubrecht: Stabilisation et valorisation des créances, Paris, 1928, стр. 26.
(3) Sulkowski, Rec. des Cours, 1929, T. 29, стр. 68.
(4) Nussbaum, Money in the Law, Nat. and Int. 1950, с. 176.

обавеза. Протагонисти тих схватања су били француски правници Dumoulin (Molinaeus) и Pothier.

Dumoulin је у свом делу Tractatus contractum et usurarum (1546) изложио теорију да је владалац по свом суверeном праву овлашћен да одреди тежину и састав новца и његову спољну, номиналну вредност коју је он назвао „наметнута вредност" (valor impositus). Та вредност је, према овом аутору, обавезна и једино меродавна за грађане, те не може бити предмет погађања између приватних лица, која су дужна да примају новац у промету по тој спољној, наметнутој вредности. Грађани, дакле, ће сносити ризик, ако одлуком владаоца та спољна вредност новца буде промењена. (5) Из овога је Думолин закључио да предмет новчане обавезе није директно материјални новац тј. новчани комади са одређеном количином (тежином) племенитог метала, него је њен предмет онај број новчаних комада (златника) који одговара делу законске јединице мере (имагинарној јединици), тој јединици или њеном умношку, који је одређен у време закључења уговора. Због тога је за обим новчане обавезе ирелевантно да ли се у периоду између настанка обавезе и плаћања променио однос између „имагинарне монете" (јединице мере) и стварне монете која је у оптицају: у погледу броја — збира новчаних јединица, обавеза дужника остаје иста. (6)

Идеје Pothier-a о предмету и садржају новчане обавезе, које, може се рећи, представљају „магну карту" номиналистичке теорије регалистичног смера, се у суштини не разликују од изложених Думонлинових схватања. Оне означавају у француској теорији завршетак еволуције према номинализму. Принцип је, каже Потхиер, да се, када је реч о новцу као предмету обавезе, „не гледа на материјал од којег је направљен и на новчане комаде, него само на вредност коју је владалац за њих везао. Из овог принципа следи да материју зајма као и других уговора не сачињавају новчани комади него вредност која је на њима означена...". (7) Према томе, закључује Потхиер, зајмопримцу се не може наметнути обавеза да врати нешто друго и више, те би сваки супротан уговор „морао бити одбачен као противан јавном праву и улози коју је владалац наменио новцу". (8) Идеје Потхиера имале су велики утицај на творце Code civila и потоњу француску доктрину у овој материји, али његова екстремна гледишта о номинализму као норми јавног права, иако су понекад и понегде заступана, нису се могла одржати.

Све интензивнији развој робно-новчаних односа и све већи обим пословних и новчаних операција захтевали су прихватање монетарног номинализма као правног правила и његово уношење у позитивне правне системе. Почев од 17 века, начело монетарног номинализма је крчило себи пут у позитивне правне системе и током 19. и 20. века се афирмисало као општи, на универзалној основи прихваћени правни принцип.

(5) Према Nussbaum-u, цит. дело, стр. 267.
(6) Ascarelli: Obligationi pecuriarie, 1959, стр. 107.
(7) Traité du prét de Consomption Oeves ed. Bugnet, 1847, T. V, стр. 55.
(8) Исто.

Савремени правни системи како капиталистичких тако и социјалистичких земаља садрже тај принцип, било у форми законског правила, било кроз судску праксу, изричито или имплицитe. (9)

У југословенском правном систему важи такође начело монетарног номинализма по којем се обавезе које имају за предмет своту новца, испуњавају у номиналном износу, без обзира на промене у вредности новца настале у времену између настанка обавезе и доспелости односно плаћања. Све до доношења Закона о облигационим односима, правило о номиналној вредности новца није било формално и изричито формулисано, али се оно није доводило у сумњу, а изражавало се кроз забрану златних и валутних клаузула, о чему ће касније бити речи. У Закону о облигационим односима, оно је формулисано у члану 394 на следећи начин: „Кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан исплатити онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује што друго". Овом одредбом се на изричит начин формулише оно што се до сада подразумевало тј. било имплицитe садржано у нашем новчаном систему. Усвојена формулација је, у нешто измењеном облику, преузета из „Скице" проф. Константиновића. (10)

2. Номинализам као правна норма, је преовладао у ери монетарне стабилизације која је, путем увођења златног важења, извршена у земљама у којима се афирмисао капиталистички начин производње. У таквим околностима је металистичко схватање, као мера одбране од злоупотреба са новцем, постало непотребно, јер је назив (nomen) одговарао садржини, тако да је било практично нрелевантно да ли ће се сматрати да је предмет новчане обавезе одређена количина племенитог метала или одређена свота новца. Сигурност и брзина трансакција су захтевали номинализам као поуздан, известан и практичан инструмент. Међутим, металистичко схватање је постало беспредметно кад се новац, са гледишта права, одвојио од метала, када се по закону није могао конвертовати у злато, када је новчаница добила принудни течај. Тада више није било правно могуће позивати се на металистичко схватање, а његова примена је практично била неизводљива због повлачења злата из оптицаја.

То је имало теоријски значај, све док у економици капиталистичких земаља нису настали, као последица I светског рата и Светске економске кризе, тешки поремећаји који су се изражавали у инфлацији која је била праћена катастрофалним падом вредности новца. Тада су се испољиле све негативне стране номинализма и неприхватљиве последице до којих је његова примена у пракси доводила. Уместо металнзма, које је својевремено, као што смо видели, могао притећи у помоћ и довести до васпостављања уговорне равнотеже, а који је сада постао беспредметан, појавило се валористичко схватање новчане обавезе, пра-

(9) Исцрпан упоредно-правни преглед је садржан у нашој књизи: Новац и новчане обавезе у унутрашњем и међународном промету, Београд, 1973, стр. 51 и сл.

(10) чл. 316 став 1 Скице.

ина теорија валоризма. Њени заговарачи су били: немачки правници Eckstein (11) и Goldsmidt (12) и француски правник Hubrecht. (13)

Валористичка доктрина настоји да се надовеже на учење Savigny-a о новчаним тражбинама, по којем се садржина тих тражбина састоји у „општој имовинској моћи" („algemeine Vermögensmacht"), која произлази из својства њиховог предмета — новца. (14) Полазећи од ове идеје, присталице валористичког учења заступају гледиште да је основно у новцу, па, према томе и у обавези чији је предмет новац, функционална вредност новца тј. његова куповна моћ и да су уговорне стране имале у виду ту страну новца, да је њихова воља првенствено у том правцу усмерена. Они примећују да теорија номинализма води рачуна само о спољној страни ствари, а игнорише саму ствар и њена битна својства; та теорија је на свом месту у време новчане стабилности, пошто се тада битна својства новца не мењају; она је, међутим, у очигледној опреци са намером страна, ако се вредност новца знатно изменила у времену између закључења уговора и плаћања. Због тога, ако је дошло до знатније промене куповне моћи новца, обавезу треба извршити, не на бази његове номиналне вредности, него на бази куповне моћи новца као његовог битног својства, а то значи да у овом случају треба извршити валоризацију тражбине, јер то одговара и суштини новца и вољи уговорних страна. (15) Ова воља, каже Hubrecht, не односи се само на „согрога", на саму материју од које је новац направљен, јер оно што су уговорне стране хтеле примити и пренети нису одређени новчани комади „тај и такав метал или различито обојени папири", него одређена количина куповне моћи. Због тога суд мора, наставља овај писац — ако не постоји императивни пропис који супротно одређује — обезбедити да се при испуњењу обавезе поштује воља уговорача, а то ће се остварити само онда, ако се за основицу одређивања суме новца која се има исплатити узме куповна моћ коју је новац имао у тренутку закључења уговора. Не може се заснивати одлука на идентичности nomen-a, није битна идентичност етикете, него сама ствар и њена својства. Депресијацијом новца се мења суштина обавезе; она се тиче битног елемента уговора и због тога је неопходно — и ту је поента ове доктрине — извршити валоризацију обезвређене тражбине. (16)

Валористичка доктрина изгледа привлачна због тога што би обезбеђивала еквивалентност престација, што би одговарало принципу правичности; њеном применом би се добила у времену плаћања она „куповна моћ" коју је, у време закључења уговора односно настанка обавезе представљала дата или обећана сума новца. Међутим, валористичка доктрина, као правно правило које би важило наместо номинализма, није ни у једном правном систему била до сада прихваћена. Ако би се узело да је предмет новчане обавезе одређена „куповна моћ", а не сума нов-

(11) Geldschuld und Geldwert, Berlin. 1932.
(12) Die Aufwertungskrise, Berlin, 1926.
(13) Цит. дело.
(14) Savygny, Obligationenrecht, стр. 15.
(15) Eckstein, цит. дело, стр. 27 — 48; Hubrecht, цит. дело, стр. 15.
(16) Idem, стр. 231 — 243.

чаних јединица на коју обавеза гласи, новчана обавеза, уместо одређене и фиксне, као што то захтева модерни промет, постала би неодређена, вариабилна, предмет сталних погађања и спорова. То би представљало кочницу за брзи оптицај новца који карактерише модерну економику, ометало би нормално вршење функције новца као прометног средства. ([17])

3. Значи ли то да монетарни номинализам као правно правило безусловно важи и да право може потпуно игнорисати промене које настају у вредности новца у времену између настанка обавезе и доспелости (одн. плаћања)?

У ери монетарне стабилности када колебања у вредности новца није било, те према томе ни раскорака између његове „унутрашње" и „спољне" вредности или је оч био незнатан, на ово питање се могло позитивно одговорити. Међутим, када је период монетарне стабилности уступио место монетарним кризама, праћеним инфлацијом, депресијацијама и девалвацијама, убрзо се показало да право те промене може игнорисати само до извесног степена, да монетарни номинализам не може бити третиран као догма, од које се не може одступити, да је нужно пронаћи правне инструменте којима би могле бити уклоњене штетне и, са гледишта правичности и морала, неприхватљиве последице номинализма.

У вези с тим се најпре поставило питање да ли се саме уговорне стране могу заштитити, на тај начин што би унеле у уговор одредбе којима треба да се неутралише деловање монетарног номинализма и тако одржи куповна моћ првобитно садржана у суми новчаних јединица која је предмет новчане обавезе. Ако се на ово питање одговори негативно то би значило да је монетарни номинализам *когентна правна норма*, **а у случају** позитивног одговора, сматрао би се *диспозитивном правном нормом*. У првом случају, одредбе у уговору које иду за тим да се одстране негативне последице монетарног номинализма биле би ништаве и као такве без правног дејства; у другој хипотези, такве одредбе би биле пуноважне и насупрот *законском номинализму* стајао би *уговорни валоризам*, као правни инструмент помоћу кога би било могуће одржати првобитну вредност обавезе.

Присталице номинализма су првобитно сматрале да је прописана (номинална) вредност новца једино правно релевантна, као акт владаочеве суверене воље коју појединци у својим пословним трансакцијама нису могли доводити у питање. Према овој концепцији, дакле, спољна, наметнута вредност (valor impositus) је акт вршења суверене власти, те је припадала сфери јавног права. Ако би појединци унели у уговор одредбу којом би се заштитили од промена у тој спољној вредности новца, таква одредба, била би без правног дејства, јер би она означавала мешање у суверено право владаоца.

Заговорници номинализма као диспозитивне норме су, пак, истицали да одређивањем спољне (номиналне) вредности новца (било кованог или папирног), држава (владалац) није, самим тим, прописала, да

([17]) в. Mosco, Gli effetti della valutazione monetaria, Milano, 1948, стр. 52.

појединци не могу уговором предвидети да ће се њихова обавеза повећати сразмерно губитку вредности новца у коме је обавеза изражена. Према томе, према овој концепцији, номинализам је правило по којем се новчана обавеза гаси предајом повериоцу своте новца која је првобитно уговорена, уколико уговорне стране нису што друго предвиделе, уколико у уговор нису унеле одредбу да ће се новчана свота, која има да се плати, повећати односно смањити у зависности од пада односно пораста вредности новца у којем је обавеза изражена. У правној теорији капиталистичких земаља преовладало је гледиште да је номинализам правна норма диспозитивног карактера, која се, уколико закон шта друго не прописује, — примењују само онда када уговорне стране нису изабрале другу јединицу мере вредности за утврђивање обима обавезе: злато, неку страну валуту или робу. Доктрина валоризма је путем квалификације номинализма као диспозитивне правне норме и, као последица тога кроз уговарање тзв. заштитних монетарних клаузула, дошла до изражаја на уговорном плану. Видећемо, међутим, да тиме номинализам није устукнуо и да му је држава, из веома различитих узрока и мотива, притекла у помоћ путем прописивања забрана уговарања споменутих клаузула.

Доктрина валоризма није се пробијала и крчила себи пут само на уговорном плану. Држава, која притиче у помоћ номинализму путем забрана заштитних клаузула, у одређеним ситуацијама, ради заштите одређених категорија грађана, интервенише у циљу отклањања негативних последица номинализма. О овим случајевима примене доктрине валоризма на државно-законодавном плану треба такође нешто рећи.

Најзад, доктрина валоризма може доћи до изражаја и кроз судску праксу ако постоје одређени правни инструменти за успостављање уговорне равнотеже поремећене наступањем одређених околности после закључења уговора — околности у које, под одређеним условима, улазе и депресијације новца. Према томе, поред уговорног валоризма и валоризма на државно-законодавном плану, постоји и валоризам који се остварује кроз судску праксу, те се и на том аспекту примене доктрине валоризма треба такође задржати.

А. — Уговорни валоризам се правно изражава у облику тзв. заштитних монетарних клаузула — одредаба које уговорне стране уносе у уговор да би се заштитиле од наглих монетарних флуктуација, пада или пораста куповне моћи новца. То су инструменти помоћу којих се на уговорном плану врше у правним системима одступања и корекције номинализма и, у већој или мањој мери, прихватају решења која се инспиришу доктрином валоризма (уговорне равнотеже).

Међутим, треба одмах истаћи да, иако постоје у савременом свету снажне тенденције за проширивањем домена валоризма, ни у једном новчаном и правном систему није остављена појединцима апсолутна слобода уговарања заштитних клаузула помоћу којих би се анулирале последице номинализма. Забране, у већем или мањем обиму, уговарања заштитних клаузула су произишле из схватања да се помоћу номина-

лизма штити стабилност националне валуте, ма колико да његова примена у пракси доводила до неправичних и неприхватљивих последица. Иако је простор деловања номинализма сужен, и ако се он у правној теорији све чешће осуђује као „анахронистичка догма", (18) његово деловање није ни издалека елиминисано. У то се можемо уверити ако бацимо поглед на правне режиме златних и валутних клаузула у појединим земљама. Тако у неким земљама те клаузуле су забрањене у свим видовима како у унутрашњем тако и у међународном пословном промету (нпр. Канада за новчане обавезе уопште); САД за новчане обавезе изражене у доларима САД); у неким земљама су забрањене у свим видовима у унутрашњем промету, а дозвољене су у међународним трансакцијама одређеног типа (нпр. Француска); коначно, у извесним земљама дозвољене су како у унутрашњем тако и у међународном промету роба и услуга (нпр. Швајцарска, Италија) (19). Што се тиче клаузуле према вредности робе (посебно индексних клаузула), у неким земљама су и за њих уведена ограничења (Француска, Немачка, Турска, Грчка) док су у другим земљама (нпр. Енглеска, Канада, Италија, Швајцарска, и др.) дозвољене. (20)

У нашем праву, правни режим мочетарних клаузула није у целини уређен Законом о облигационим односима, већ је правни режим златних и валутних клаузула уређен највећим делом Законом о новчаном систему од 1976. (чл. 10) и Законом о девизном пословању и кредитним односима са иностранством од 1977. (чл. 77), а само једном својом одредбом која се односи на „валуту обавезе" Законом о облигационим односима (чл. 395), док је правни режим индексних клаузула у целини регулисан Законом о облигационим односима (чл. 395).

I Шта је, у погледу златних и валутних клаузула предвиђено у горе наведеним законским прописима?

У члану 10. Закона о новчаном систему и чл. 77. Закона о девизном пословању и кредитним односима са иностранством су изречене две забране:

1. Забрана „плаћања и наплаћивања" односно „закључивања послова који гласе на новац" у Југославији између домаћих лица и између грађана и страних лица у „девизама или у злату" и

2. забрана закључивања правних послова у којима се „динарска вредност обавезе израчунава" на основу цене злата или курса динара у односу на стране валуте".

Забране садржане у чл. 10. Закона о новчаном систему и чл. 77. Закона о девизном пословању се, као што се види, односе како на клаузуле ефективног плаћања у злату (златној монети) односно у страној валути тако и на клаузуле плаћања према вредности злата (златне монете) односно вредности стране валуте.

---

(18) Savatier: Déprésiation monétaire et vie juridique des contrats, Rec. Sirey, 1972, Chr. стр. 6 (№ 19 и 20).

(19) Врлета Круљ: цит. дело, стр. 51 и сл. где је дат исцрпан преглед усвојених решења.

(20) Исто, стр. 177.

Међутим, забране садржане у члану 10. Закона о новчаном систему (од 1976) и члану 77. Закона о девизном пословању (од 1977) нису по своме домашају у свему идентичне. Забрана под 1) се, према оба закона односи на иста лица и на исте послове (закључене у Југославији), али се то не може рећи за забрану под 2. У Закону о новчаном систему се изричито каже да су новчане обавезе изражене у динарима са клаузулом плаћања према вредности злата или стране валуте ништаве ако су садржане у „уговору или другом правном послу" закљученом између домаћих лица (организације удруженог рада, других домаћих правних лица и грађана) или између грађана и страних лица (члан 10. став 2. у вези са ставом 1. споменутог Закона). Према томе, забрана се не односи на послове које, у области спољнотроговинског пословања и кредита закључују наше организације удруженог рада са иностраним фирмама.

Међутим, забрана садржана у члану 77. Закона о девизном пословању и кредитним пословима са иностранством, има, општи карактер, јер се у том члану без ограде каже да је забрањено „...закључивање послова којима се обезбеђује да ће се динарска вредност уговорне обавезе израчунати на основу цене злата или курса динара у односу на стране валуте..." Према томе, ова забрана се односи не само на послове „у земљи" него и на послове из области спољне трговине које закључују наше организације удруженог рада са иностраним партнерима. (21)

Из горњег следи да у нашем праву за златне и валутне клаузуле важе следећа правила:

1. Ако се новчана обавеза по закону *мора* изразити у динарима — а то су обавезе настале из послова унутрашњег промета робе и услуга — клаузуле ефективног плаћања у злату или страним средствима плаћања или у динарима према вредности злата или страних средстава плаћања су ништаве, дакле без правног дејства (в. чл. 10. Закона о новчаном систему и чл. 77. Закона о девизном пословању).

Шта ће бити ако новчана обавеза која по закону *мора* бити изражена у динарима, гласи на плаћање у злату или некој страној валути? Одговор је садржан у чл. 395. Закона о облигационим односима: испуњење такве обавезе ће се моћи захтевати само у домаћем новцу „према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе" а то значи да ће се поступити тако као да је новчана обавеза од почетка уговорена и изражена у динарима.

Закон о облигационим односима је пошао од тога да је овде у питању прикривена клаузула плаћања у динарима према вредности злата или стране валуте (курса динара у односу на страну валуту). Пошто су овакве клаузуле, као што смо видели ништаве, меродаван је износ обавезе у динарима у тренутку наступања обавезе, и само

(21) Чл. 77 став 1 у целини гласи: „Забрањено је плаћање и наплаћивање у девизама или злату између домаћих лица и између грађана и страних лица на територији СФРЈ и закључивање послова којима се обезбеђује да ће се динарска вредност уговорне обавезе израчунати на основу цене злата или курса динара у односу на стране валуте, ако овим законом није другчије одређено".

тај износ се може захтевати. Ако би се конвертовање извршило према цени злата одн. стране валуте у време доспелости одн. плаћања, то би значило да се клаузула плаћања у злату одн. страној валути „уговорена противно посебном савезном закону" (чл. 395 Закона о облигационим односима) сматра пуноважном и да се само врши законска конверзија страног новца у домаћи. (22) Смисао одредбе чл. 395 је у томе да се осујете спекулације са домаћим новцем, и заштити домаћи новац као законско средство плаћања.

Какве ће правне последице наступити ако новчана обавеза која по закону мора бити изражена у динарима, садржи клаузулу да ће се њен обим утврдити према цени злата односно стране валуте која буде важила у време доспелости (или у време плаћања)? Пошто су овакве клаузуле ништаве (без правног дејства) сматраће се као да нису написане (уговорене), а динарска обавеза ће остати на снази, у свом првобитном (номиналном) износу.

2. Ако се новчана обавеза *не мора* изразити у домаћем новцу (динарима) и може по закону да гласи како на страну валуту тако и на домаћи новац (нпр. новчане обавезе између организације удруженог рада и иностраних фирми које произиђу из пословања у спољно-трговинском промету) златна односно валутна клаузула ће бити пуноважна ако је новчана обавеза изражена у страној валути, а ништава ако гласи на динаре (чл. 77. став 1. Девизног закона од 1977. године).

Као што произилази из изложеног, треба сматрати да у нашем праву постоји, као и у многим другим правним системима (Француска, Немачка, СССР и др.) (23) у односу на златне и валутне клаузуле дуалитет правних режима: у унутрашњој прометној сфери где се новчане обавезе морају изразити и плаћање извршити у домаћој валути (динарима СФРЈ), златне и валутне клаузуле, свих типова су забрањене и као такве ништаве (без правног дејства); у међународном промету добара и услуга (спољнотрговинским и кредитном пословању) где се новчане обавезе могу изразити било у страној валути, било у динарима СФРЈ златне и валутне клаузуле су забрањене само у новчаним обавезама израженим у динарима.

II У Закону о новчаном систему и Закону о девизном пословању и кредитним односима са иностранством, индексне клаузуле се уопште не спомињу, те оне формално не потпадају под забрану уговарања златних и валутних клаузула о којима је реч у члану 10. Закона о новчаном систему односно у чл. 77. Закона о девизном пословању.

У Закону о облигационим односима, као што смо видели, нема изричите забране златних или валутних клаузула. Водило се очигледно рачуна о томе да је питање ништавости тих клаузула уређено Законом о новчаном систему односно Законом о девизном пословању. Међутим,

(22) Уп. Rozenberg: Новчане обавезе у „Обавезно право", књига I, Загреб, 1978, стр. 270.

(23) в. Starck: Droit civil (Obligations) Paris, 1972, стр. 442; § 49 ст. 1. Aussenwirtschaftsgesetz С. Р. Немачке од 1961. године — BGBl. I, стр. 481; Герешченко: Денежное обращение и кредит СССР, Москва, 1970, стр. 140 и сл.

Закон о облигационим односима садржи одредбу о индексним клаузулама, о којима се горе споменути закони не изјашњавају. У члану 396. Закона о облигационим односима изречена је у принципу забрана тих клаузула на тај начин што се прописује да је „ништава одредба уговора којом се износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга израженим индексом цена утврђених од стране овлашћене организације (индексна клаузула)... „Међутим, забрана уговорања ових клаузула није апсолутна и оне ће бити, каже се у споменутом члану Закона о облигацијама"... пуноважне, ако је изабрани индекс у непосредној вези са предметом посла тако да нема спекулативни значај или је таква одредба уговорена ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране".

У члану 396. Закона о облигационим односима усвојено је, дакле, становиште да индексне клаузуле, под одређеним условима могу бити корисне и оправдане, тек као такве пуноважне. То значи да је заузет став да се те клаузуле, ако су испуњени одређени услови, не могу одбацити као штетне. При томе се морало водити рачуна о неколико начела којима је или треба да буде прожето право једне социјалистичке земље, као што је начело еквивалентности узајамних давања, начело неексплоатације једне стране по другој, начело очувања животног стандарда и његовог подизања у складу са повећањем продуктивности рада. Ако је уношење индексне клаузуле детерминисано овим начелима и ако се њоме реализацијом то начело непосредно остварује, забрана клаузуле не би имала свој „rezon detr". Под овим околностима индексна клаузула би била и са економског и са моралног гледишта оправдана; она тада не би имала монетарни спекулативни карактер, који лежи у основи забрана монетарних клаузула. Услови за пуноважност индексне клаузуле утврђени у члану 396. Закона о облигационим односима су такви да се очигледно ишло за тим да се клаузула постави на здраве економске основе. За њену пуноважност се захтева да је „изабрани индекс у непосредној економској вези са предметом посла, тако да нема спекулативни карактер" или да је уговорена „ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране". Када ће то бити је фактичко питање које ће бити оцењено у сваком конкретном случају, ако дође до спора. Тако нпр. ако је у питању кредит за стамбену изградњу његово враћање би могло бити везано за промене индекса цена стамбене изградње; ако се ради о уговору о издржавању или о индивидуалном уговору о раду, износ новчане обавезе би могао бити везан за индекс трошкова живота итд. Тешко је унапред рећи да ли ће и у којој мери овакве клаузуле бити уговаране и какви ће стандарди бити захтевани за њихову пуноважност. Закон о облигационим односима је одредбом члана 396. унео у наш систем једну новину која у условима новчане нестабилности може да одигра позитивну улогу, јер се њоме могу, у одређеним околностима и то на уговорном плану отклонити штетне и неправдене последице монетарног номинализма.

Б. — Доктрина валоризма се није изразила само на уговорном плану путем унашења у уговор тзв. заштитних клаузула, када су по

закону те клаузуле допуштене. Последице номинализма су некад, са друштвеног гледишта посматране, тако значајне и тешке да су, независно од акције заинтересованих лица у време закључења уговора морали бити пронађени инструменти помоћу којих би се деловање номиналистичког начела ставило у друштвено допуштене границе. Ти инструменти се састоје: у стављању одређених категорија новчаних обавеза ван домашаја номиналистичког начела (1); у законској ревалоризацији новчаних обавеза обезвређених падом вредности новца; (2) у судској интервенцији путем измене или раскида уговора у којима је, због монетарних поремећаја, битно нарушена уговорна равнотежа; (3);.

1. Постоје одређене категорије потраживања које захтевају елиминисање номинализма, јер би његова примена противречила утврђеним начелима по којима се регулишу дуговински односи у одређеним областима облигација или циљевима ради којих су потраживања установљена. Томе циљу је послужило стварање посебне категорије обавеза под називом „дугови вредности" (Wertschulden; dettes de valeur; debiti di valore) који стоје ван домашаја номинализма, за разлику од дугова суме новца на које би се монетарни номинализам у принципу примењивао.

Појам „дуга вредности" за који је карактеристично да се, као што му име каже, дугује одређена „вредност", одређена „куповна моћ", а не само или првенствено „новчана свота" (одређени број новчаних јединица) је произишао из нужности економске, социјалне, моралне да извесна потраживања буду издвојена у посебну категорију и буду третирана друкчије, тј. на „привилегован начин" који обезбеђује њиховим титуларима адекватну накнаду.(24) Ту је у првом реду реч о захтевима за накнаду штете и о потраживањима издржавања.

Питање које се пред право поставило било је следеће: да ли приликом утврђивања накнаде треба водити рачуна о променама вредности новца које су настале између тренутка настанка штете и њеног утврђивања или те промене треба игнорисати.

Иако изгледа само по себи разумљиво да право приликом утврђивања накнаде мора о тим променама водити рачуна, ипак је дуже времена то било спорно.

Француски судови су нпр. све до 1941. године процењивали штету из цивилних деликата према дану њеног настанка, а не према дану пресуде.(25) Тај став су француски судови напустили те је данас устаљена судска пракса да се при утврђивању накнаде штете мора водити рачуна о паду вредности новца која је наступила између штетног догађаја и утврђивања накнаде.(26) У истом смислу је оријентисана и судска пракса Аустрије и Италије.(27) Амерички судови узимају у обзир промене вре-

(24) Enneccerus-Lehmann: Das Schuldrecht, 1950, стр. 44 и Raynaud, P.: Les dettes de valeur у „Melanges offerets à Jean Brette de la Grassaye", 1967, с. 610 и сл.
(25) Lévy: Les prestations eu monndie dévalduée, у Etudes de droit contemporain, II, Paris, 1959, стр. 129.
(26) Planiol-Ripert: Traité pratique, T. VII, стр. 955.
(27) Nussbaum, цит. дело, с. 181; Messineo: Manuale di diritto civile e commerciale, T. III, 1959, с. 347 и сл.

дности новца само за утврђивање накнаде штете за телесне повреде. ([28]) У нашем Закону о облигационим односима је изричито предвиђено да се „висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке..." (чл. 189 став 2). ([29])

Што се тиче потраживања, реч је о потраживању куповне снаге која треба да гарантује одређени животни стандард, те примена номинализма не може доћи у обзир. Због тога, ако је потраживање издржавања фиксирано у одређеној новчаној суми може се тражити од суда да повиси износ потраживања, уколико се од дана фиксирања износа куповна снага смањила или порасла. Такво право суду даје и члан 39. Основног закона о односима родитеља и деце где се каже да суд може да повиси, снизи или укине издржавање ако су се околности на основу којих је одлука донета доцније измениле. Сличну одредбу садржи и члач 69. Основног закона о браку у односу на обавезу издржавања коју растављени родитељи дугују деци. И у Закону о регулисању предратних обавеза од 27. октобра 1945. било је предвиђено да се износи на име издржавања добивени путем конверзије у нове динаре могу изменити споразумом између странака или судском одлуком на тражење једне од заинтересованих странака (чл. 4). Треба забележити и солуцију предвиђену у Скици проф. Константиновића у одељку о уговору о доживотној ренти у случају ревизије ренте због повећања трошкова живота. У чл. 965 се предвиђа да поверилац може захтевати одговарајуће повећање ренте „у случају повећања трошкова живота од двадесет одсто". Предност оваквог решења је у извесности када се стиче право на повећање ренте, те би се могло применити и у другим случајевима потраживања издржавања.

2. Велики новчани поремећаји новијег доба који су доводили до установљења новог новчаног система стављали су на дневни ред проблем ревалоризације потраживања. Интервенцијом законодавца тај проблем се поставио: у САД за време и по завршетку рата за неизвесност (крајем 18. века и по завршетку грађанског (сецесионистичког) рата од (1860 — 1866)., Француској за време Велике француске револуције (повлачењем асигната и преласком на метално важење); у Немачкој, после Првог и Другог светског рата (Законом Савезничке војне управе бр. 63 од 1948. (конверзиони закон).

У Југославији је, по завршетку народно-ослободилачког рата, извршена такође, Законом о регулисању предратних обавеза од 27. октобра 1945, ревалоризација одређених категорија новчачих потраживања. Карактеристике ревалоризације према споменутом Закону су следеће: искључиво законска ревалоризација у тачно побројаним случајевима; ревалоризују се само потраживања настала пре рата, а не и она настала за време окупације, чиме се у факторе ревалоризације уноси морални чинилац; мали улози као и повратна примања из основа алиментација су фаворизована, чиме се у факторе ревалоризације уноси социјални

([28]) Nussbaum, цит. дело, стр. 182.
([29]) в. чл. 150 став 2. „Скице" проф. Константиновића.

моменат и накнадна судска ревалоризација је могућа само за алиментационе захтеве, што се само по себи разуме, а о чему је већ било горе речи.

3. Треба најзад забележити да су и судови — користећи се извесним општим правним инструментима за успостављање уговорне равнотеже када је она озбиљније нарушена — доносили одлуке о ревалоризацији потраживања тако да поред законске интервенције постоје и покушаји да се ревалоризација тражбина реализује на судском плану. Судска интервенција се наслањала на теорију „промењених околности" (клаузулу rebus sic stantibus) њеним најразличитијим видовима.

У Немачкој је, после I светског рата вршена судска ревалоризација на основу теорије „отпадања основа посла" позивом на § 242 BGB у којем је реч о начелу савесности (Tren und Glauben). Немачко искуство са судском ревалоризацијом није наишло на одобравање правника који су стали на становиште да ревалоризација потраживања може бити извршена од стране суда само на основу изричитог законског прописа.

У француском праву је теорија о утицају промењених околности позната под називом „теорија импревизије". Она је творевина управног судства и примењује се на тзв. административне уговоре (уговоре о концесији јавних служби, предузимању јавних радова и др.). Према судској пракси управних судова, концесионари односно предузимачи могу захтевати „обештећење" ако испуњење обавезе због наступелих промена — скока цена и сл. постане за њех прекомерно отежано. Међутим, грађански судови нису прихватили ову теорију остајући при традиционалној концепцији — апсолутне обавезне снаге уговора, тако да је у ситуацијама поремећене равнотеже уговора услед пада вредности новца, морао интервенисати законодавац (Закон Faillot од 1918; Закон од 1949. о раскиду односно ревизији уговора закључених пре 9. септембра 1939. и др.).

У енглеском праву постоји општа теорија о немогућности испуњења и осујећењу (frustration), према којој се може тражити ослобођење од испуњења уговора, ако из самог уговора произлази да су га уговорне стране закључиле полазећи од тога „да ће једна посебна ствар или стање ствари и даље остати. [30] Енглески судови су, додуше, после избијања Првог светског рата, одбили да прихвате раскид уговора због скока цена, али се не може, каже Mann, одбити могућност да би ова теорија била примењена у случају већег пада вредности новца које би довело до поремећаја равнотеже узајамних престација уговорних страна. [31] Ово што је речено односи се и на право САД јер и тамо важи теорија да се обвезани може ослободити испуњења у случају непредвидљивих догађаја који чине испуњење „разумно немогућим" [32] мада до сада она није примењена у случајевима насталих тешкоћа у испуњењу обавезе због депресијација новца.

---

[30] Mann, The Legal aspect of Money, 1953, (II издање), стр. 98.
[31] Исто, стр. 99.
[32] Nussbaum, цит. дело, стр. 191.

У италијанском грађанском законику је теорија промењених околности прихваћена у форми општег правила (чл. 1467). Италијанско грађанско судство је протумачило члан 1467 тако да: монетарна депресијација улази у „ванредне или непредвидљиве догађаје" о којима је реч у члану 628. 1967. године (33)

Да ли институт „раскидања или измене уговора због промењених околности" нашег права (чл. 133 Закона о облигационим односима) даје могућност суду да пад односно пораст вредности новца сматра као околност која сачињава претпоставку за раскид одн. измену уговора и на тај начин одступи од номинализма као општег правила које важи за новчане обавезе. Простор, а и сврха ове студије нам не дозвољава да о овоме питању расправљамо. Треба међутим, приметити да је у Општим узансама за промет робом, које су садржавале овај Институт (узанса 55 — 59) било предвиђено да и „економске појаве, као што је изузетно нагли и велики пад или скок цена" се сматра изванредним догађајима због којих се може „тражити измена или раскид уговора" (узанса 55). Врховни привредни суд је у тумачењу ових одредаба стао на становиште да девалвација није таква околност на основу које се може захтевати раскид односно измена уговора јер је „истом као економском мером обухваћена цела привреда" (Сл. 843/72 од 19. децембра 1972). Међутим је исти суд у низу пресуда заузео гледиште да „пад цене робе за око 25% ... представља изванредан догађај због кога се може тражити измена или раскид уговора" (Пресуда Сл. 2111/68 од 12. фебруара 1969) и да „скок цене ... за 60% ... не представља нормалан ризик у трговини ... па ако је услед таквог скока цена за једну страну испуњење обавезе постало претерано отежано, она може тражити да се уговор о испоруци измени или раскине" (Пресуда Врховног привредног суда Сл. 1127/64 од 12. јануара 1965) итд.

Да ли ће наше судство у примени члана 133 — 136 Закона о облигационим односима, задржати исти став или ће доћи до његове промене уопште или у појединим конкретним случајевима, не може се унапред рећи. На то питање може нам одговор дати само будућа пракса.

Закључак

У теоретском дуелу између номинализма, и најпре металзма, а потом валоризма, однео је превагу номинализам. Међутим, та превага односно домашај номинализма није никада био неограничен и апсолутан. Понекад је могло изгледати — у периодима мирног економског развоја и монетарне стабилности да је номинализам правило које се само по себи разуме и да је свако одступање од тог правила непотребно, беспредметно. Али чим би дошло до смене периода мирног развитка, мање-више бурним и скоковитим, и пред уговорне стране и пред законодавца и судове, морало се поставити питање како отклонити штетне последице

(33) Cass. 14. јула 1956, Rep. Giuris, civ. 1957, № 628.

номинализма, и какве мере и инструменте — како превентивно, да до таквих последица не би дошло, тако и a posteriori, да би се отклонила већ наступела неравнотежа, неоправдано богаћење, очигледне неправде — треба предузети да би се све то што називамо номинализмом ставило у разумне границе и онемогућило наступање последица које се ни са економско-финансијског ни са правног гледишта не би дале бранити.

Периоди номинализма су се и у теорији и у пракси смењивали акцијама доктрине валоризма и из тог монетарног искуства произишла је, додуше не једнообразна, али ипак у много чему слична, једна уговорна пракса и једна акција на законодавном и судском плану, која у много чему превазилази номинализам, како је традиционално схваћен, као државни инструмент који је уз то, био често злоупотребљаван ради одређених материјално-класних циљева. Ова пракса и ове акције су постале нарочито актуелне од како се у капиталистичким земљама спроводи политика умерене инфлације која не нарушава животни стандард нити ремети кредитне и друге уговорне односе, ако се предузму мере које ће отклонити последице номинализма. С обзиром на овакво стање које стално захтева акцију било уговорних страна, било законодавца или суда, у теорији капиталистичких земаља чују се гласови да „номинализам који намеће новцу фикцију константне вредности „није ништа друго него лаж [34] да је он данас „анахронистичка догма" [35] итд.

У овом чланку је изложено како је питање номинализма и валоризма и односа између те две концепције и праксе решено сада у нашем праву: на *уговорном плану*, прозор према доктрини валоризма је отворен на тај начин што се под одређеним условима дозвољава уговарање индексних клаузула; на *законодавном плану* валористичко схватање је видљиво у области „дугова вредности" (алиментациона потраживања; тренутак процене накнаде штете); на *судском плану* валоризам се пробија кроз инструмент теорије о утицају промењених околности у случају изузетно значајног пада или скока цена.

Ипак, из оног што је у овом чланку изложено мора се закључити да је у нашем садашњем правном систему, номинализам правило уз које постоје одступања као изузеци. Питање се поставља да ли је то довољно у једном социјалистичком друштвеном систему са врло наглашеном тенденцијом остварења начела једнаке вредности узајамних давања у облигационим односима, друштвеном систему у којем се остварују начела неексплоатације и правичности. На ово питање се мора одговорити негативно, јер је сувише широко поље деловања начела номинализма. Због тога би било неопходно унети у наш систем правну норму у којој би се изразила комбинација доктрина номинализма и валоризма — комбинација којом би се отклонила уговорна неравнотежа и експлоатација једне уговорне стране по другој. Та норма би се примењивала у дугорочним новчаним обавезама (из уговора о зајму /кредиту/) у слу-

(34) Savatier, цит. дело, стр. 6.
(35) Catela: Effets de la dépréciation monétaire... Journées de l'Association H. Capitant à Istanboul, септ. 1971, стр. 17.

чају новчане депресијације у одређеном проценту у времену између настанка обавезе и враћања (исплате) дуга. Колики би био процент депресијације као услов примене норме и на који би начин валоризација новчане обавезе била извршена је ствар економско-монетарне политике, правне сигурности и правне технике.

Ова питања су код нас актуелна и захтевају решење. Одредбе Закона о облигационим односима које се односе на новчане обавезе изражавају на одређени начин ту актуелност. Питања о којима је реч су покренута у „Скици" проф. Михаила Константиновића (чл. 316 и ст.) која је и овој области облигација као и у многим другим утрла пут ка новим решењима.

др Врлета Круљ

РЕЗЮМЕ

Монетный номинализам и доктрина оценки ценностей

В статье констатируется, что Закон об облигационных отношениях, идя за „Проектом" проф. М. Константиновича, посвятил особое внимание „денежным обязательствам" (статья 394 и др.) как специфическим обязательствам, к которым применяются некоторые особые правила.

Так как автор утвердил, что в ЗОО юридически санкционировано начало монетного номинализма, он подчеркивает, учитывая явления монетной неустойчивости и кризиса, что в кратчайшее время показалось, что право такие явления может игнорировать только до известной степени и, что необходимо найти правовые инструменты, отклоняющие вредные и с точки зрения справедливости неприемлемые последствия номинализма.

Доктрина оценки ценностей пробивает и расчищает себе путь в договорном плане (путем так называемых защитительных клаузул) в государственно-законодательном плане (сверстанием определенных категорий денежных обязательств вне досягаемости номиналистического начала; законной оценкой обесцененных денежных обязательств и т.д.) и в судебном плане (судебной интервенцией путем изменения или разрыва договора, в котором из-за тяжелого монетного расстройства существенно нарушено договорное равновесие).

Изложив, каково положение в этой области югославского права, и подчеркнув особо факт, что в югославском Законе об облигационных отношениях (статья 396) предусматривается, что индексная клаузула может быть полновесной при определенных условиях (если выбранный индекс в непосредственной экономической связи с предметом работы или индексная клаузула договорена ради обеспечения жизненного уровня договорной стороны), автор приходит к следующему заключению: в современной югославской правовой системе монетный номинализм является правилом, на ряду с которым имеются отступления в качестве исключений. Ставится вопрос, является ли это достаточным в одной социалистической общественной системе с очень подчеркчутой тенденцией к осуществлению начала одинаковой ценности взаимных возмещений в облигационных отношениях, в общественной системе, в которой осуществляются принципы неэксплоатации и справедливости. Считая, что этого недостаточно, автор стоит на позиции, что в югославскую правовую систему следует внести правило, в котором бы получила выражение комбинация, начала номинализма и доктрина оценки ценностей — комбинация, которой отклонилось бы договорное неравновесие и эксплоатация одной договорной стороны другой. Это правило применялось бы в долгосрочных денежных обязательствах в случае денежной депрессиации в определенном проценте (который закон определяет) в периоде между возникновением обязательства и возвращением долга.

A SUMMARY

Monetary nominalism and the doctrine of valorisation

It is asserted in this article that the Law on Obligation Relations, following in the wake of the „Sketch" proposed by Professor M. Konstantinović, has devoted marked attention to „financial obligations" (Article 394 etc.) as well as to those for which certain special regulations are applicable.

Having affirmed that the Law has legally sanctioned the principle of monetary nominalism, the author points out that due to the occurrance of monetary instability and crises, it has come to mind that the law could well ignore these occurrances only to a certain extent, and that it is necessary to seek adequate legal instruments the employment of which would aid the elimination of harmful, and to all fairness, inacceptable consequences of nominalism.

The doctrine of valorisation has made its way in the sphere of contracts (by way of so-called protective clauses), in the administrative-legislative sphere (by putting certain categories of financial obligations out of reach of the nominalistic principle; by legal valorisation of valueless financial obligations et.) and in the sphere of court procedure (by court intervention — amending or severing those contracts in which the contractual balance has been severely disrupted due to monetary disturbances).

Having discussed the situation in Yugoslav law in connection with this matter and underlined the fact that the Yugoslav Law on Obligation Relations (Article 396) provides that the index clause may be valid under certain circumstances (if the chosen index is in close economic link with the business matter or if the index clause has been contracted for in order to provide the living standard of the contractual parties), the author concludes with the following:

In the contemporary Yugoslav legal system, monetary nominalism is the rule to which there are exceptions. The question is whether this is enough in a socialist social system with very striking tendencies toward the realisation of the principle of equal value of mutual „praestatio" in obligation relations in a social system in which the principle of non-exploitation and righteousness is being achieved. Pointing out that in his opinion it is not enough, the author is in favour of a legal rule being incorporated in the Yugoslav legal system expressing a combination of the principle of nominalism and the doctrine of valorisation — a combination eliminating the contractual imbalance and exploitation of one contractual party over another. This rule would be applied in long-term financial obligations in the event of depreciation of currency value in a certain percentage (prescribed by law) in the period between the incurrence of an obligation and its settlement (repayment).

RÉSUMÉ

Le nominalisme monétaire et la doctrine de la valorisation

Dans l'article est constaté que la Loi relative aux rapports d'obligation, en suivant la voie tracée par „l'Esquisse" du professeur Konstantinović a consacré une attention particulière aux „rapports monétaires" (article 394 et suivants) en tant que obliagtions spécifiques, pour lesquelles sont valables certaines règles particulières.

Après avoir constaté que dans la Loi relative aux rapports d'obligation le principe du nominalisme monétaire est juridiquement sanctionné, l'auteur signale que, eu égard au phénomène des instabilités et des crises monétaires, il s'est avéré vite que le droit de ce phénomène peut être ignoré seulement jusqu'à un certain degré et qu'il est nécessaire de trouver des instruments juridiques par lesquels on pourrait éliminer les conséquences nuisibles et au point de vue de l'equité inacceptables du nominalisme.

La doctrine de la valorisation a pénétré et elle s'est frayée le chemin sur le plan contractuel (par la voie appelée des clauses protectrices) sur le plan étatico-législatif (en établissant les catégories déterminées des obligations monétaires en dehors de la portée du principe nominaliste; par la valorisation légale des oblgations monétaire dévaluées etc.) et sur le plan judiciaire (par l'intervention judiciaire par la voie du changement ou de la résiliation des contrats dans lesquels à cause des troubles monétaires lourds de conséquence, l'équilibre contactuel est substantiellemeet exterminé).

Après avoir exposé quel est l'état dans le domaine du droit yougoslave et en particulier souligné le fait que dans la Loi yougoslave relative aux rapports d'obligation (article 396), il est prévu que la clause d'indice peut être valable dans les conditions déterminées (si l'indice choisi est en relation économique directe avec l'objet de l'affaire ou la clause d'indice est contractée dans le but d'assurer le standing de vie de la partie contractante), l'auteur explique dans la conclusion ce qui suit.

Dans le système juridique yougoslave contemporain le nominalisme monétaire est la règle qui comporte certaines anomalies comme exceptions. La question se pose si cela est suffisant dans un système social socialiste avec la tendence nettement accentuée de la réalisation du principe de la valeur égale des prestations mutuelles dans les rapports d'obligation, dans le système social dans lequel se réalisent les principes de la non-exploitation et de l'équité. En considérant que cela n'est pas suffisant l'auteur recommande d'introduire dans le système juridique yougoslave la règle de droit dans laquelle s'éxprimerait la combinaison du principe du nominalisme et de la doctrine de la valorisation — combinaison par laquelle serait éliminé le déséquilibre contractuel et l'exploitation d'une partie contractante par l'autre. Cette règle serait appliquée dans les obligations monétaires à long terme dans le cas de la dépréciation montaire dans un pourcentage déterminé (qui serait fixé par la loi) dans la période allant de la naissance de l'obligation jusqu'à la restitution de la dette.

УГОВОРИ У ПРИВРЕДИ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

1. Уводне напомене

Недавно донетим Законом о облигационим односима добили смо први пропис који на заокружен и целовит начин, систематски, регулише правне односе који настају у привредном промету. Због тога овај закон попуњава крупну празнину која се до сада осећала у нашем праву.

До ступања на снагу Закона о облигационим односима, дакле до 1. октобра 1978. године, односи из уговора у привреди били су регулисани разним правним изворима. Зато се одмах мора поставити питање какав је однос између тих наших досадашњих извора привредног права и Закона о облигационим односима.

Најзначајнији извор нашег права у области робног промета биле су Опште узансе за промет робом, које су донете 1954. године. Ове су узансе у основи важиле за куповину и продају робе (узанса број 1, став 1). Али, узансе које се изричито нису односиле само на куповину и продају робе важиле су и за остале послове промета робом, а узансе које су се изрично односиле само на куповину и продају робе сходно су се могле примењивати и на остале послове промета робом (узанса број 1, став 2 и 3). Поред Општих узанси, постојале су и посебне узансе за поједине привредне делатности (грађење, угоститељство, промет робе на мало).

Према члану 1107. став 2. Закона о облигационим односима, Опште узансе за промет робом неће се примењивати после ступања на снагу тог закона у питањима која су њиме регулисана. На пример, закон прилично детаљно регулише питања у вези са раскидањем или изменом уговора због промењених околности (чл. 133 — 136), и то на нешто друкчији начин него што су то чиниле Опште узансе. Због тога је у погледу примене и дејства тзв. клаузуле „rebus sic stantibus" јасно да су узансе број 55 — 59 Општих узанси за промет робом изгубиле сваки значај (осим, разуме се, историјског).

Али, не смемо изгубити из вида да постоји и низ питања која су била регулисана у Општим узансама, а нису регулисана у Закону о облигационим односима. То су, да набројимо само нека од њих, закључивање уговора преко телефона, путем телеграма или преко телепринтера (узансе број 28 — 31), обавезе продавца у погледу амбалаже (узанса

број 79), значење израза који означавају рок извршења испоруке (узансе број 81 — 86), транспортне клаузуле (узансе број 100 — 114), утврђивање количине робе (узансе број 118 — 121), утврђивање количине и квалитета робе комисијским путем (узансе број 128, 129 и 149). Све су то врло значајна питања за робни промет, у погледу којих ће и даље важити Опште узансе. При томе ће уговорне стране које буду желеле да се на њихов однос примене узансе, морати то у уговору и изричито нагласити. Према члану 1107. став 1. Закона о облигационим односима, одредба општих или посебних узанси којом се утврђује претпоставка да су уговорне стране пристале на примену узанси, уколико их нису уговором искључиле, неће се примењивати после ступања на снагу тог закона.

Дакле, на облигационе односе се примењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели (члан 21. став 2. закона).

С обзиром на то да су многе њихове одредбе изгубиле правну снагу очигледно је да постаје неопходна ревизија Општих узанси. Опште узансе стварно треба да постану само и искључиво систематизована правила обичајног карактера у робном промету. Као такве, оне ће допуњавати Закон о облигационим односима, у погледу низа питања у вези са уговорима у привреди у која закон није ушао, и у која није ни могао да уђе.

Поред Општих и посебних узанси, врло значајан извор нашег права у вези са уговорима у привреди били су и неки закони. Судбина тих закона, којима су били регулисани односи из појединих уговора у привреди, после ступања на снагу Закона о облигационим односима није иста.

Неки од тих закона престају да важе даном ступања на снагу Закона о облигационим односима. Тако, пошто је Закон о облигационим односима регулисао материју застарелости (чл. 360 — 393), даном његовог ступања на снагу престаје да важи Закон застарелости потраживања (члан 1108). Или, после доношења Закона о облигационим односима на односе из уговора о осигурању неће се више примењивати одредбе Основног закона о осигурању и осигуравајућим организацијама од 1967. године (члан 72, став 1, тачка 1) Закона о основама система осигурања имовине и лица — „Сл. лист СФРЈ", број 24/76). Ово је потребно нарочито подвући због тога што између таквих ранијих прописа који престају да важе и Закона о облигационим односима који их замењује постоје у погледу бројних питања значајне разлике. Ако узмемо као пример само ова два питања о којима је управо реч, дакле застарелост и осигурање, одмах ћемо приметити да је према ранијим прописима време застаревања за потраживања осигураника из уговора о осигурању имовине било пет година (члан 73. став 2. Основног закона о осигурању и осигуравајућим организацијама), а да је сада скраћено на три године (члан 380. став 1. Закона о облигационим односима).

С друге стране, постоји низ прописа о уговорним односима у појединим областима привреде који остају на снази уз Закон о облигационим односима. Тако, Закон о облигационим односима само у основним цртама регулише односе из уговора о превозу (Глава XIV, чл. 648 — 685). Због тога ће се и даље примењивати посебни прописи који регулишу односе из појединих врста уговора о превозу, а то су: Закон о поморској и унутрашњој пловидби („Сл. лист СФРЈ", број 22/77), Закон о облигационим и основним материјално-правним односима у ваздушној пловидби („Сл. лист СФРЈ", број 22/77), Закон о уговорима о превозу у железничком саобраћају („Сл. лист СФРЈ", број 2/74) и Закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају („Сл. лист СФРЈ", број 2/74). Или, и поред тога што Закон о облигационим односима регулише хартије од вредности (чл. 234 — 261), и даље остају на снази одредбе Закона о хартијама од вредности („Сл. лист СФРЈ", број 58/71), Закона о меници („Сл. лист ФНРЈ", број 104/46) и Закона о чеку („Сл. лист ФНРЈ", број 105/46).

Многи односи из уговора у привреди били су до сада регулисани и аутономним привредним правом, као што су формулирани уговори и општи или посебни типски услови пословања. Значај ових извора права није престао после ступања на снагу Закона о облигационим односима. Али, разумљиво је да је после ступања на снагу закона нужно извршити одређена усаглашавања и у тим изворима привредног права. Потребно је, на пример, извршити одређена усаглашавања општих и посебних услова осигурања које су донеле наше заједнице осигурања са одредбама Главе XXVII Закона о облигационим односима.

И најзад, у размишљањима о томе каква је судбина наших досадашњих извора привредног права после доношења Закона о облигационим односима не треба изгубити из вида ни наша стара правна правила. Због тога што до доношења Закона о облигационим односима нисмо имали одговарајуће позитивне прописе, морали смо многе правне односе који настају у привредном промету расправљати применом старих правних правила. А то није било ни мало лако. Нарочито је било тешкоћа у судској пракси. Судови су, због тога што нису постојали позитивни прописи о многим привредно-правним односима, често морали да посежу за старим правним правилима, и да та стара правна правила стваралачки аплицирају на нове друштвене односе.

Према члану 4. став 1. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације („Сл. лист ФНРЈ", број 86/46), правна правила садржана у законима и другим правним прописима који су били на снази 6. априла 1941. године могла су се примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, под одређеним условима. Дакле, после ступања на снагу Закона о облигационим односима, стара се правна правила више не могу примењивати. Велики значај Закона о облигационим односима за наш правни систем управо се и огледа у томе (поред осталог) што више нећемо морати да се служимо старим правним правилима, од којих су многа утврђена још у прошлом веку.

Ипак, то не значи да је престао сваки значај старих правних правила. Прво, према члану 1106. Закона о облигационим односима, одредбе тог закона неће с примењивати на облигационе односе који су настали пре него што је он ступио на снагу. На те односе, до њиховог престанка, значи привремено, и даље се могу примењивати стара правна правила. Друго, један од метода за тумачење правних прописа је и историјско тумачење. И приликом тумачења одредаба које су садржане у Закону о облигационим односима биће понекад интересантно да се осврнемо, ради њиховог бољег разумевања, на то како је исто питање било раније регулисано у нашем праву, у чему су сличности а у чему разлике.

2. *Јединство правила о уговорним односима*

Основна концепцијска поставка од које полази Закон о облигационим односима је јединство правила за све уговорне односе, без обзира на то ко учествује у тим односима. Истим одредбама, на исти начин, регулисани су сви уговорни односи са којима се срећемо у привреди и ван привреде, осим кад такво јединство правила због одређених специфичности у вези са појединим односима или питањима није било могуће. У вези с тим од значаја су две одредбе Закона о облигационим односима. Прво, према члану 2. закона, учесници облигационих односа су основне и друге организације удруженог рада и друга друштвена правна лица, појединци и грађанска правна лица. Друго, према члану 25. став 1. закона, његове одредбе које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено.

Према томе, Закон о облигационим односима регулише четири врсте уговорних односа, и то:

— уговорне односе између појединаца (физичких лица), између грађанских правних лица и између појединаца и грађанских правних лица;

— уговорне односе између појединаца или грађанских правних лица на једној страни, и основних и других организација удруженог рада или других друштвених правних лица на другој страни;

— уговорне односе између основних и других организација удруженог рада, као и других друштвених правних лица;

— уговорне односе између наших и иностраних правних или физичких лица, у оним случајевима кад је за расправљање тих односа меродавно југословенско право.

Одмах се запажа крупна промена коју у наш правни систем уноси Закон о облигационим односима. Јер, наше предратно право почивало је на концепцији дуалитета облигационог и трговачког (привредног) права. Посебним прописима били су регулисани уговорни односи између грађана и уговорни односи између трговаца и трговачких друштава. На подручју Србије, на пример, важили су Грађански законик од 1844. године и Трговачки законик од 1860. године. Од дуалистичке концепције

полазиле су и Опште узансе за промет робом, које су регулисале само односе из уговора робног промета.

Нећемо се овом приликом задржавати на разматрању аргумената за и против схватања о јединству или дуалитету прописа о уговорним односима. Потребно је, ипак, истаћи да је јединству правила о уговорним односима у великој мери допринело то што је постепено облигационо право прихватило читав низ правила из трговачког (привредног) права. Под утицајем правила трговачког (привредног) права, која су се лакше прилагођавала потребама промета, дошло је до постепене комерцијализације облигационог права.

У Закону о облигационим односима овај се процес може лако запазити. На пример, вековима је према правилима облигационог права оштећеник имао право само на накнаду стварне штете. На накнаду и стварне штете и измакле користи оштећеник је имао право само ако је штетник штету проузроковао намерно или из крајње непажње (аустријски Општи грађански законик, § 1324). Међутим, за трговачке односе ово правило није одговарало. Трговац се бавио одређеном делатношћу ради тога да би остварио одређену корист. Неиспуњење уговорне обавезе у трговачким пословима редовно је имало за последицу штету у виду не само стварне штете него и измакле користи. Због тога су и наши стари прописи о односима из трговачких уговора одређивали да је дужник који није испунио своју обавезу, или који је неуредно испунио своју обавезу, дужан да накнади повериоцу и стварну штету и измаклу корист (хрватски Трговачки закон, § 272). Ово је правило било прихваћено и у Општим узансама за промет робом (узанса број 231). Сада је ово правило о накнади целокупне штете, без обзира на степен кривице, унето у Закон о облигационим односима као опште начело (члан 189. став 1). Оно важи за све уговорне односе, а не само за односе из уговора у привреди.

Или, као још један пример можемо узети и уговорно ограничење или искључење продавчеве одговорности за материјалне недостатке ствари. Идеја да продавцу треба дозволити, ради тога да би цена робе постала приступачнија, одређена уговорна ограничења или искључења одговорности за материјалне недостатке ствари поникла је у међународним трговинским односима. Наше је право према оваквим уговорним клаузулама испрва било неповерљиво. Опште узансе за промет робом су у узанси број 237 одређивале да уговорна страна има право на накнаду штете и у случају када је уговором искључена или ограничена одговорност друге стране за штету за коју је ова одговорна. Потребе праксе су ипак и овде утицале на промену схватања. Закон о облигационим односима дозвољава да уговарачи ограниче или искључе продавачеву одговорност за материјалне недостатке ствари, и то правило важи за све уговорне односе (не само за односе из уговора у привреди). Али, према члану 486. став 2. закона, одредба уговора о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава је ако је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавестио купца, као и

кад је продавац наметнуо ту одредбу користећи свој посебан монополски положај.

Као такав заокружени систем правних норми, у којем су на целовит начин регулисани сви уговорни односи. Закон о облигационим односима има велики значај за нашу привреду. С једне стране, закон уноси више правне сигурности у односе између наших организација удруженог рада у промету робе и услуга. С друге стране, закон ће допринети повећању правне сигурности у односима између наших организација удруженог рада и њихових иностраних пословних партнера.

3. Посебна правила за уговоре у привреди

Полазећи од концепције јединства правила у уговорним односима, Закон о облигационим односима ипак води рачуна о неким специфичностима односа из уговора које у обављању своје привредне делатности међусобно закључују организације удруженог рада или други учесници у привредним односима. Прво, за нека питања која се постављају у вези са уговорима у привреди закон изричито предвиђа посебна правила. Неке одредбе Закона о облигационим односима, по самом слову закона, примењују се само на односе из уговора у привреди. Друго, нека питања која закон регулише од значаја су само за организације удруженог рада. Због саме природе тих питања, такве одредбе закона нису од значаја за друге уговараче. Треће, постоје случајеви у којима јединствену одредбу, одредбу која важи за све уговорне односе, не можемо, због различитости ситуације, на исти начин примењивати кад су у питању уговорни односи између грађана и кад су у питању уговорни односи између организација удруженог рада.

Прво, у Закону о облигационим односима постоји читав низ одредаба у којима је истакнуто да важе само за односе из уговора у привреди. Примера само ради, јер се нећемо упуштати у детаљније анализе, указаћемо на неке од њих.

Према члану 277. став 2. Закона о облигационим односима, за новчану обавезу произашлу из уговора у привреди, стопу затезне камате прописује Савезно извршно веће. При томе, ако је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате, она тече и после дужникове доцње. Код других уговора, који се не сматрају уговорима у привреди, дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује камату по стопи која се у месту испуњења плаћа на штедне улоге по виђењу.

Према члану 399. став 3. истог закона, ако је камата уговорена, али није одређена њена стопа ни време доспевања, она износи шест одсто а у обавезама произашлим из уговора у привреди осам одсто годишње, и доспева по истеку године.

Према члану 413. закона, кад има више дужника у некој дељивој обавези насталој уговором у привреди, они одговарају повериоцу солидарно, осим ако су уговарачи изрично отклонили солидарну одговорност. Иначе, у другим уговорним односима, кад у некој дељивој обавези има

више дужника, обавеза се дели међу њима на једнаке делове, ако није одређена друкчија подела, и сваки од њих одговара за свој део обавезе (члан 412. став 2).

Према члану 462. став 2. закона, кад уговором о продаји у привреди цена није одређена, нити у њему има довољно података помоћу којих би се она могла одредити, купац је дужан платити цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у недостатку ове разумну цену. Иначе, кад није у питању уговор у привреди, у уговору о продаји цена мора бити одређена или се у њему мора налазити довољно података помоћу којих би се она могла одредити. Уговор без ових елемената нема правног дејства (члан 462. став 1). Ово је једна крупна новина у нашем праву, јер је до сада и у уговорима о продаји у привреди цена била битни елемент уговора.

Према члану 481. став 1. закона, купац из уговора о продаји у привреди дужан је да без одлагања обавести продавца о видљивим недостацима примљене ствари. Код других уговора, који се не сматрају уговорима у привреди, купцу се за овакво обавештење оставља рок од осам дана.

Према члану 493. став 1. закона, код продаје у привреди, кад је продавац ствари одређених по роду дао купцу већу количину него што је уговорено, а купац у разумном року не изјави да вишак одбија, сматра се да је примио и тај вишак, те је дужан платити га по истој цени. Код оних уговора о продаји који се не сматрају уговорима у привреди ова претпоставка не важи.

Према члану 1004. став 4. закона, јемац за обавезу насталу из уговора у привреди одговара као јемац платац, ако није што друго уговорено. Дакле, поверилац може захтевати испуњење обавезе било од главног дужника било од јемца или од обојице у исто време (солидарно јемство). У ван-привредним односима јемство је супсидијарно, јер поверилац може захтевати испуњење обавезе од јемца тек након што је главни дужник не испуни у року одређеном у писменом позиву (члан 1004. став 1).

Као други моменат у вези са посебним правилима за уговоре у привреди, истакли смо да су нека питања која закон регулише од значаја само за организацију удруженог рада и друге учеснике у привредним односима. И таквих питања има читав низ, па ћемо, опет примера ради, указати само на нека од њих.

На самом почетку закона налазе се одредбе са основним начелима. Многа од тих основних начела односе се једино на уговоре у привреди. Тако је у ставу 1. члана 3. закона одређено да друштвена правна лица учествују у облигационим односима у остваривању права располагања друштвеним средствима којима управљају радници у основним и другим организацијама удруженог рада, односно радни људи у другим друштвеним правним лицима. Или, према члану 4. закона, друштвена правна лица у заснивању облигационих односа поступају у складу са својим плановима и обезбеђују извршавање материјалних оба-

веза преузетих самоуправним споразумима о основама планова самоуправних организација и заједница и договорима о основама планова друштвено-политичких заједница. У члану 5. закона одређено је да су друштвена правна лица у заснивању облигационих односа дужна да се друштвено и економски целисходно користе друштвеним средствима којима располажу и да очувају њихову несмањену вредност, као и да обезбеђују унапређивање и проширивање материјалне основе удруженог рада, односно остваривање својих циљева и задатака и заштиту друштвене својине. Према члану 14. закона, у заснивању облигационих односа учесници не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога од њих или за другог ствара или искоришћава монополски положај на јединственом југословенском тржишту, којима се стичу материјална или друга преимућства која се не заснивају на раду или стварају неравноправни односи у пословању или нарушавању друге основе самоуправних друштвено-економских односа.

Врло су значајне и одредбе о способности правног лица да закључује уговоре. Свако правно лице, па тако и свака организација удруженог рада, има специјалну правну способност. Зато закон одређује (члан 54. став 1) да правно лице може закључивати уговоре у правном промету у оквиру своје правне способности. Уговор који је закључен ван оквира правне способности правног лица нема правно дејство, а савесна страна може захтевати накнаду штете коју је претрпела услед закључења таквог уговора.

Према члану 55. закона, кад је статутом или другим самоуправним општим актом организације удруженог рада одређено и у судски регистар уписано да њен заступник може закључити одређени уговор само уз сагласност неког органа (као што је раднички савет), па сагласност није дата, сматра се да уговор није ни закључен. Ако је друга страна била савесна, она од организације удруженог рада може захтевати правичну накнаду. Наиме, самоуправно је право радника који су удружили рад у једној организацији удруженог рада да регулишу положај и овлашћења инокосног пословодног органа или председника колегијалног пословодног органа као заступника организације у правном промету. У интересу заштите тих самоуправних права, Закон о облигационим односима је одредио да уговори које заступник организације удруженог рада закључи без сагласности, а таква је сагласност била потребна, не производи правно дејство. Сматра се као да такав уговор није ни закључен. Али, пошто је на тај начин створена опасност да буду доведени у питање интереси друге савесне стране, а тиме и сигурност правног промета, закон је дао право таквој страни да од организације удруженог рада чији је заступник поступао без неопходне сагласности захтева правичну накнаду.

Ово је један нови приступ овом сложеном питању. Решење које у том погледу садржи Закон о облигационим односима знатно се разликује од става нашег досадашњег права. У примени закона можда и неће увек бити лако да се нађе разумна мера у заштити оба ова интереса. Исто тако, судовима неће увек бити лако да одреде „правичну

накнаду" коју предвиђа закон, јер се под тим појмом извесно не подразумева накнада штете.

У одсеку о заступању налазе се одредбе о пословном пуномоћју (чл. 95. и 96), о овлашћењима трговинског путника (члан 97) и о овлашћењима лица која обављају одређене послове у организацији удруженог рада (тзв. пуномоћници по запослењу — члан 98). И ове су одредбе од практичног значаја нарочито приликом закључења уговора у привреди.

Пошто се према Закону о удруженом раду (члан 243. став 1) правни промет друштвених средстава може вршити не само на основу уговора, него и на основу самоуправних споразума, Закон о облигационим односима посебно регулише судбину уговора који нису у сагласности са самоуправним споразумом (чл. 118 — 120). Наиме, кад учесници у самоуправном споразуму закључе уговор ради извршења тог споразума, уговор мора бити у сагласности са тим самоуправним споразумом. У противном, сваки учесник у самоуправном споразуму, па и онај који није уговорна страна, може захтевати да се такав уговор усклади са самоуправним споразумом, или, ако то није могуће, да се у целини или делимично поништи. Према томе, самоуправни споразум има јачу правну снагу од уговора у привреди.

Илустрације ради, задржаћемо се на два случаја у којима се овај однос између самоуправних споразума и уговора у привреди може лако сагледати. Прво, ако је један уговор између две основне организације удруженог рада закључен на основу пропорција о распоређивању заједничког дохотка које су утврђене самоуправним споразумом (члан 81. Закона о удруженом раду), онда се таквим уговором не може одступити од пропорција које су утврђене самоуправним споразумом. Иначе, било који учесник у самоуправном споразуму може захтевати измену или поништење уговора који није у складу са самоуправним споразумом. Друго, уговор у привреди који је закључен ради извршења самоуправног споразума не може бити раскинут или измењен због промењених околности (на основу чл. 133 — 136. Закона о облигационим односима) уколико претходно није измењен самоуправни споразум. Да би се због промењених околности једна уговорна страна могла позвати на клаузулу „rebus sic stantibus", треба прво због промењених околности изменити самоуправни споразум (у смислу члана 601. Закона о удруженом раду).

Очигледно је да и ове одредбе Закона о облигационим односима нису од значаја за уговорне односе између појединаца или грађанских правних лица.

Као треће, истакли смо да постоје и такве одредбе Закона о облигационим односима које и поред тога што то из њих непосредно не произлази, често неће бити могуће применити на односе из уговора у привреди, као и такве одредбе које ће на један начин бити примењене кад је у питању уговор у привреди, а на други начин кад је у питању неки други уговор који не сматрамо уговором у привреди.

Узмимо као пример прекомерно оштећење. Одредбе о прекомерном оштећењу формулисане су у члану 139. закона тако да важе за

све двострано обавезне уговоре, дакле и за уговоре у привреди. Али, да би се оштећена страна могла позвати на прекомерно оштећење, она мора да докаже да у време закључења уговора није знала нити је морала знати за несразмеру између обавеза уговорних страна. Закон је прихватио тзв. субјективно схватање у погледу прекомерног оштећења. А да ли уговорна страна из уговора у привреди, да ли организација удруженог рада која стално обавља одређену привредну делатност, може приликом закључења уговора бити у заблуди у погледу вредности њене престације и вредности престације друге уговорне стране? То се може десити, али ће то бити врло ретки случајеви у пракси. Према томе, практично посматрано, одредбе о прекомерном оштећењу су за односе из уговора у привреди без значаја.

Или, као што је већ напоменуто, према члану 189. став 1. Закона о облигационим односима, дужник који не испуни своју уговорну обавезу, или је испуни неуредно, дугује повериоцу како накнаду обичне (стварне) штете, тако и накнаду измакле користи. Ово правило важи за дужнике из свих уговорних односа, значи и за дужнике из уговора у привреди. Али, у пракси ова одредба неће увек бити примењена на исти начин. Кад обавеза из уговора у привреди није уредно испуњена, поверилац редовно трпи штету и у облику стварне штете и у облику измакле користи. Зато је дужник, ако је одговоран за неуредно испуњење уговора, дужан да накнади повериоцу целокупну штету. Међутим, у уговориим односима између појединаца ситуација је најчешће друкчија. У тим односима штета коју поверилац трпи ако дужник уредно не испуни своју уговорну обавезу обично је само стварна (обична) штета, па му дужник не мора накнадити и измаклу корист.

Или, према члану 723. Закона о облигационим односима, онај коме је ствар поверена у случају какве невоље, на пример у случају пожара, земљотреса, поплаве, дужан је чувати је са повећаном пажњом. Закон не наглашава, као што то чини у низу других случајева (у чл. 222, 445, 520, 581, 662. итд.) да при процени ове пажње треба поћи од стандарда доброг привредника односно доброг домаћина. Али, очигледно је да се ни у погледу повећане пажње која се захтева у овом члану не могу изједначити организација удруженог рада која је примила на чување ствар у случају какве невоље, и грађанин који је притекао у помоћ сугрђанину у невољи.

Сва ова разматрања упућују на закључак да јединство правила о свим уговорним односима не смемо схватити круто. И у оквиру јединствених правила, Закон о облигационим односима оставља доста простора у којем могу доћи до изражаја специфичности односа из уговора у привреди.

4. Уговори у привреди које регулише Закон о облигационим односима

У свом првом или општем делу Закон о облигационим односима даје дефиницију уговора у привреди. Према члану 25. став 2. закона,

уговори у привреди су они уговори које организације удруженог рада и друге организације и заједнице које обављају привредну делатност, као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну делатност закључују међу собом у обављању делатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези са тим делатностима.

Ову дефиницију треба истаћи из два разлога. Прво, закон у низу својих одредаба води рачуна о специфичностима уговора у привреди. Без дефиниције тих уговора, примена закона би била врло отежана. Друго, до сада у нашим изворима права није постојала дефиниција уговора у привреди. Опште узансе су само побројале који се послови сматрају пословима робног промета.

Дефиниција уговора у привреди коју даје Закон о облигационим односима полази од два момента: од једног субјективног и једног објективног. При томе, основни је субјективни моменат; за појам уговора у привреди пресудно је ко се појављује као учесник у уговорном односу. Што се тиче објективног момента, дакле природе уговора у питању, закон је врло широк. Сваки уговор може да буде уговор у привреди, ако су уговорне стране организације удруженог рада које обављају неку привредну делатност. Али, као што се лако види из дефиниције, закон указује на то да треба правити разлику између основних уговора у привреди и акцесорних уговора у привреди. Основни уговори у привреди су за сваку организацију удруженог рада и друге привредне субјекте они уговори које они закључују у вези са обављањем делатности која представаља предмет њиховог пословања. Акцесорни уговори у привреди су за сваку организацију удруженог рада и друге привредне субјекте они уговори које они закључују ради лакшег обављања делатности која представља предмет њиховог пословања. На пример, за једну производну организацију удруженог рада уговор којим она продаје своје производе или набавља неопходне сировине је основни уговор у привреди, а уговор о превозу који је закључила са превозиоцем ради отпремања тих производа до купца или ради допремања сировина представља акцесорни уговор.

Ова разлика може да буде од значаја приликом процене пажње коју учесници треба да показују у привредном промету. Од сваког учесника у привредном промету захтева се да показује пажњу доброг привредника приликом извршавања својих обавеза (члан 18. став 1. закона). Али, кад је у питању извршавање обавеза из професионалне делатности, значи обавеза из једног основног уговора у привреди, дужник је дужан да поступа са повећаном пажњом. Он је дужан да се придржава правила своје струке и обичаја који важе у тој струци. Од њега се очекује да покаже пажњу доброг стручњака (члан 18. став 2. закона).

У свом другом или посебном делу Закона о облигационим односима садржи одредбе о тридесетак именованих уговора који се могу срести у пракси. Под условима о којима је управо било речи у вези са дефиницијом уговора у привреди, сваки од тих уговора који су регулисани

у закону може да уђе у категорију уговора у привреди. При томе, међу овим уговорима налазе се и они који се у нашем праву традиционално изучавају у оквиру Привредног права, пошто су карактеристични за привредно-правне односе.

Одмах се запажа да је Закон о облигационим односима обухватио све оне уговоре који су и према Општим узансама били третирани као послови промета робом (узанса број 1 став 4). То су: куповина и продаја робе, замена робе, посредништво, заступништво, комисион, превоз, отпремништво (шпедиција), ускладиштење и осигурање. Поред ових уговора у закону су регулисани још неки уговори који се срећу у привреди, као што су: уговор о грађењу, уговор о контроли робе и услуге, као и група уговора о туристичким услугама (уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању и уговор о ангажовању угоститељских капацитета или уговор о алотману). С обзиром на нагли развој туризма у нашој земљи, посебно је интересантно запазити да су сада и правни односи у области туризма регулисани законским прописима.

Закон садржи и одредбе о уговору о лиценци. С друге стране, навикли смо да као уговор у привреди третирамо и издавачки уговор. Међутим, правни односи из издавачког уговора регулисани су недавно донетим Законом о ауторском праву, па зато Закон о облигационим односима у ову материју не улази.

Значајно место у Закону о облигационим односима добили су уговори и други правни послови који се јављају у области банкарског пословања. То су уговор о банкарском новчаном депозиту (чл. 1035 — 1042), улог на штедњу (чл. 1043 — 1046), депоновање хартија од вредности (чл. 1047 — 1051), банкарски текући рачун (чл. 1052 — 1060), уговор о сефу (чл. 1061 — 1064), уговор о кредиту (чл. 1065 — 1071), акредитиви (чл. 1072 — 1082) и банкарска гаранција (чл. 1083 — 1087).

5. *Закључне напомене*

Један релативно кратак текст као што је овај, чија је намена да дâ један општи осврт на уговоре у привреди према новом Закону о облигационим односима, не можеући у разматрање читавог низа питања која се могу поставити у вези са сваким појединим уговором. За то су потребне посебне анализе.

Међутим, на основу и само летимичног упознавања са законом намећу се два закључка.

Прво, закон означава почетак нове фазе у развоју нашег привредног уговорног права. Регулисање правних односа из уговора у привреди постало је доношењем закона целовитије и систематичније, оно је добило један нови квалитет. Закон регулише и односе из неких уговора у привреди који до сада нису били регулисани, него су за њих важила општа начела уговорног права.

Друго, закон ни издалека није довољан да сам у потпуности регулише једну овако комплексну материју као што су правни односи из

уговора у привреди. Биће и даље потребан читав низ других правних извора, као што су посебни закони о појединим уговорима, самоуправни споразуми, формуларни уговори и типски услови пословања, опште и посебне узансе. Значајни задаци очигледно стоје и пред судовима, који ће се врло брозо срести са одговорним задатком да тумаче одредбе Закона о облигационим односима. У вези с тим посебно треба обратити пажњу на чињеницу да закон, као и многе стране модерне кодификације из ове области, обилато користи правне стандарде (дужна пажња, повећана пажња, пажња доброг стручњака, пажња која се у промету захтева, правична накнада, морална дужност, поштени промет, очигледна несразмера, правичност). Садржина ових стандарда може се одредити тек кроз судску праксу.

др Ивица Јанковец

РЕЗЮМЕ

Договора в хозяйстве согласно закону об облигационных отношениях

Одним из основных положений Закона об облигационных отношениях является единство правил для всех договорных отношений несмотря на то, кто учавствует в этих отношениях. До настоящего времени различные правовые источники были в ходу для договорных отношений в хозяйстве и вне хозяйства.

Это единственное решение всех договорных отношений не является крутым. В связи с этим в статье указывается на три группы предписаний Закона об облигационных отношениях.

Во-первых, для целого ряда вопросов, появившихся в связи с договорами в хозяйстве, закон категорически утверждает особые правила. На пример, цена является существенным элементом договора о продаже. Однако в договоре о продаже в хозяйстве цена не должна быть определена и в нем не должны сообщаться данчые, при помощи которых ее можно было определить. В таких случаях покупатель обязан платить ту же цену, какую продавец регулярно взыскивал во время заключения договора, а при отсутствии таковой разумную цену (статья 462 раздел 2).

Во-вторых, предписания закона о некоторых важчых вопросах касаются только хозяйственных организаций и других участников в хозяйственных отношениях. Таково на пример, предписание о случаях, когда представитель хозяйственной оргачизации подпишет какой-нибудь договор без необходимого согласия (статья 55).

В-третьих, в законе существуют и такие предписания, которые не могут применяться к отношениям из договора в хозяйстве, также как и такие предписания, которые по-другому будут применяться, когда идёт речь о договоре в хозяйстве, и по-другому, когда договор не считается договором в хозяйстве. На пример, предписания о чрезмерном повреждении распространяют свое действие на все двусторонне обязывающие договора. Но для того, чтобы повреждённая сторона могла сослаться на чрезмерное повреждение, она должна доказать, что в момент заключения договора она не знала и не обязача была знать о несоответствии обязанностей договорных сторон (статья 139).

В заключении статьи указывается на то, что отношения из договора в хозяйстве не только регулированы закочом. Для регулирования таких отношений огромное значение имеют и общие условия деятельности хозяйственных организаций, условия формулярных договоров, усвоенные торговые обычаи и другие автономные источчики хозяйственного права.

A SUMMARY

Contracts in the Economy according to the Law on Obligation Relations

One of the main characteristics of the Law on Obligation Relations is the uniformness of provisions for all contractual relationships. Up to now, different legal sources have been applicable to the contractual relationships in the economy and other non-economic fields.

This uniform regulation of all contractual relationships can not be considered as rigid. In this connection, the article points to three groups of provisions of the Law on Obligation Relations.

Firstly, this Law has determined special rules and regulations for numerous questions which have arisen in connection with the matter of contracts in the economy. For instance, price is the essential element of the sales contract. Hawever, it is not compulsory to indicate the price in the sales contract, nor does it have to contain the details necessary for the calculation of that price. In such cases the buyer is obliged to pay the price which the seller had usually charged for that kind of goods at the moment of conclusion of the sales contract, and in lack of this reasonable price. (Article 462,2.)

Secondly, legal provisions pertaining to certain questions are of significance only to the economic organisations (enterprises) and other participants in the economic relations. For instance, such is the case of an authorised representative of an enterprise concluding (or signing) a contract without obligatory consent. (Article 55).

Thirdly, there are provisions in the Law which cannot be applied to the relations from the contracts in the economy, and other provisions which can be applied in one way in the case of contracts in the economy, and in another way in the case of a contract which cannot be considered as an economic contract. For instance, the provisions on excessive damage are applicable to all bilateral liabilities of the contract. But, in order that the injured party may call upon the provision of excessive damage, it must produce evidence to the effect that at the time of conclusion of the contract it had no knowledge nor any obligation to know of the disproportion between the liabilities of the contractual parties (Article 139).

In conclusion, the author of the article points out that relations pertaining to contracts in the economy are not only prescribed by law. For the regulation of such relations it is of extreme importance to take into account the general conditions of business activity of the enterprises, conditions of the contract form, usance and other autonomous sources of economic law.

RÉSUMÉ

Les Contrats dans l'economie d'apres la Loi relative aux rapports d'obligation

Une des hypothèses fondamentales de la Loi relative aux rapports d'obligation est l'unité des règles de tous les rapports contractuels, sans égards au fait qui participe dans ces rapports. Jusqu'à présent pour les rapports contractuels dans l'économie et en dehors de l'économie étaient valables différentes sources juridiques.

Cette unité de la réglementation de tous les rapports contractuels n'est pas rigide. En relation avec cette question dans l'article sont signalés trois groupes de dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation.

Premièrement, pour une série de questions qui se posent en relation avec les contrats dans l'économie la loi détermine exprssément des règles spéciales. Par exemple le prix est le composant essentiel du contrat de vente. Néanmoins, dans le contrat de vente dans l'économie de prix ne doit pas être déterminé, de même dans ce contrat ne doivent pas se trouver les données à l'aide desquelles on pourrait le déterminer. Dans de tels cas l'acheteur est obligé de payer le prix que le vendeur faisait payer régulièrement au moment de la conclusion du contrat et en cas de son absence le prix raisonnable (article 462, deuxième alinéa).

Deuxièmement, les dispositions légales sur certaines questions qui présentent de l'importance seulement pour les organisations économiques et les autres participants dans les rapports économiques. Telle que, par exemple, la disposition relative aux cas quand le représentant de l'organisation économique conclut le contrat sans le consentement qui était nécessaire (article 55).

Troisièmement, dans la loi il y a aussi de telles dispositions qui ne peuvent pas être appliquées aux rapports découlant du contrat dans l'economie, ainsi que de telles dispositions qui seront appliquées d'une manière quand le contrat dans l'économie est en question, et d'une manière différente quand un autre contrat est en question, que nous ne considérons pas comme contrat dans l'économie. Par exemple, les dispositions relatives à la lésion des normes sont valables pour tous les contrats d'obligation bilatéraux. Mais pour que la partie qui a subi le dommage puisse invoquer la lésion des normes, elle doit prouver qu'au moment de la conclusion du contrat elle ne savait pas et ne devait pas savoir pour la disproportion entre les obligations des parties contractantes (article 139).

Dans la conclusion de l'article l'attention est attirée sur le fait que les rapports découlant du contrat dans l'économie ne sont pas réglementés seulement par la loi. Pour la réglementation de tels rapports de même présentent une grande importance les conditions générales de la gestion des affaires des organisations économiques, les conditions des contrats formulaires, les usances et les autres sources autonomes du droit économique.

НОВА РЕШЕЊА У ПОГЛЕДУ „FACULTAS ALTERNATIVA" У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

Институција коју је познало већ римско право, а коју је опште право назвало „facultas alternativa" је преузета и у нови Закон о облигационим односима. Римско право је имало у виду само дужниково факултативно право: дужник је дужан само један предмет, али он се може ослободити обавезе тиме да дâ повериоцу неки други одређени предмет: una res in obligatione, plures sunt in solutione (Paul. D. 44, 7, 44, 5: Si ita stipulatus sim: „si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus". Крек Грегор, Облигацијско право, Zgodovina in sistem rimskega zasebnega prava, Целье 1937, 49). Као случајеви „fakultas alternativa" римског права се наводе actiones noxales, laesio enormis, arrha poenitentialis, stipulatio poenae. Ако је код ноксалне тужбе власник роба, који је неком другом лицу проузроковао штету, треба да дâ одштету, он се је могао своје обавезе разрешити тиме да је уместо накнадне штете тужиоцу препустио роба самога. Код laesio enormis је у првом реду купац који није купио ствар за iustum pretium него испод половине вредности те ствари био дужан да ствар врати, а да се и њему врати куповна цена, али имао је и facultas: дозвољено је било да доплати разлику до висине праве вредности ствари и тако постићи да продаја остаје на снази (C 4, 42, 2, Корошец Виктор, Римско право, 1. дел, Љубљана 1967, 230; „...humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimida pars veri pretii soluta sit; Diocl. C. 4, 44, 2 interpolir), confer: C. eod. 8, Крек op. cit. 318). Код arrha poenitentialis (данашња одустаница) је под утицајем постклассичног грчког појмовања права свака од стране уговорнице могла жртвовати уговор тиме да плати duplum онога износа који је примила као аru или ако је аru дала, да се том износу одрече (C. 4, 21, 17, 2 из 1. 528; види и I. 3, 23, пр; Крек op. cit. 191). Stipulatio poenae је значила преузимање условне обавезе за случај да се безусловно уговорена престација не изврши (Pamphilum dari spondes? spondeo. Si non dederis, centrum dari spondes? spondeo). Уговорна казна се је могла уговорити и као „facultas alternativa", ако је било уговорено да има дужник право да се разреши своје обавезе испуњења тиме да плати казну (поена) (Крек op. cit. 85). Позната је била и неправа уговорна казна код које је уговорна

казна основна обавеза а страна се може разрешити тиме да дâ неку другу уговорену престацију: si Pamhilum non dederis centum dare spondes? spondeo. (Paul. D. 44. 7, 44, 5: Si ita stipulatus sim: „si fundum non dederis, centum dare spondes?" sola centum in stipulatione sunt in exsolutione fundus).

Друкчије него римско право уводи Закон о облигационим односима поред факултативних обавеза и факултативна потраживања. Правна природа факултативних потраживања је била у теорији спорна, па је у модерном праву потребно да и законодавац у погледу њих заузме своје становиште (види чл. 411 ЗОО). Али, и факултативне обавезе нису остале сасвим у оквирима традиционалних решења (види чл. 409 и 410 ЗОО). Потребна је анализа која покушава установити смисао усвојених решења.

1.*Факултативне обавезе.* Закон даје дефиницију појма факултативне обавезе у члану 409 ЗОО (који носи натпис „Овлашћење дужника у факултативној обавези"). Законска дефиниција гласи: „Дужник чија обавеза има један предмет, али му је допуштено да се ослободи своје обавезе дајући неки други одређени предмет, може се користити том могућношћу све док поверилац у поступку принудног извршења не добије потпуно или делимично предмет обавезе".

У погледу оног дела дефиниције која говори о ослобођењу дужника давањем неког другог предмета него што је у обавези нема разлике између уређења у нашем праву и уређењима у другим правним поретцима. Међутим, многи правни системи помињу само алтернативну облигацију; они ћуте о факултативном овлаштењу. У француском праву је нпр. одређена алтернативна облигација у чл. 1189 до 1196 Code civil. Неки се аутори жале да Code civil не садржи факултативне облигације које су у пракси много важније од алтернатвних облигација, чему се је чудити пошто има много римских текстова који одређују такве случајеве (Ripert Georges, Boulanger Jean, Traité de droit civil, Tome II, Paris 1957, 496). Али, дефиницију коју теорија даје садржи елемент либерирања испоруком друге престације него оне што је у обавези. Разлика од алтернативне обавезе је у томе што алтернативна облигација ствара обавезе двају престација које су у истом плану (Marty Gabriel, Raynaud P, Droit civil, II, Paris 1962, 770; Mazeaud Henri, Leon, Jean, Leçons de droit civil, Tome II, Paris 1969: „Le débiteur ne doit qu'une seule prestation, mais il a la faculté de se libérer en exécutant une autre prestation determinée. Il n'y a ici qu'une seule prestation, non seulement, in solutioné, mais, in obligationé...").

Доктрина наводи разне случајеве: факултативна облигација постоји ако страна мора испоручити одређену робу, али се она може ослободити те обавезе тиме да плати одређену своту новца (Marty Reynaud op. cit. 771). Често су обавезе кренране тестаментом на терет наследника, али тестатор дозвољава наследницима да се од обавезе растерете тиме да испоруче повериоцу неку другу ствар (Ripert-Boulanger op. cit. 497). „Facultas alternativa" је уређена и прописима закона: lésion — прекомерно оштећење — даје интересенту права да понуди додатак цене до

праве вредности ствари коју је купио односно придобио поделом имовине како би остала продаја односно подела имовине на снази (чл. 891 и 1681 Code civil); чл. 1079 мод. законом 7. фебр. 1938. Када по члану 2131 Code civil предмет хипотеке, некретнина, због уништења односно оштећења, не представља више довољну гаранцију може дужник који жели спречити наплату дуга дати додатну вредност на којој се оснује хипотека). Отац и мајка који не могу платити издржавање за дете могу понудити да дете буде код њих и тако од њих прима издржавање директно (чл. 211 Code civil).

Право common law не познаје израз faculttas alternativa. Ипак му институција није непозната: говори се о опцији, о правој односно пословној опцији (a „true" or „business" option. Та опција састоји се у томе да контракт спецификује појединачну примарну односно базичну облигацију која може да буде испуњена на одређени начин ако носиоц опције не изабере други начин. За common law је карактеристично да се наглашава да опција постоји само у корист носилаца права опције. Није дужан носилац права да води рачуна о интересима и погодности односно непогодности друге стране уговорнице односно друге стране у облигацији (Reardon Smith Line Ltd. v. Ministry of Agriculture /1963/ A. C. 731; Chitty on Contracts (23. ed.) Vol. I, Лондон 1968, 534 (paragraph 1137: „In a „business option the contract specifies a single, primary or basic obligation to be performed in one way-, unless the holder of the option chooses to substitute another way, and does so by effective exercise of his option; this power of option is conferred by the contract on the option-holder solely for his advantage and in exercising the option. The holder is not bound to consider the convenience or the ineterest of the other party.) Случај Реардон је познат и због великих искључења одговорности у бродарском уговору „Charter party": excepted risks, Anson' a Law of Contract (A. G. Guest) 23. ed. Oxford 1971, 454).

Њемачко право говори о алтернативним облигацијама, али не помињује „facultas alternativa". У §§ 262 до 265 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) су уређене само избрини дугови (Wahlschulden). У доктрини се узимају у дефиницији како битни елементи везаности једног дуга, а могућност ослобођења тог дуга са испоруком другог предмета испуњења. Наглашава се да је поверилац дужан да се задовољи са таквом алтернативном престацијом коју му нуди дужник (Hier kann der Gläubiger nur eine bestimmte Leistung verlangen, dem Schuldner ist aber das Recht eingeräumt, sich durch eine andere Leistung- z. B. durch eine Geldzahlung- von seiner Schuld zu lösen. Der Gläubiger muss die ihm angebotene Ersatzleistung als Frfüllng annehmen Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, München 1970, 126; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 1973, 258). Као случајеви „facultas alternativa" (Ersetzungsbefugnis, alternative Ermächtigung, Lösungsbefugnis, Abfindungsbefugnis) се у немачкој доктрини наводи право код купње новог аутомобила да се урачуна старо возило (BGHZ 46, 338; Dubischer, Alt gegen neu beim Kauf, Juristenzeitung 1969, 175; Esser Josef, Schuldrecht, Karlsruhe 1970, 118; Larenz op. cit. 127: Der Käufer schuldet hiernach den festgesetzten Preis in voller

Höhe, hat aber das Recht, einen Teil seiner Geldschuld durch Hingabe seines gebrauchten Wagens zu tilgen). Macht er davon keinen Gebrauch, muss er den vollen Kaufpreis zahlen). „Facultas alternativa" је одређена и законском нормом која одређује да може страна уместо у страном новцу платити и у домаћем новцу (Larenz op. cit. 126). У многим случајевима у њемачком BGB може дужник уместо дуговане ствари платити одговарајућу суму новца (251, II, 257, 528 I 2, 775 II, 1087 II, 1712 II BGB; Enneccerus Ludwig, Lehmann Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1954, 40; Fikentscher Wolfgang, Schuldrecht, Berlin, New York 1971, 131).

Много има случајева „facultas alternativa" одређених уговором. Такав је и случај када странке уговоре да дужник може да плати уместо новцем хартијама од вредности (Fikentscher op. cit. 131; Enneccerus op. cit. 40; RG JR Nr. 853; RG 127, 350).

И *швицарско право* не познаје посебног уређења „facultas alternativa" као институције, него извлачи карактеристике те институције из појединих случајева које одређује закон. Као и друга упоредна доктрина стоји и швајцарска доктрина на становишту, да је код те врсте обавеза дужника дужан само једно испуњење (престацију) али да страна има право да дâ, односно тражи друго замењиво испуњење. Као случајеви такве fakultas се наводе престација у домаћем новцу ако тражбина гласи на страни новац (чл. 84 Закона о облигацијама OR- Obligationenrecht); бирање између испуњења и одустачка од уговора у случају када је уговорена одустаница (чл. 158. 3 OR); плаћање робом уместо новцем (судска одлука BGE 50 II, 40; Guhl Theo. Das Schweizerische Obligationenrecht. Zürich 1972, 72).

Уређење „facultas alternativa" не садржи ни *италијански* codice civile. Доктрина заступа становиште као и остало упоредно право: само једна обавеза постоји, али дужник има могућност да изврши неко друго давање („... c'è una sola prestazione obbligatoria, ma il debitore ha la possibilità di eseguire una prestazione diversa", Trabucchi Akberto, Istituzioni di diritto civile, Padova 1952, 450). Као случајеви „facultas alternativa" се наводе: када је цена закупа одређена у стварима, се може платити закуп и у новцу; дуг у страној валути се може платити у домаћој валути; било која престација се може заменити и плаћањем „multa poenitentialis" (Trabucchi, op. cit. 451).

Нови законици социјалистичког система (Грађански законик Мађарске народне републике из 1959. године, Грађански законик РСФСР из 1964. године, Пољски грађански законик од 1964. године, Чехословенски законик од 1964. године и Цивилни законик њемачке демократске републике од 1975. године) не садрже правила којима би била општенито уређена институција „facultas alternativa".

Аустријски општи грађански законик који је важио односно чија правила су била примењивана на великом делу подручја Југославије је био доста широк, тако да је могла доктрина из § 906 извући и институцију „facultas alternativa". Тај члан тражи само да се може обећање испунити на различите начине и не захтева да су у дужничком односу

више престација (као што то тражи њемачки BGB у чл. 262). Ипак, је аустријска доктрина изразила мисао да постоји код факултативне облигације о облигацијама различитих интересних положаја тако да се за њих не могу поставити нека општа начела (Gscnitzer Franz образложење чл. 906 у Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, IV Band, Wien 1968, 371). Као случајеви „facultas alternativa" се набрајају: § 483: одступање ствари на којој постоји сервитута уместо плаћања трошкова за издржавање те ствари; § 650: одређивање главног легата уместо подлегата; § 693: враћање легата или његове постојеће вредности уместо доприноса; § 934: накнада недостатне вредности уместо враћања ствари код прикраћења преко половине; § 951: плаћање недостатне вредности уместо враћања дара (уколико је повређен нужни део) наследника (Ehrenzweig Armin, System des österreichen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd, 1. Hälfte, Das Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1928. 16s).

У неким системима, нарочито у њемачкој теорији се наглашава да је разлика између факултативних и алтернативних облигација мала, а неки чак тврде да никаква разлика не постоји (BGH, LM Nr. 6 ad § 946, Fikentcher op, cit. 131). Ипак, већина теоретичара види разлику: она постоји у само једној престацији која је у облигационој вези код „facultas alternativa". То се покаже у случају када постаје испуњење оне престације која је у облигационој вези као немогуће (Gschnitzer op. cit. 371). Случајно уништење стварно ослобађа дужника (Ehrenzweig op. cit. 16). Уништење ствари (давања) која је намењена као facultas нема никаквог утицаја на облигацију; захтев на примену престације тиме није повређен. Али чим је ствар која је у облигационој вези уништена, дужник је своје обавезе ослобођен. „Facultas alternativa" је привилегија а не дужност (Esser op. cit. 118): никакав пристанак повериоца није потребан (Palandt op. cit. 258). Велика разлика са алтернативном облигацијом је и у томе што изјава дужника да ће извршити факултативну обавезу нема никакав утицај на садржину примарне обавезе. Таква изјава не ствара постојање нове обавезе за дужника на факултативну престацију и право повериоца да наплати ту престацију. Поверилац може наплатити само првобитну тражбину. Дужник је тек тада ослобођен када стварно испоручи своје факултативно давање (односно обави факултативно испуњење чињења (RGZ 94, 60; Larenz op. cit. 126. Enneccerus op. cit. 41.). Ако се дужник позива направо замене испуњења он је дужан да то право докаже (Enneccerus op. cit. 41).

Поставило се је питање да ли је испуњење секундарне престације и заблуде пуноважно. Данас судска пракса у Њемачкој стоји на становишту да кодикција у случају такве заблуде није допуштена због заштите добре вере у промету (RG 120, 280 следећи, Enneccerus 41, Larenz op cit. 127).

Становиште да се немогућношћу испуњења главне престације гаси обавеза иако још постоји могућност испуњења факултативне престације, заступају: талијанска доктрина (Trabucchi op. cit. 451: non ha rilievo il fatto che sia rimasta possibile l'altra prestazione che era in facoltà di debitore), швицарска доктрина (Die Fakultativobligation untersteht grund-

sätzlich den Vorschriften über das einfache Schuldverhältnis, Guhl op. cit. 72), енглеска судска пракса и теорија (Chitty op. cit. 534 — „Hence, if performance of the primary obligation is impeded or frustrated, the option-holder is not obliged to exercise his choice as to permit performance in the substituted way") и француска доктрина (Reynaud-Marty op. cit, 771: „La situation est alors différente de celle que constitute l'obligation alternative où les deux prestations sont sur le même plan"). Француска доктрина наглашава да је дужник ослобођен ако се ствар главне престације уништи или постаје недозвољена (Mazeaud op. cit. 934: „...si l'objet dû vient à périr par cas fortuit ou si la prestation due est illicite, l'obligation s'éteint". Ripert-Boulanger op. cit. 497: „La perte fortuite de la chose qui est objet de l'obligation, ou l'impossibilité d'exécuter le fait promis, entraîne la libération du débiteur. Celui-ci, en effet, n'est jamais tenu de remettre la chose qui est in facultate solutionis. C'est une solution différente de celle qui est admise dans l'obligation alternative. Si c'est la chose ou la prestation in facultate solutionis qui périt ou devient d'une exécution impossible, l'obligation est alors pure et simple. Le débiteur n'est pas libéré par cette perte ou impossibilité").

У том погледу значи норма југословенског облигационог права нешто сасвим ново и неочекивано. Сасвим у складу са упоредним правом и његовом теоријом је одређено да је само једно од уговорених давања у облигационој вези: „Поверилац у факултативној обавези може захтевати од дужника само предмет обавезе, а не и други предмет, којим дужник, ако хоће, може такође испунити своју обавезу (чл. 410, 1 ЗОО). Али питање либерализације у случају пропасти престације односно немогућности испуњења (иако за то уништење односно испуњење дужник не одговара): „Кад предмет обавезе постане немогућ услед догађаја за који дужник не одговара, поверилац може тражити само накнаду штете, али се дужник може ослободити обавезе дајући предмет који је овлашћен дати уместо дугованог предмета" (чл. 410, ст. 2 ЗОО). Закон дакле налаже дужнику објективну одговорност за испуњење примарне обавезе, иако узрок за неиспуњење не произилази из дужникове сфере.

Потребно је одговорити на питање зашто је законодавац дужнику наложио толики терет одговорности који не постоји и на снову општих правила о терету ризика односно одговорности дужника. У досадашњој југословенској теорији нису запажена решења у смислу у којем је пошао Закон о облигационим односима. Теоретичари заступају решења која постоје и у упоредном праву: „Ако дуговани предмет пропадне услед догађаја за који дужник не одговара (виша сила, кривица повериоца) онда се облигација гаси односно дужник се ослобађа обавезе испуњења", Перовић Слободан, Облигационо право I (3. изд) 1976, 58. „Најчешће се код факултативне облигације даје дужнику овлашћење да он место дугованог предмета да други предмет. Поверилац има права да захтева само дуговани предмет и ако се догоди да дуговани предмет пропадне услед више силе, поверилац не може да захтева други предмет. Код факултативне облигације нема избора, јер се у ствари дугује само један

предмет", (Милошевић Љубиша, Облигационо право, Београд 1977, 279). „Када код облигационоправног односа, који је факултативан са становишта дужника, пропадне услед више силе, коју дужник дугује као правну обавезу, обавеза се гаси уколико је предмет обавеза био индивидуално одређена ствар" (Борђевић Живомир, Станковић Владан, Облигационо право, Београд 1974, 78). Још у нацртима закона (1976. г) је било решење исто као што је обичајно у упоредном праву: „Кад предмет обавезе постаје немогућ услед догађаја за који дужник не одговара, обавеза престаје. Кад предмет обавезе постане немогућ услед догађаја за који дужник одговара, поверилац може тражити само накнаду штете, али се дужник може ослободити обавезе дајући предмет који је овлашћен дати место дугованог предмета (чл. 381 Нацрта, април 1976; чл. 390 Нацрта, септембар 1976).

Тешко је замислити оправдање норме члана 410 која налаже неодговорном дужнику да сноси ризик неиспуњења када је било испуњење спречено из разлога ван дужникове сфере. По општем правилу новог облигационог права дужник одговара за делимичну или потпуну немогућност испуњења (иако ту немогућност није скривио) само ако је наступила после његовог доласка у доцњу, за коју одговара (чл. 262, ст. 4 ЗОО). Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи (чл. 263 ЗОО). Очито јесте да је овако одређена општа одговорност далеко мања од одговорности која терети факултативно обавезаног дужника, а то упркос томе што је у чл. 409 декларисано у погледу факултативног овлаштења начело да је један предмет у обавези. Тај би предмет требао да буде под општим режимом просте облигације.

Никаквог разлога, дакле, нема да се поступа дужником из факултативне облигације строже него с дужником општег типа. Изгледа дакле да је законска формулација са теоретских гледишта промашена. Изгледа чак као да је у тексту грешка. Оне последице које уређује други став члана 410 закона би могле да добро служе у случају када пада на дужника одговорност за немогућност предмета обавезе: тада би била оправдана одредба да поверилац може тражити накнаду штете. Умесна би била и „facultas alternativa": ако та facultas постоји у случају прве престације није разлог зашто да се не признаје и за престацију која на основу закона ступа на њезино место: за накнаду штете која се даје на основу одговорности за неиспуњење. Реч „не" је дакле сувишна. Цели став два би требао да буде став три тога члана. А став два би требао да буде формулисан као што стоји у нацрту (види цитат горе).

Питање од којег времена даље производи дејство изјављена воља дужника да да уместо примарне факултативну престацију је у закону решено у смислу теорије упоредног права. Ако страна изјави да жели испунити факултативни предмет, она се може још предомислити јер последице користења овлаштења да се испуни други предмет дејствују тек од оног момента даље када се замена предмета испуњења стварно

изврши: то произлази из одредбе да се дужник може користити могућношћу да дâ неки други предмет све док поверилац у поступку принудног извршења не добије потпуно или делимично предмет обавезе (чл. 409). (Пријашње право и право огз: „Die Ersetzungsbefugnis des Schuldners drückt sich in Klage und Urteil so aus, dass der Anspruch nur auf die Hauptleistung erichtet ist, dem Beklagten aber die Myglichkeit der Ersetzung eröffnet ist: Gschnitzer op. cit. 371." „...le créancier agissant en justice ne peut demander que l'objet de l'obligation et que le tribunal ne peut prononcer de condamnation qu pour cet objet. Il appartient ensuite au débiteur de se libérer, s'il le veut, par autre prestation, Douai, 21 mars 1891, D. 92. 2. 549; Ripert-Boulanger op. cit. 497).

2. *Факултативна потраживања.* Prima facie се код факултативних потраживања поставља питање да ли смислено она могу претстављати нешто друго него алтернативну обавезу дужника: ако разлике нема, онда нема ни разлога за увођење неке посебне институције факултативног потраживања. Ако је код факултативног потраживања положај такав да може поверилац тражити од дужника једно или друго испуњење, а дужник је дужан да на тај захтев испуни тражену престацију онда је тако први као и други предмет у алтернативној обавези: од повериоца ovиси, за коју од алтернативних могућности се одлучи. Поверилац има facultas, а дужника веже алтернативност: он не зна за које ће се од испуњења поверилац определити, па су према томе сва испуњења алтернативно везана.

Унаточ томе се у теорији данас опште признаје да постоји и посебна институција факултативног потраживања, ипак образложење какве се ситуације сматрају као факултативна потраживања се каткада не дају или су јако оскудна (Guhl op. cit. 72; Милошевић, op. cit. 279; Борђевић-Станковић, op. cit 77). Данашња правна наука која образлаже ту институцију наглашава да може поверилац тражити од дужника уместо одређене престације неку другу престацију (Enneccerus op. cit. 41). Случајеви: страна — купац возила истиче могућност да под одређеним условима тражи неки други тип аутомобила.

Као најтипичнији случај поверилачке „facultas alternativa" која је основана на закону се помиње законита дужност накнаде штете када поверилац може тражити уместо реституције у пријашње стање накнаду штете у новцу (Enneccerus op. cit. 41; Esser op. cit. 118). Анализа тих тражбина показује да постоје унаточ сличности битне разлике између алтернативне облигације и факултативних потраживања. Код алтернативних облигација постоји једнака веза за све престације у облигационом односу. Код факултативних потраживања не постоји једнакост. Престације су у различитим линијама (Enneccerus op. cit. 41). У ствари се ради о једној обавези која се може трансформисати у другу обавезу (обавезу друге престације) једностраном изјавом повериоца. Та изјава има дакле конститутиван карактер. Увјек постоји само једна обавеза. Пре изјаве једна обавеза, а после изјаве друга обавеза. Свака од тих обавеза има карактеристике просте обавезе. Она обавеза која у даном моменту постоји, може да постане немогућа и дужник је због тога ослобођен.

У сваком стадију може дужник да обавезу ликвидира с испуњењем: није дакле дужан како и код алтернативне облигације да чека на изјаву друге стране којом би се одредила која од престација треба да се оствари (Larenz op. cit. 127; Esser op. cit. 119, 120; Enneccerus op. cit. 42: RG 126, 403; нејасно образложење код Gschnitzer op. cit. 372); тај теоретичар не види разлике између алтернативне облигације и факултативног потраживања.

У том смислу треба интерпретирати и одредбу нашег закона о факултативном потраживању: Кад је уговором или законом предвиђено да поверилац може захтевати од дужника неки други одређени предмет, дужник је дужан предати му тај предмет ако поверилац то захтева (чл. 411, ст. 1 ЗОО). Тек изјавом повериоца (захтевањем) настаје обавеза за други предмет, а тиме престаје обавеза у погледу првог предмета. До тога момента је ипак и друга престација у облигационој вези толико, да дужник могућност те престације не сме обезуспешити. До те границе се ипак аналогно примењивају и правила факултативним и алтернативним обавезама.

др Стојан Цигој

РЕЗЮМЕ

Новые решения в отношении „факультас алтернатива" в югославском законе

В отношении факультативных обязательств в новом законе об облигациончых отношениях постановляется, что только одно из договорных даяний находится в облигационной связи: кредитор может требовать от должника только предмет обязательства, а не любой другой предмет, которым должник, если желает, может выполнить свое обязательтсво (ст. 410. 1). Но неожиданно установлен случай гибели дечежных возмещений т.е. невозможность выполнения. Постановляется, что в случае, когда прдмет обязательства станет невозможным в следствие событий, за которые должник не отвечает, кредитор может требовать возмещения ущерба, но должник может освободиться от обязательства, предложив равноценный предмет вместо предмета долга (ст. 410. 2). Этим закон определяет объективную ответственность должника в выполнении первостепенных обязатеьств, хотя причича для невыполнения не происходит из сферы должника. Нет причины, чтобы такое бремя возложить на должника. Для такой строгой точки зрения по обременению должника нет поводов в сопоставительном законе. Такие решения югославская теория не защищала и ни общие принципы нового закона не определяют такую строгую ответственность должника (ст. 263). Не видеть причину, почему факультативно обязанный должник отвечает ичаче, сторже, нежели в режиме простой облигации. Ставится вопрос, не подкралась ли в текст ошибка, которую следовало бы исправить. Последствия, определенные помянутым предписачием, могли бы сослужить хорошее дело, в случае, когда падает на должника ответственность за невозможность выполнения обязательств. Тогда было бы оправданным постновление о том, что кредитор может требовать возмещения ущерба. Весь параграф два статьи 410, значит, следовало, бы перечести в параграф три той же статьи. А следовало бы упорядочить параграф два, который установляет случаи невозможности выполнения обязательств, за которые должник не отвечает: такой параграф уже существовал в проекте и совершенно соответствовал и нашей точке зрения и сопоставительному праву. Такой параграф гласил: „Когда предмет обязательства становится невозможным для выполнения вследствие событий, за которые должник не отвечает, обязательство прекращается. „За этим следовал текст третьего параграфа, напоминающий наш настоящий второй параграф: „Когда предмет обязательства становится невозможным для выполнения вследствие событий, за которые должник отвечает, кредитор может получить возмещение ущерба, а должник может освободиться от обязательств, давая равноценный предмет вместо договоренного предмета."

A SUMMARY

New Solutions in Respect of the optional Alternative in Yugoslav Law

In respect of the optional obligation, the new Law on Obligation Relations has determined that only one of the contracted objects shall be in an obligation relationship, and not the other object as well, but with which the debtor, if he so wishes, may also settle his obligation (Article 410,1.). It is a surprise, though, as to the way the question of the inability of settlement has been solved. It has been provided that the creditor may claim compensation of damage in a case where the object of the obligation has become an „impossibility" due to causes outside the debtor's responsibility, but the debtor may release himself of the obligation by surrendering an object which has been authorised for surrender instead of the object in the debtor's custody (Article 410). Thus the Law determines the debtor's objective responsibility for the settlement of his primary obligation although the cause of non-fulfilment (or non-settlement) does not originate from the debtor's side. There is no reason for placing such a burden on the debtor's shoulders. There is no example of such a rigid point of view on account of the debtor in comparative law. This solution has not been adopted in the theory of Yugoslav law either, nor have the general principals of the new Law laid down such rigid responsibilities of the debtor (Article 263). There is no foreseeable reason why the optionally responsible debtor should answer to his obligation in a more rigid way, other than in the regime of a simple obligation. The question is, has there been made a mistake in the text, which should be rectified. The consequences provided by the above outlined regulation could serve a purpose in case of the debtor's responsibility for the impossibility of settlement. In that case the provision allowing the creditor to claim compensation of damage would be justified. Therefore, paragraph 2 of Article 410 should be placed under paragraph 3 of the same Article. Then there should be inserted a new paragraph 2 listing the cases of impossibility of settlement outside the debtor's responsibility: such a paragraph already existed in the Draft and was in line with our and comparative law. That paragraph reads: „In a case when the object of the obligation becomes ‚impossible' due to a cause outside the debtor's responsibility, his obligation ceases". This was followed by a text resembling the existing paragraph 2: „When the object of an obligation has become ‚impossible' due to a cause outside the debtor's responsibility, the creditor may claim compensation of damage but the debtor may release himself of the obligation by surrendering an object which has been authorised for surrender instead of the contracted object".

RÉSUMÉ

„Nouvelles solutions au sujet de facultas alternativas dans le droit yougoslave"

Au sujet de l'obligation facultative la nouvelle Loi relative aux rapports d'obligation détermine que seulement l'une des prestations stipulées par le contrat est en relation d'obligation: le créancier peut exiger du débiteur seulement l'objet de l'obligation, et non point un autre objet, par lequel le débiteur peut, s'il le veut, de même exécuter son obligation (article 410, premier alinéa). Mais soudainement est est réglé le cas du dépérissement de la prestation, c'est à dire de l'impossiblitié de l'exécution. Il est déterminé que dans le cas que l'objet de l'obligation devient impossible par suite des événements pour lesquels le débiteur n'est pas responsable, le créancier peut réclamer la compensation des dommages, mais le débiteur peut se libérer de l'obligation en donnant l'objet qui est remis en bonne et due forme eau lieu de l'objet qui est dû. (article 140, deuxième alinéa). La Loi a déterminé de cette façon la responsabilité objective du débiteur pour l'exécution de l'obligation primaire quoique la cause de l'inexécution ne provient pas de la sphère du débiteur. Il n'y a pas de raisons qu'une telle charge soit attribuée au débiteur. Pour un point de vue aussi sévère à la charge du débiteur il n'y a pas de modèle dans le droit comparé. La théorie yougoslave ne c'est pas intéressée à une telle solution, de même les principes généraux de la nouvelle loi ne déterminent pas une responsabilité aussi sévère du débiteur (article 263). On ne voit pas la raison pourquoi le débiteur facultativement obligé devrait répondre autrement, plus sévèrement, que dans le régime de la simple obligation. La question se pose si une erreur ne s'est glissée dans le texte qu'il faudrait corriger. Les conséquences que détermine la prescription décrite pourraient servir utilement quand c'est au débiteur qu'incombe la responsabilité pour l'impossibilité de l'obligation. Dans ce cas la disposition serait justifiée que le créancier peut réclamer les dommages-intérêts. L'alinéa deux tout entier de l'article 410 dvrait être, par conséquent, l'alinéa trois de ce même article. Et il faudrait intercaler l'alinéa deux qui détermine les cas de l'impossibilité pour lesquels le débiteur ne repond pas: un tel alinéa existait déjà dans le projet et il était entièrement en conformité avec les vues de notre droit, ainsi que du droit comparé. Cet alinéa était ainsi rédigé: Quand l'objet de l'obligation devient impossible par suite des événements pour lesquels le débiteur n'est pas responsable, l'obligation prend fin. Ce passage a été suivi du texte du troisième alinéa qui rappelle notre deuxième alinéa actuel: quand l'objet de l'obligation devient impossible par suite des événements pour lesquels la responsabilité du débiteur n'est pas engagée, le créancier peut demander seulement la réparation des dommages, mais le débiteur peut se libérer de l'obligation en donnant l'objet qu'il est autorisé de donner à la place de l'objet stipulé par le contrat.

ПРАВНА ПРАВИЛА О ЗАСТУПАЊУ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Заступање, у свом најширем значењу, означава све облике заступања економских интереса заступаног без обзира да ли заступник добија и пуномоћство да у име и за рачун заступаног преузима права и обавезе у промету. Овим значењем појма заступања обухваћено је и такозвано индиректно заступање које постоји код уговора о комисиону и уговора о посредовању. Комисионар добија налог од комитента да обави одређени посао за његов рачун али не добија и пуномоћ да иступа у његово име. Отуда комисионар и иступа у промету у своје име а за рачун комитента. Посредник добија налог на основу кога доводи у везу заинтересоване субјекте који сами непосредно закључују посао који је био предмет налога о посредовању. Заступање у ужем смислу подразумева пак само оне облике заступања код којих заступник добија, поред налога, и овлашћење (пуномоћ) да својом изјавом воље у име заступаног и за његов рачун преузима обавезе и стиче права у промету.

Облици заступања могу се поделити и по критеријуму да ли заступник обавља заступање на основу закона, статута или другог самоуправног општег акта, који обично предпоставља и радни однос, односно на изјави воље заступаног или заступник обавља заступање као своју делатност на основу посебног уговора са заступаним (уговори о комисиону, уговор о трговинском заступништву и уговор о посредовању). Од ове поделе полази и Закон о облигационим односима и у одсеку под називом „заступање" (чланови 84 до 98) обухвата облике заступања засноване на закону, статуту и другом самоуправном акту и изјави воље заступаног, док заступање засновано на посебним уговорима обухвата у другом делу Закона посвећеном уговорима у посебним главама за сваки од наведених уговора (глава XIX—XXI, чл. 771—826). Предмет овог рада је заступање обухваћено одсеком 2 I главе I дела Закона (чл. 84 до 98). Наведеним одредбама регулисана је материја заступања у целини, како заједничка правила која се односе на све облике заступања, тако и поједини облици заступања сем заступања од стране инокосног пословодног органа односно заступање на основу вршења ове функције које је регулисано Законом о удруженом раду (чл. 438, овим Законом обухваћено је и давање специјалног пуномоћја од стране инокосног пословодног органа односно председника колегијалног пословодног органа!). Одредбама Закона о облигационим односима која се

разматрају у овом раду обухваћена су следећа питања и облици заступања: а) општа правила о заступању и заступање од стране неовлашћеног лица (чл. 84 — 88); б) пуномоћје (чл. 89 — 94); в) пословно пуномоћје (чл. 95 — 96); г) трговински путник (чл. 97) и д) пучомоћник по запослењу (чл. 98). (1)

а) Општа правила о заступању

Појам и основ. — Према Закону о облигационим односима под заступањем се подразумева преузимање уговора и правних послова преко заступника (чл. 84 став 1). Основ на коме почива овлашћење на заступање може бити: закон, статут или други самоуправни општи акт, акт надлежног органа или изјава воље заступаног (пуномоћје). Под актом надлежног органа сматрамо да се подразумева акт органа управљања донет на основу статута или другог самоуправног општег акта организације удруженог рада односно органа управљања другог правног лица. Из овога се може даље извући закључак да се под изјавом воље заступаног, у смислу Закона, подразумева изјава воље физичког лица имајући у виду да су правила нашег Закона јединствена кодификација грађанског и трговинског односа привредног облигационог права тојест да се односе на све субјекте облигационих односа.

Дејство. — Уговор који закључи заступник производи правно дејство непосредно за заступаног и другу уговорну страну ако је заступник обавестио другу страну да иступа у име заступаног. Уговор обавезује заступаног и другу уговорну страну и када заступник пропусти да обавести другу уговорну страну да иступа у име заступаног ако је друга уговорна страна знала или морала знати, према околностима, да заступник иступа у име заступаног. Ово се односи и на друге правне

---

(1) Облици заступања засновани на основу закона, статута или другог самоуправног општег акта или изјави воље заступаног били су, до доношења Закона о облигационим односима од 1978. године, у недостатку прописа из облигационог права, регулисани у такозваним статусним законима: Основни закон о предузећима од 1965. године који је замењен Законом о конституисању и упису у судски регистар организација удруженог рада од 1973. године и Општим узансама за промет робом од 1954. године. Основни Закон о предузећима од 1965. године обухватио је следеће облике заступања: 1) заступање од стране директора; 2) прокуру; 3) генерално и посебно пуномоћје и пуномоћника по запослењу (чл. 189 — 205). Закон о конституисању и упису у судски регистар организација удруженог рада од 1973. године, у посебном одељку о заступању организација удруженог рада од 1973. године, у посебном одељку о заступању организација удруженог рада, обухватио је: 1) заступање од стране лица одређеног статутом односно од стране инокосног извршног органа; 2) прокуру; 3) генерално и специјално пуномоћство и пуномоћство по запослењу (чл. 79 — 86). Опште узансе за промет робом од 1954. године, у посебном поглављу о закључивању уговора преко пуномоћника ограничавају се на: 1) генерално и специјално пуномоћје; 2) пуномоћника по запослењу и на 3) општим односно заједничким правилима о пуномоћству (прекорачење овлашћења, неовлашћени заступник, пуномоћник чија је пуномоћ престала), — узансе број 37 — 42.

Трговачки законици, у делу о трговачком пуномоћству, најчешће обухватају прокуру и тзв. трговачка пуномоћства у ужем смислу (генерално и посебно пуномоћство). Овоме се додају и пуномоћник по запослењу и трговачки путник, полазећи од намере да се обухвате сви облици трговачког пуномоћства који почивају на радном односу (отуда се истовремено у овим законицима разграничава појам пуномоћника од појма намештеника или трговачког особља). Нека права појединс од облика трговачког пуномоћства регулишу посебно (француско право за трговачке путнике). Значи, појмом трговачког пуномоћства трговачки законици обично обухватају налог за заступање који се даје или предпоставља код лица у радном односу са трговцем односно трговачком организацијом. Отуда се трговачко пуномоћство регулише у трговачким законицима у делу о субјектима, трговцима, ограничавајући се на спољни однос према трећим лицима док унутрашњи однос између трговца и пуномоћника (налог) препуштају општим правилима облигационог права.

послове које преузима заступник (чл. 85). Заступање има лични карактер. Отуда, заступник мора сам обавити заступање и без посебног одобрења или овлашћења на основу закона или уговора не може пренети своја овлашћења на друго лице. Изузетак постоји када интереси заступаног захтевају неодложно предузимање правног посла а заступник је спречен да то учини (чл. 86). Преношење овлашћења од стране заступаног допуштено је и када то предвиђа закон или уговор. Како је Законом о удруженом раду предвиђено да инокосни пословодни орган односно председник колегијалног пословодног органа, као предпостављени заступник организације удруженог рада, може дати пуномоћје другом лицу за закључење одређеног или одређене врсте уговора односно предузимање одређене или одређене врсте радњи, (члан 439) то се може закључити да је лични карактер заступништва у нашем праву предпоставка у облигационим односима међу грађанима док се у односима између организација удруженог рада не предпоставља. Но и ова друга предпоставка, непостојање личног карактера заступања код организација удруженог рада није апсолутна и може се променити вољом даваоца овлашћења односно његовог органа управљања.

Прекорачење овлашћења. — Према Закону о облигационим односима (члан 87) прекорачење границе овлашћења обавезује заступаног само ако га одобри у року који је редовно потребан да се уговор те врсте размотри и оцени с тим што накнадно одобрење има повратно (ретроактивно) дејство. У одобрењу прекорачења може се навести да прекорачење неће имати повратно дејство. Ако одобрење не уследи у наведеном року сматраће се да је одобрење одбијено.

Опште узансе за промет робом (узанса бр. 39) и Основни Закон о предузећима усвајали су нешто друкчије решење у погледу дејства прекорачења пуномоћства на пуноважност уговора. Према овим одредбама, ако је друга уговорна страна била савесна тојест није знала нити је морала знати да је пуномоћник прекорачио границе овлашћења, уговор обавезује даваоца овлашћења, а ако је друга страна знала за прекорачење па ипак закључити уговор, исти обвезује даваоца овлашћења у границама овлашћења, ако је, према природи посла, могуће испуњење уговора само у том делу. Исто решење наведени текстови усвајају и за случај закључења уговора од стране лица чија је пуномоћ престала а друга уговорна страна није знала нити је морала знати за ту чињеницу (узанса вр. 42 и чл. 203 Основног закона о предузећима). (2) За разлику од ових текстова, Закон о облигационим односима води рачуна о савесности друге стране тако што јој, у случају да је савесна, даје право да одмах по сазнању за прекорачење овлашћења од стране заступника, не

(2) Према законима који су важили у старој Југославији, у случају прекорачења пуномоћства од стране пуномоћника, цени се савесност друге уговорне стране. У начелу, уговор у коме је пуномоћник прекорачио овлашћење не обавезује властодавца, сем у случају ако друга страна није знала или није морала знати за прекорачење. Међутим, у случају када је друга страна знала за прекорачење пуномоћства од стране пуномоћника, закључени уговор обавезује властодавца у границама датог овлашћења, ако природа посла омогућава испуњење уговора само у том делу. Ово изричито регулишу, у делу о пуномоћству, Југословенски трг. закон од 1937, пар. 74; Хрватски трговачки закон од 1875, пар. 52 и Босански трг. закон од 1883, пар. 55. Ово решење усвојио је и наш Основни закон о предузећима док други законици садрже ове одредбе у општем делу о пуномоћству уопште.

чекајући изјаву заступаног да ли прихвата односно одобрава уговор, изјави да се не сматра везаним уговором. У случају пак да заступани одбије одобрење, он је, заједно са заступником, солидарно одговоран другој савесној страни за накнаду штете коју је ова претрпела (чл. 87 став 4 и 5). Ово тумачење проистиче из текста става 4 наведеног члана који, и у случају да је друга уговорна страна била савесна (није знала нити је морала знати за прекорачење) допушта могућност да се заступани изјасни о уговору („... не чекајући да се заступани о уговору изјасни..."), па према томе и да одбије односно не прихвати уговор закључен прекорачењем пуномоћства.

Неовлашћени заступник (falsus procurator). — Под овим појмом Закон о облигационим односима, а и иначе облигационо право, подразумева лице које закључи уговор као пуномоћник у име другог лица без његовог овлашћења (члан 88). Овако закључени уговор обавезује заступаног само ако га накнадно одобри. Друга страна са којом је неовлашћени заступник закључио уговор може неовлашћено заступаном да остави примерен рок да се изјасни да ли овако закључени уговор одобрава. Ако у овако остављеном року заступани не да одобрење сматра се да уговор није закључен. У том случају друга савесна страна може од неовлашћеног заступника да захтева накнаду штете.

Истоветна правила за случај неовлашћеног заступања усвајале су и наше Опште узансе за промет робом (узанса бр. 41). Право на накнаду штете друга савесна страна има и када неовлашћени заступник није поступио намерно доводећи другу уговорну страну у заблуду о постојању пуномоћи већ и када је био и сам у заблуди (3). Трговачки законици старе Југославије односно законици који су се примењивали на њеној територији, усвајали су нешто шире решење. Друга савесна уговорна страна могла је, у случају да заступани не одобри уговор, по свом избору да захтева од неовлашћеног заступника испуњење уговора или накнаду штете. (4)

б) Пуномоћје

Закон о облигационим односима регулише пуномоћје у члановима 89—94 (овим одредбама није обухваћено пословно пуномоћје). Овим одредбама обухваћен је појам пуномоћја, форма, обим, давање и опозивање, дејство и начин престанка пуномоћја. (5)

---

(3) Види М. Стражњицки: Предавања из трговачког права, I део, Загреб 1920, стр. 99.

(4) Југословенски трг. законик од 1937; Хрватски трг. закон пар. 74; Босански трг. законик, пар. 55.

(5) Сва три раније наведена извора који су ову материју регулисали у нашем праву предвиђали су пуномоћје као облик заступања, али посвећивала му различиту пажњу. Најдетаљније пуномоћје је регулисао Основни закон о предузећима (чл. 99 — 205), нешто уже Опште узансе за промет робом (узансе 37 — 41) а најмање пажње му је посветио Закон о конституисању и упису у судски регистар организација удруженог рада од 1973. г. (чл. 81 — 82). Сва три текста предвиђала су да пуномоћје може бити дато као генерално и као посебно или специјално (Основни закон о предузећима чл. 99 став 1, Узанса бр. 37 став 2 и Закон о конституисању чл. 82).

Од страних закона трговачко пуномоћје предвиђају: Немачки трговачки закон, пар. 54; Швајцарски Законик о облигацијама, чл. 462; Италијански грађански законик, чл. 2204; Француско право у посебном Закону о трговачким заступницима од 1937. и Одлука од 5. XI 1946.

Појам и давање. — Пуномоћје је такав облик заступања код кога заступани даје заступнику овлашћење на заступање правним послом при чему је постојање и обим пуномоћја независно од правног посла на основу кога је пуномоћје дато. Ово је начело самосталности пуномоћја које га чини независним од правног односа у вези кога је дато. Пуномоћје узима форму која је законом предвиђена за уговор односно правни посао за чије је закључење пуномоћје дато. Ако оваква посебна форма није прописана за правни посао односно уговор за који се даје пуномоћје, оно се може дати у било којој форми (чл. 90). Као пуномоћник може се јавити и правно лице (чл. 89).

Обим. — Закон полази од начела да пуномоћник може предузимати само оне радње за чије је предузимање овлашћен. Међутим, Закон прави разлику између општег и посебног пуномоћја и утврђује претпостављени обим општег пуномоћја. Ако заступани приликом давања општег пуномоћја није ближе одредио његов обим, предпоставља се да пуномоћје обухвата овлашћење на предузимање свих правних послова који спадају у оквир редовног пословања заступаног. За послове који прелазе овај оквир потребно је посебно овлашћење. Да би појам редовног пословања био јаснији Закон наводи послове који се не сматрају редовним те се, за њихово предузимање, мора дати посебно овлашћење општем или генералном пуномоћнику. У те послове спадају: преузимање меничне обавезе, што значи забрану потписивања менице у било ком својству у име властодавца односно заступаног јер сваки менични потпис ствара самосталну меничну обавезу; давање јемства; склапање поравнања; уговарање изабраног суда и одрицање неког права без накнаде (чл. 91). Пуномоћство су предвиђала сва три наведена извора који су примењивани до доношења Закона о облигационим односима и то као опште или генерално и као посебно или специјално. Основни закон о предузећима ближе је одређивао обим пуномоћства одређујући да оно обухвата и право на вршење других правних радњи и послова у вези са закључењем и извршењем уговора (чл. 99—205). (6) од искључених послова из предпостављеног круга овлашћења Основни закон је предвиђао само забрану преноса пуномоћи без сагласности даваоца пуномоћи (чл. 204 став 2 и 3). Неки стари трговачки законици који су примењивани у старој Југославији односно донети од старе Југославије детаљније су одређивали предпостављени обим пуномоћи кроз набрајање послова за које је потребно посебно овлашћење. Тако, у ове послове су убрајани: предузимање меничних радњи; заступање у парници; закључивање зајма; отуђење и оптерећење непокретности; пренос пуномоћја и склапање уговора односно посла у име властодавца са самим собом (самостално иступање заступника). (7) Очигледно је да се наш Закон о облигационим односима код пуномоћја инспирисао старим трго-

(6) Пуномоћје на сличан начин дефинишу: Немачки трговачки законик, пар. 54; Југословенски трговачки законик од 1937, пар. 68; Хрватски трговачки закон, пар. 43; Босански трговачки закон, пар. 46; Швајцарски законик о облигацијама, чл. 462 и Чехословачки законик међународне трговине, пар. 57 и 58

(7) У овоме најдетаљнији су Хрватски трговачки закон, пар. 43 и Југословенски трговачки законик од 1937, пар. 68 став 3.

вачким законодавством (делом код пуномоћја а делом код пословног пуномоћја) али се може запазити да су наведени стари текстови били шири у погледу искључена послова из предпостављеног обима пуномоћи (на пример самостално иступање пуномоћника). Вероватно да је оцена редактора била да ових случајева нема у нашој данашњој пракси.

Опозивање и сужавање пуномоћја. — Према Закону, опозивање или касније ограничење пуномоћја је право властодавца кога се он не може одрећи. Отуда, властодавац може, по својој вољи, сузити или опозвати пуномоћје чак и ако се уговором одрекао тог права. Опозивање или сужавање пуномоћја може се учинити неформалном изјавом воље чак и када је уговор или правни посао за који је дато пуномоћје формалан. Ако се опозивом или ограничењем пуномоћја повређује уговор о налогу или уговор о делу или какав други уговор између пуномоћника и властодавца, пуномоћник има право да од властодавца захтева накнаду штете која је за њега настала опозивањем или сужавањем (пуномоћја чл. 92). Но, опозивање или сужавање пуномоћја нема дејство према трећем савесном лицу са којим је пуномоћник закључио уговор односно посао на основу пуномоћја које је касније опозовано или сужено. Пошто је, у овом случају, предпоставка да пуномоћник није обавестио треће лице о опозиву односно сужавању пуномоћја, то властодавац има право да од њега тражи накнаду штете коју претрпи услед тога што опозив односно сужење пуномоћја не делује према трећем лицу, сем када и сам пуномоћник није знао нити морао знати за опозивање односно сужење пуномоћја (услед пропуста властодавца). Ова правила се односе и на остале начине престанка пуномоћја (чл. 93).

Начини престанка. — Закон, поред опозива, наводи следеће начине престанка пуномоћја: престанком правног лица када се оно јавља као пуномоћник, сем ако законом није друкчије одређено; смрћу пуномоћника (физичког лица); престанком правног лица даваоца пуномоћја односно смрћу властодавца, сем у два случаја: ако се правни посао не може прекинути без штете по правне следбенике властодавца или ако је пуномоћје дато тако да важи и за случај смрти даваоца, вољом самог даваоца или по природи посла (чл. 94). Наведени извори који су важили до доношења Закона о облигационим односима нису изричито предвиђали начине престанка пуномоћја. Међутим, за разлику од прокуре, пуномоћје се могло дати и на одређено време чијим истеком је престајало пуномоћје (Основни закон о предузећима чл. 200 и Узанса бр. 37 став 2).

Изложена правила односе се и на посебно или специјално пуномоћје, сем одредби о предпостављеном обиму општег пуномоћја (чл. 91 став 2 — 4). За разлику од раније важећих текстова који су посебно или специјално пуномоћје изричито одредили, као на пример, Основни закон о предузећима (члан 199), Опште узансе за промет робом (узанса бр. 37 став 2) (8) и Закон о конституисању и упису у судски регистар органи-

(8) „Странка може овластити пуномоћника да у њено име закључи један или више одређених уговора (специјално пуномоћје), или да закључује све уговоре једне или више одређених врста (генерално пуномоћје)."

зација удруженог рада (члан 82) (⁹), постојање посебног пуномоћја у Закону о облигационим односима да се закључити посредно из чињенице изричитог разликовања пуномоћника „коме је дато опште пуномоћје" (члан 91 став 2) из чега проистиче да постоји и посебно пуномоћје. Интересантно је да и Закон о удруженом раду, када говори о овлашћењу заступника организације удруженог рада да, у оквиру својих овлашћења, другом лицу пуномоћје, за одређену врсту послова или за одређени посао, не наводи да је реч о посебном или специјалном пуномоћју (члан 439).

в) Пословно пуномоћје

Закон о облигационим односима, као посебан вид пуномоћја предвиђа пословно пуномоћје (члан 95 и 96). Оно највише одговара трговачком пуномоћју из предратних трговачких закона. Према одредбама Закона, пословно пуномоћје могу дати: организације удруженог рада у границама закона и друга правна лица за послове уобичајене у вршењу њихове делатности као и имаоци радњи. Из наведених одредби проистиче да и ово пуномоћје може бити опште и посебно или специјално (члан 95 став 1 и 3). Као и код пуномоћја уопште, Закон ближе одређује који се уговори односно правне радње не предпостављају да улазе у круг уобичајених послова те је за њихово вршење потребно посебно овлашћење. Овај круг се скоро подудара са већ, примера ради, наведеним трговачким законима (види примедбу под 7) и обухвата: отуђење и оптерећење непокретности; менично обавезивање; јемство; зајам и парничну легитимацију односно овлашћење за вођење спора. Према одредби става 3 члана 95 проистиче да се пословно пуномоћје увек предпоставља као опште а ограничење овог пуномоћства на одређене послове има дејство према трећим лицима само ако су за њих знала или морала знати. Може се поставити и питање има ли разлике између обима овлашћења пуномоћства уопште које, према ставу 2 члана 91 обухвата „послове који долазе у *редовно пословање*" и обима овлашћења пословног пуномоћја које према ставу 1 члана 95 обухвата „послове који су *уобичајени у вршењу њихове делатности*"? Вероватно је да законописац под појмом „редовно пословање" није мислио на фактичко пословање властодавца већ на оно што је редовно или уобичајено у његовој делатности, те смо склони да не видимо правну разлику између ова два израза (што би и иначе задавало главобоље у пракси у тражењу те разлике), мада има и других схватања односно тумачења ових израза (¹⁰). На пословно пуномоћје се, као lex specialis, примењују и правила о заступању садржана у Закону о удруженом раду (члан 438 и 439). Из ових одредби (члана 439) проистиче да се пуномоћје даје увек у писменој форми. Друга специфичност проистиче из чињенице да се одредбе о пословном пуномоћју

(⁹) Наведена одредба само наводи могућност давања генералног и специјалног пуномоћја.

(¹⁰) Види: Ј. Барбић: Закон о обвезним односима и положај организација удруженог рада у правном промету, Загреб 1978, (у скупном раду Обвезно право), страна 149.

примењују и на имаоце радњи те отуда, у интересу наследника имаоца, у случају његове смрти пуномоћје не престаје као ни у случају да ималац буде лишен пословне способности (члан 96). Иначе, и на пословно пуномоћје се аналогно примењују општа правила о пуномоћству садржана у Закону о облигационим односима. Већина трговачких закона као и наш Основни закон о предузећима, поред прокуре, обухватају и трговачко пуномоћство односно трговачке пуномоћнике чији је обим овлашћења нешто ужи од онога који има прокуриста, односно прокура као најшире трговачко пуномоћство. При том, законици под појмом пуномоћника обухватају како лица која су у радном односу са властодавцем тако и лица којима се заступање поверава на основу посебног уговора. Већина трговачких закона и законика обухватају, у оквиру трговачког пуномоћства у ширем смислу генерално и специјално пуномоћство односно пуномоћника, по запослењу и трговачког путника. Обично, у истом поглављу обухватају и трговачко помоћно особље, тојест лица којима трговац поверава вршење различитих послова у обављању трговачког обрта али не и овлашћење за заступање. Изузетак су пуномоћници по запослењу који спадају у трговачко особље, значи поверава им се вршење одређених послова обрта а овлашћење на заступање се јавља као предпоставка која проистиче из вршења одређених послова.

г) Трговински путник

Закон о облигационим односима утврђује и посебан облик заступања које врше трговински путници (чл. 97). Од наших раније важећих прописа предвиђала их је Уредба о оснивању предузећа и радњи из 1952. године (11). За вршење ових послова захтевала се посебна легитимација коју је издавала комора. Уредба није одређивала грађанскоправна правила о овлашћењу ових путника. Код редакције Основног закона о предузећима од 1965. год. они нису обухваћени али их регулише касније донет Основни закоч о промету робе из 1967. године и то посредно допуштајући могућност вршења промета преко индивидуалних заступника који нису у радном односу са предузећем (укључујући ту и трговачке агенте који би обављали послове трговачког путника — путујући агенти) и препуштајући републичким прописима да одреде који ће се производи моћи продавати преко оваквих индивидуалних заступника (члан 25 поменутог Закона) (12). Од предратних прописа трговачке путнике је предвиђао Југословенски трговачки законик од 1937. (пар. 70), Хрватски трговачки закон (чл. 45) и Босански трговачки законик (чл. 48). Трговачког путника предвиђа и Немачки трговачки законик (пар. 55), (13) и Швајцарски законик о облигацијама (чл. 463). (14)

(11) Службени лист ФНРЈ бр. 6 од 1952.
(12) Службени лист СФРЈ бр. 1 од 1967. године.
(13) Овај члан Немачког трговачког законика доживео је измене којима су сужена права трговачког путника у погледу пријема и одлагања плаћања.
(14) И члан 463 швајцарског законика претрпео је измене, укинут је Савезним законом од 25. јуна 1971. а нови текст дат у овом закону ступио је на снагу 1. јануара 1972. г.

Под трговинским путником подразумева се лице које обавља послове заступања (у ширем смислу) за свог властодавца ван његовог седишта. Трговински путник обилази постојеће и потенцијалне пословне партнере властодавца предузимајући само оне послове који се односе на продају робе а који су наведени у пуномоћју које му је организација удруженог рада — властодавац дала (став 1 члан 97 Закона). У случају да такав круг овлашћења није одређен односно у случју неизвесности у погледу његових овлашћења према нашем Закону сматра се да трговински путник није овлашћен да закључује уговоре већ само да прикупља понуде с тим што ће и уговор који закључи трговински путник без овлашћења остати на снази ако га одобри властодавац (став 2 члана 97). Међутим, и када је овлашћен да продаје робу, трговински путник, без посебног овлашћења, није овлашћен да наплаћује цену и да продаје робу на кредит (став 3 члана 97). У сваком случају, имао или немао овлашћење за продају робе односно закључење уговора, трговински путник је овлашћен да прима рекламације због недостатака робе и друге изјаве у вези са извршењем уговора који је закључен његовим посредовањем и да, у име властодавца, предузима мере за очување властодавчевих права из тог уговора (став 4 члана 97). Неки законици одређују круг предпостављених овлашћења трговинског путника шире па у овај предпостављени круг овлашћења укључују и овлашћења на примање цене, давање односно одлагање рока плаћања као и убирање других тражбина свог властодавца. [15] Југословенски трговачки законик од 1937. године предвиђао је да трговачки путник може да „Прима изјаве да роба има недостатака или мана, да се роба ставља на располагање као и друге изјаве којима муштерија хоће да очува своја права." [16] По овом Закону трговачки путник је могао да врши права властодавца у погледу утврђивања стања робе, али са њом није могао располагати без овлашћења властодавца сем ако је у питању лако кварљива роба. Иначе, у вршењу посредовања односно у обављању послова заступања трговински путник не располаже робом непосредно већ свој посао обавља носећи са собом колекцију узорака коју је, по престанку овлашћења, дужан да врати властодавцу односно организацији удруженог рада за коју врши послове трговачког путника.

д) Пуномоћник по запослењу

Под пуномоћником по запослењу или како Закон о облигационим односима назива „лицем које обавља одређене послове" подразумева се радник у организацији удруженог рада или код лица које самостално обавља делатност личним радом који ради на таквим пословима чије је обављање везано за закључивање и испуњење одређених уговора

[15] Тако, Хрватски трговачки закон пар. 45. Према пар. 70 став 3 бившег Југословенског трговачког законика трговачки путник може располагати робом стављеном властодавцу на расположење ако то налажу својства робе (лако кварљива).

[16] Параграф 70 наведен у претходној напомени.

(чл. 98). Поверавањем ових послова таквом раднику предпоставља се да је овлашћен на закључење и испуњење уговора везаних за радно место односно за послове који су му поверени. Као таква лица Закон наводи: продавце у продавницама, раднике који обављају одређене услуге у угоститељству и раднике на пословима шалтерских служби у пошти и банци. Овај круг није лимититавно наведен јер закон додаје и „слично" (став 1 члана 98) те ће отуда пракса одредити и друга лица која имају оваква овлашћења. Према ранијој судској пракси у круг пуномоћника по запослењу улазио је и комерцијални директор организације удруженог рада и шеф продаје али није улазио шефу привредно-рачунског сектора (17). Мислимо да је ово решење прихватљиво и данас.

Сва три наведена извора који су ову материју регулисали до доношења Закона о облигационим односима предвиђала су пуномоћника по запослењу подразумевајући под овим лице коме је предузеће односно организација удруженог рада поверила вршење дужности из којих, по редовном току ствари, проистиче овлашћење на закључивање одређених врста уговора или вршење других послова у границама поверене дужности (Основни закон о предузећима члана 205, узанси бр. 40 и Закон о конституисању чл. 81).

Заступника по запослењу познају и стари трговачки закони и упоредно трговачко право. Стари трговачки закони који су важили на територији Југославије дефинисали су пуномоћника по запослењу као лице које је постављено „у дућану, отвореном магацину или складишту" што га је овлашћивало на пријем робе и плаћања уобичајена на таквом месту. (18) Наравно, то не може бити лице које се случајно затекло у таквој просторији, па чак када је и радник властодавца већ само лице коме су поверени послови тог радног места односно у тој просторији. Ово овлашћење се протезало и на намештенике у бироима и комптоарима (19). Наведени Хрватски трговачки закон и Југословенски трговачки законик од 1937. предвиђају, као пуномоћје „овлашћење за пријем" и то Хрватски законик нешто уже, као овлашћење лица које донесе купцу робу са признаницом („квитираним рачуном") да прими куповину (наплати рачун), док Југословенски закони код 1937. проширује и на пријем новца или предмета означеног у признаници, уколико из околности не проистиче супротна предпоставка (20). Босански трговачки закон пак полази од супротне предпоставке да се доносилац робе и рачуна не сматра самим тим овлашћен на пријем плаћања (21). Према неким ауторима, овлашћење на пријем исплате из Закона од 1937. треба сматрати да постоји и када је признаница или потврда украдена, а

(17) Комерцијални директор — Збирка одлука Државне арбитраже, Св. V од 1952. године, Одлука под бр. 257; комерцијалиста задруге — Збирка одлука, Књ. II, Св. 2 од 1957, године, Одлука под бр. 532. Није признато својство пуномоћника по запослењу шефу привреднорачунског сектора — Збирка судских одлука, Књ. VI, Св. 3 од 1961, Одлука под бр. 381.

(18) Хрватски трговачки закон, пар. 42.; Босански трговачки закон, пар. 50 и Југословенски трг. законик од 1937, пар. 72.

(19) Стражьицки: наведено дело, стр. 63.

(20) Хрватски трговачки закон, пар. 73. Види и Аустријски трговачки законик, пар. 51.

(21) Босански трговачки закон, пар. 51.

појам признанице се просуђује према ОГЗ-з, пар. 1426, укључујући ту и меницу или одговарајући чек, а ако је у питању протесна хартија нужно је да доносилац има меничноправну односно чековноправну легитимацију, с тим што су ове предпоставке обориве природе (22). Иначе, пуномоћника по запослењу предвиђају трговачки законици односно упоредно облигационо право. (23)

Предпоставка о овлашћењима пуномоћника по запослењу може се отклонити и ограничити истицањем одговарајућег упозорења на видном месту у просторији у којој такво лице обавља послове из којих проистиче пуномоћје (на пример: „плаћање на каси" и сл.).

У овом раду није обухваћено заступање од стране инокосног пословодног органа односно председника колегијалног пословодног органа или од стране радника са посебним овлашћењима и одговорностима у организацијама удруженог рада којима је статутом или другим самоуправним општим актом дато овлашћење на заступање организације. Ову материју регулише Закон о удруженом раду у члановима 438 и 439. Према члану 438 инокосни пословодни орган и председник колегијалног пословодног органа су предпостављени заступници организације удруженог рада у пословима из њене делатности и овлашћени су на закључивање уговора и вршење других правних радњи као и на заступање пред судовима и другим организацијама с тим што се ово овлашћење може ограничити статутом или другим самоуправним општим актом а овлашћење и ограничења морају се уписати у судски регистар (ставови 1, 3, 4 и 5 члана 438). Као што је већ напоменуто, заступник организације удруженог рада може, у оквиру својих овлашћења, дати другом лицу писмено пуномоћје на закључење одређених врста уговора и предузимање других одређених врста правних радњи односно за закључење појединачно одређених уговора и предузимање других појединачно одређених правних радњи (члан 439). Како Закон не одређује ближе правила која се односе на ову врсту пуномоћја сматрамо да се имају применити правна правила из Закона о облигационим односима која се односе на пуномоћје уопште и на посебна пуномоћја. Правна правила Закона о облигационим односима која се односе на заступање уопште аналогно се примењују и на заступање од стране инокосног пословодног органа односно председника колегијалног пословодног органа. То посредно проистиче и из става 2 члана 84 Закона.

др Владимир Јовановић

(22) Стражњицки: наведено дело, стр. 62 и 63.

(23) Немачки трговачки законик, пар. 56; Аустријски трговачки законик, пар. 50 и 51; Италијански грађански законик, чл. 2213 и Законик међународне трговине ЧСР-а од 1963. г., пар. 71.

РЕЗЮМЕ

Юридические правила о представительстве согласно Закону об облигационных отношениях

Формы представительства можно поделить и по критерию, выполняет ли представитель представительство на основании закона, статута или другого самоуправительного общего акта, который формально предполагает трудовое отношение, т.е. на изъявлении воли представляемого, или представитель выполняет представительство как свою деятельность на основании особого договора с представляемым (договора о комиссионе, договор о торговом представительстве и договор о посредничестве). Из такого деления исходит и Закон об облигационных отношениях и в отделе под названием „представительство" (статьи 84 до 98) охватывает формы представительства основанные на законе, статуте и других самоуправительных актах и изъявлении воли представляемого, в то время как представительство основано на особых договорах охватывает в другой части Закона о договорах в отдельных главах для каждого из упомянутых договоров (глава XIX — XXI, ст. 771 — 826). Предметом настоящей работы является представительство, охваченное отделом 2, I главы I части Закона (ст. 84 до 98). Приведенными постановлениями регулирован предмет представительства в целом, и совместные правила, относящиеся ко всем формам представительства, и отдельные формы представительства кроме представительства от стороны единоличного делопроизводственного органа т.е. представительство на основе выполнения той функции, которую регулирует Закон об объединенном труде (ст. 438, этот Закон охватил и специальное полномочие от стороны единоличного делопроизводственного органа т.е. председателя коллегиального делопроизводственного органа). Постановлениями Закона об облигационных отношениях, которые рассматриваются в этой работе, охвачены следующие вопросы и формы представительства: а) общие правила о представительстве и представительство от стороны неуполномоченного лица (ст. 95 — 96); торговый комивояжер (ст. 97) и уполномоченный по работе (ст. 98).

A SUMMARY

Legal regulations concerning representation according to the Law on Obligation Relations

Forms of representation can be divided according to the criterion whether the representative performs this business activity on the basis of the law, statute, or other self-government general act of law, which usually assumes a relationship of employment, that is, a declaration of will of the represented party or whether the representative performs this business activity as his own private activity on the basis of a separate contract concluded with the represented party (a contract of commission, contract of commercial representation and the contract of mediation). The Law on Obligation Relations has adopted this criterion and a section titled „representation" (Articles 84 to 98) contains a review of forms of representation based on the law, statute and other self-government acts of law as well as on the declaration of will of the rpresented party, while representation based on separate contracts is regulated in another section of this Law devoted to each individual contract separately and with each contract having its separate heading (Section XIX — XXI, Articles 771 — 826).

The subject of this work is representation as dealt with in Section 2, Chapter I of Part I of the Law (Articles 84 — 98). These regulations cover the matter of representation in whole, general rules concerning all forms of representation as well as individual forms of representation except representation by a single managing organ (body), that is, representation on the basis of performance of this managing function as laid down by the Associated Labour Act (Article 438, this Act also includes giving special authorisation by the single managing body or chairman of the collective managing board). The regulations of the Law on Obligation Relations analysed in this work include th following questions and forms of representation: a) general rules concerning representation and representation by an unauthorised person or party (Articles 95 — 96); b) travelling salesmen (Article 97); and c) authorised representative by virtue of employment (Article 98).

РЕЗЮМЕ

Les règles de droit sur la représentation d'après la Loi relative aux rapports d'obligation

Les formes de la représentation peuvent être divisées aussi d'après les critères si le représentant exerce la représentation en vertu de la loi, du statut ou d'un autre acte autogestionnaire, qui suppose généralement le rapport de travail, c'est-à-dire sur la déclaration de volonté de la personne représentée ou le représentant exerce la représentation comme son activité en vertu d'un contrat particulier avec la personne représentée (les contrats de commission, le contrat relatif à la représentation commerciale et le contrat de médiation). La Loi relative aux rapports d'obligation part de cette division et dans la section sous le titre de „représentation" (articles 84 à 98) comprend les formes de représentation basées sur la loi, le statut et un autre acte autogestionnaire et sur la déclaration de volonté de la personne représentée„ tandis que la représentation basé sur les contrats particuliers comprend dans la deuxième partie de la Loi consacrée aux contrats dans les chapitres speciaux pour chacun des contrats mentionnés (chapitres XIX — XXI, articles 771 — 826). L'objet de ce travail est la représentation comprise par la section du premièr chapitre de la première partie de la Loi (articles 84 à 98). Par les dispositions mentionnées est réglementée la matière de la représentation dans l'ensemble, tant les règles générales qui se rapportent à toutes les formes de la représentation, que certaines formes de la représentation, à l'exception de la représentation de la part de l'organe gestionnaire individuel c'est-à-dire la représentation en vertu de l'exercise de cette fonction qui est réglementée par la Loi sur le travail associé (article 438, par cette Loi est comprise la delivrance de la procuration spéciale de la part de l'organe gestionnaire individual, ou du président de l'organe gestionnaire collégial). Par les dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation qui sont examinées dans ce travail sont comprises les questions et les formes suivantes de la représentation: a) les règles générales relatives à la représentation et la représentation de la part de la personne non-autorisée (article 95 — 96); b) le commis-voyageur (article 97) et c) le mandataire par l'emploi (article 98).

УГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

I. Уводне напомене

Закон о облигационим односима (ЗОО) поставио је два основна начела када је у питању одговорност за проузроковану штету. Прво начело односи се на забрану проузроковања штете. Друго начело односи се на дужност испуњења обавеза.

Тако, према ЗОО, „свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета" (члан 16). Ако до тога ипак дође, санкција је накнада штете под условима и на начин прописан тим Законом.

Исто тако, према ЗОО, „учесници у облигационом односу дужни су да изврше своју обавезу и одговорни су за њено неиспуњење" (члан 17 став 1). Та њихова одговорност у овом случају састоји се у одговорности за штету коју су тиме проузроковали.

Закон о облигационим односима прави разлику између вануговорне и уговорне одговорности за проузроковану штету. Према њему, вануговорна одговорност постоји у следећим случајевима: када неко другоме проузрокује штету, уколико он не докаже да је та штета настала без његове кривице; када неко проузрокује штету другоме ако та штета потиче од ствари или делатности, од којих потиче повећана опасност штете за околину, без обзира на његову кривицу; и у другим случајевима, у којима је законом предвиђена одговорност за штету која је проузрокована без обзира на кривицу штетника (члан 154). Уговорна одговорност, пак, постоји тада, када је дужник проузроковао штету свом повериоцу из датог облигационог односа тиме што није испунио или тиме што је неправилно испунио своју обавезу (члан 262 став 2 — 4).

У регулисању материје о одговорности за проузроковану штету ЗОО је поступио на тај начин, што је дао релативно потпуне одредбе о вануговорној одговорности, док је о уговорној одговорности дао само оне одредбе, којима је уредио оно што је за њу специфично, а за остало упутио на сходну примену појединих одредаба о вануговорној одговорности за проузроковану штету (члан 269).

Код таквог стања ствари, излагање материје о уговорној одговорности за проузроковану штету према ЗОО прво треба да обухвати изла-

гање његових одредаба о тој одговорности, а затим излагање оних његових одредаба о вануговорној одговорности које се сходно примењују и на уговорну одговорност.

II. Одредбе о уговорној одговорности

Својим одредбама о уговорној одговорности за проузроковану штету ЗОО је регулисао: последице неиспуњења обавезе; ослобођења дужника од одговорности за проузроковану штету; уговорно проширење, ограничење и искључење одговорности; обим накнаде; и одговорност за штету која је проузрокована пропуштањем обавештења.

1. Неиспуњењем своје обавезе дужник је повредио једно од основних начела ЗОО — начело испуњења обавезе из облигационих односа (члан 17 став 1). У смислу члана 262 става 1 ЗОО, дужник је дужан да испуни своју обавезу повериоцу „савесно у свему како она гласи", а то значи правилно. Такво испуњење постоји тада када је обавеза испуњена на одређени начин, у одређено време и на одређеном месту, а то значи испуњење у смислу одредаба члана 296 — 347 ЗОО.

Уколико дужник није ни започео са испуњењем доспеле обавезе „у свему како она гласи", дошло је до његовог неиспуњења. Уколико је он, пак, започео са испуњењем такве обавезе, али то није учинио „у свему како она гласи", онда се ради о задоцњењу са правилним испуњењем обавезе.

Неиспуњење обавезе од стране дужника, поред других последица које оно производи, доводи и до обавезе дужника да накнади штету повериоцу, коју му је тиме проузроковао (члан 262 став 2 ЗОО).

Задоцњење са правилним испуњењем обавезе од стране дужника, поред других последица, исто тако доводи и до обавезе дужника да накнади штету повериоцу, коју му је тиме проузроковао. При томе, према ЗОО, могу настати три ситуације у вези са наведеним задоцњењем. Прва ситуација настаје тада, када је дужник у доцњи са испуњењем његове доспеле обавезе (члан 262 став 2). Друга ситуација настаје тада, када дужник своју доспелу обавезу није испунио ни у примереном накнадном року за испуњење, који му је дао поверилац (члан 262 став 3). И трећа ситуација настаје тада, када је дошло до делимичне или потпуне немогућности испуњења обавезе, која се не може приписати у кривицу дужника, ако је до те немогућности дошло после његовог задоцњења са испуњавањем своје обавезе (члан 262 став 4). У свим тим ситуацијама, као што је већ речено, обавеза је дужника да накнади штету коју је проузроковао повериоцу својим задоцњењем.

2. До ослобођења дужника од одговорности за штету коју је проузроковао повериоцу неиспуњењем или неправилним испуњењем своје обавезе може доћи, према ЗОО, у два случаја.

Први случај постоји тада, када дужник докаже да није крив за неиспуњење или за неправилно испуњење (за задоцњење), или како је

то речено у члану 263 ЗОО, да је до тога дошло „због околности настали́х после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи". При томе, када дужник није могао „спречити, отклонити или избећи" те околности, фактичко је питање које у случају спора цени суд, имајући у виду основна начела ЗОО (нарочито начело савесности и поштења и начело поступања са потребном пажњом у извршавању обавеза), затим одредбе ЗОО о испуњењу обавеза, као и околности конкретног случаја. Али, ваља истаћи да до ослобођења дужника из наведених разлога и под наведеним условима може доћи само ако они нису наступили после његове доцње. У противном случају не долази до ослобођења дужника од одговорности за штету коју је проузроковао повериоцу, већ постоји његова дужност да он ту штету накнади у смислу одредба члана 262 става 2 ЗОО.

Други случај, у коме може доћи до ослобођења дужника од одговорности за штету коју је проузроковао повериоцу, постоји тада када је дошло до делимичне или потпуне немогућности испуњења иако ту немогућност није скривио ако је наступила после његовог доласка у доцњу за коју одговара (члан 262 став 4), али само под условом да он докаже „да би ствар која је предмет обавезе случајно пропала и да је он своју обавезу на време испунио" (члан 262 став 5).

3. Уговорно проширење одговорности за штету коју дужник проузрокује неиспуњењем или неправилним испуњењем обавезе, према ЗОО, може се протегнути на његову одговорност „и за случај за који он иначе не одговара" (члан 264 став 1 ЗОО). Такво проширење одговорности може се односити, на пример на накнадну потпуну или делимичну немогућност испуњења која је наступила док још дужник није пао у доцњу, а он ту немогућност није скривио.

Међутим, уговорном проширењу одговорности дужника ЗОО ставља једну границу. Према његовом члану 264 ставу 2, испуњење уговорне одредбе о проширењу те одговорности не може се захтевати „ако би то било у супротности са начелом савесности и поштења".

4. Искључење одговорности за штету коју дужник проузрокује повериоцу ЗОО дозвољава да буде унапред уговорено само ако је она проузрокована обичном непажњом дужника. При томе, он изричито забрањује такво искључење када је дужник штету проузроковао намерно или крајњом непажњом. Али, на захтев заинтересоване уговорне стране суд може поништити и уговорну одредбу о искључењу одговорности ако је до ње дошло „из монополског положаја дужника или уопште из неравноправних односа уговорних страна" (члан 265 став 1 и 2 ЗОО).

Када је до уговорне одредбе о искључењу одговорности дошло „из монополског положаја дужника", онда је тиме повређено основно начело ЗОО о забрани стварања и искоришћавања монополског положаја (члан 14). Када је, пак, до такве одредбе дошло „из неравноправних односа уговорних страна", онда је њоме повређено основно начело о равноправности учесника у облигационом односу (члан 11). Одредбе ЗОО којима су прописана ова начела императивног су карактера, па се

због тога наведене уговорне одредбе, које суд „може поништити", појављују као противзаконите. При томе, противзаконити уговори или поједине њихове одредбе су ништавне. Међутим, одредбе о искључењу уговорне одговорности, о којима је реч, ЗОО сматра рушљивим јер даје само могућност да оне могу бити поништене. То је схватање у сагласности са чланом 103 ставом 1 ЗОО, према коме су противзаконити уговори ништавни, ако Закон у одређеном случају не прописује што друго.

5. *Ограничење одговорности* за штету коју дужник проузрокује повериоцу ЗОО дозвољава у односу на висину накнаде. Према њему, уговором се може одредити највиши износ накнаде такве штете. Али, то ограничење је условљено следећим околностима: да тако одређена висина није у очигледној несразмери са штетом; или, да штета није проузрокована намерно или крајњом непажњом дужника; или, најзад, за одређени случај да није што друго законом прописано (члан 265 став 3 и 4 ЗОО). Ако постоји нека од наведених околности, ограничење одговорности није пуноважно.

Закон о облигационим односима није изричито одредио карактер неважности ограничења одговорности у изложеним ситуацијама. Али, с обзиром на то да је материја тога ограничења уређена истим чланом којим је уређена и материја искључења одговорности, аналогијом се може доћи до закључка да се и она појављује као рушљивост уговорних одредаба којима је одређена.

6. *Обим накнаде штете*, проузроковане неиспуњењем или неправилним испуњењем обавезе од стране дужника, према ЗОО, обухвата како обичну штету, тако и измаклу корист. При томе, критичан момент за утврђивање ове штете је време закључивања уговора. Висина те штете (обичне штете и измакле користи), пак, везана је за „могуће последице повреде уговора" које је дужник у време закључења уговора „морао предвидети" „с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате" (члан 266 став 1 ЗОО). То је правило од кога ЗОО прописује неколико изузетака.

Тако, уколико је до наведене штете дошло преваром, намерним неиспуњењем или неиспуњењем због крајње непажње, поверилац може захтевати од дужника накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то да ли је дужник знао или није знао за наведене околности из члана 266 става 1 ЗОО (члан 266 став 2 ЗОО). Разлог елиминисања наведених околности лежи у преварном, односно намерном односно у крајњем непажљивом поступању дужника, којим је он уједно повредио и два основна начела ЗОО: начело савесности и поштења и начело поступања са потребном пажњом приликом извршавања своје обавезе (члан 12 и 18 ЗОО).

Исто тако, може се десити да је приликом повреде обавезе од стране дужника поред штете за повериоца настао и неки добитак, ако он у том случају од дужника добије и накнаду проузроковане штете у њеном пуном обиму, имаће више од онога што му припада по пра-

вилима о одговорности за проузроковану штету: добиће више од онога што му припада у висини оствареног добитка, а то значи да ће у тој висини прибавити нешто што му не припада. Да не би дошло до таквог стицања без основа, ЗОО предвиђа да ће се о том добитку „приликом одређивања висине накнаде водити рачуна у разумној мери" (члан 266 став 3). То значи да ће у тој мери доћи до умањења висине накнаде штете.

Закон о облигационим односима, даље, предвиђа још један случај у коме може доћи до смањења висине накнаде штете проузроковане неиспуњењем или неправилним испуњењем обавезе од стране дужника. Тај је случај везан за непредузимање свих разумних мера од стране повериоца да би се смањила штета проузрокована тим неиспуњењем или неправилним испуњењем обавезе. Наиме, према члану 266 ставу 4 ЗОО, „страна која се позива на повреду уговора дужна је предузети све разумне мере да би се смањила штета изазвана том повредом", па ако она то не учини, „друга страна може захтевати смањење накнаде".

Смањење накнаде штете, проузроковане повредом обавезе од стране дужника, ЗОО предвиђа и тада, када за насталу штету, или њену величину, или за отежање положаја дужника, има кривице до повериоца или до лица за које он одговара. У том случају накнада се смањује сразмерно тој кривици (члан 267 ЗОО). При томе, на овом месту ЗОО не садржи одредбу о виду ове кривице, па би се на то односиле одговарајуће одредбе које он даје о кривици у оквиру регулисања вануговорне одговорности за проузроковану штету.

Најзад, према ЗОО, изложена правила о обиму накнаде штете проузроковане неиспуњењем или неправилним испуњењем обавезе примењиваће се и на „неиспуњење обавеза које нису настале из уговора, уколико за поједине од њих није овим законом нешто друго предвиђено" (члан 266 став 5 ЗОО).

7. *Пропуштање обавештења,* које је једна уговорна страна била дужна да учини другој уговорној страни о чињеницама које су од утицаја за њихов међусобни однос, такође може довести до одговорности за штету која је проузрокована повредом те дужности. У том случају, према члану 268 ЗОО, уговорна страна која је пропустила да то учини, одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била на време обавештена.

III. Сходна примена одредаба о вануговорној на уговорну одговорност

Закон о облигационим односима у свом члану 269 предвидео је, као што је то раније већ истакнуто, сходну примену одредаба о „накнади вануговорне штете" и на накнаду уговорне штете када о тој накнади није тај Закон друкчије прописао одредбама којима је регулисао уговорну одговорност, а то значи одредбама члана 262 — 268.

Накнаду вануговорне штете ЗОО је регулисао одредбама садржаним у члану 185 — 205. Тим одредбама он је регулисао: накнаду мате-

ријалне штете (члан 185 — 188); обим накнаде материјалне штете (члан 189 — 192); накнаду материјалне штете у случају смрти, телесне повреде и оштећења здравља (члан 193 — 197); накнаду материјалне штете у случају повреде части и ширења неистинитих навода (члан 198); и накнаду нематеријалне штете (члан 199 — 205). На први поглед изгледа да се од свих тих одредаба на накнаду уговорне штете могу сходно применити само одговарајуће одредбе о накнади и о обиму накнаде материјалне штете (члан 185 — 192).

1. Обим материјалне штете, коју штетник треба да накнади оштећеном по правилима о вануговорној одговорности за проузроковану штету, обухвата обичну штету и измаклу корист (члан 189 став 1 ЗОО). Обим материјалне штете, коју дужник као штетник треба да накнади повериоцу као оштећеном такође обухвата обичну штету и измаклу корист (члан 266 став 1 ЗОО). При томе, законски појам обичне штете и измакле користи ЗОО даје у одредбама о вануговорној одговорности, па се те одредбе сходно могу применити и на уговорну одговорност.

Тако, обичну штету ЗОО схвата и дефинише као „умањење друштвених средстава, односно нечије имовине". Измаклу корист, пак, он схвата и дефинише као спречавање повећања друштвених средстава или нечије имовине. Обична штета и измакла корист, при томе, појављују се као материјална штета (члан 155 ЗОО).

Поставља се питање, зашто је ЗОО напустио раније уобичајене изразе „имовинска штета", „стварна штета" и „изгубљена добит". Када се даје одговор на то питање, треба одмах истаћи да је напуштање израза „имовинска штета" као заједнички израз за стварну штету и изгубљену добит од принципијелног значаја, док је напуштање израза „стварна штета" и „изгубљена добит" мање-више правно-техничког карактера.

У социјалистичкој Југославији, после ступања на снагу Закона о удруженом раду, Закона о облигационим односима и низа других закона, елиминисане су категорије имовина и имовинских права из сектора друштвене својине, па је то за последицу имало и елиминисање категорије имовинске штете из тог сектора. Јер, према наведеним законима, организације удруженог рада и друга друштвена правна лица нису више носиоци имовинских субјективних права и немају своју имовину, као што је то био случај до ступања на снагу наведених закона. Уместо категорије имовине, настала је категорија друштвених средстава у друштвеном правном лицу, та средства користе, њима располажу и наочито њима управљају радници, радни људи и грађани у оквиру појединих друштвених правних лица, и они то чине под условима и на начин прописан законом. Друштвено правно лице има право располагања појединим друштвеним средствима, али то његово право располагања није као оно право располагања које је произилазило из ранијег права коришћења и које је по својој природи било имовинско субјективно право. То право располагања састоји се у томе, што друштвено правно лице у промету друштвених средстава има право да склапа самоуправне споразуме и уговоре и да врши друге правне послове и

радње у оквиру своје правне способности (члан 243 Закона о удруженом раду), с тим што, као што је већ истакнуто, тим средствима управљају, та средства користе и њима располажу радници, радни људи и грађани у оквиру датог друштвеног правног лица. Код таквог стања ствари, у процесу промета друштвених средстава не преносе се имовинска субјективна права са преносноца на прибавиоца јер таквих права на тим средствима и нема, већ та средства прелазе из друштвених средстава у једном у друштвена средства у другом друштвеном правном лицу, или та средства прелазе у друштвену својину, улазе у друштвена средства у датом друштвеном правном лицу и на њима престаје право својине, или, најзад, та средства излазе из друштвених средстава у друштвеном правном лицу, на њима престаје друштвена својина и долази до прибављања права својине. Ето, тачно у тој и таквој концепцији друштвене својине, друштвених средстава и правног промета и лежи разлог напуштања израза „имовинска штета" у сектору те својине, као и ради означавања обичне штете и измакле користи. (1)

Али, за разлику од сектора друштвене својине, у сектору права својине ЗОО није могао елиминисати категорију имовинске штете из простог разлога што у том сектору постоје класичне категорије имовинско субјективно право и имовина, па самим тим постоји и категорија имовинске штете.

2. *Видови накнаде материјалне штете* код вануговорне одговорности за проузроковану штету су успостављање ранијег стања (натурална реституција) и накнада у новцу (новчана или вредносна реституција). У оквиру одредаба о уговорној одговорности ЗОО не садржи одредбе о видовима накнаде материјалне штете (натуралној и новчаној реституцији). Због тога одредбе о овим реституцијама треба сходно применити и на уговорну одговорност.

Натуралну реституцију ЗОО предвиђа као правило. Према том Закону, „одговорно лице дужно је успоставити стање које је било пре него што је штета настала". Међутим, од тога правила ЗОО предвиђа четири изузетка. Први изузетак постоји тада, када успостављање ранијег стања потпуно не отклања проузроковану штету. У том случају, „одговорно лице дужно је за остатак штете дати накнаду у новцу" (члан 185 став 2), а то значи извршити делимичну натуралну и делимичну новчану реституцију. Други изузетак постоји тада, када није могуће успостављање ранијег стања или када суд нађе да није нужно да одговорно лице то учини. У том случају суд ће одредити да одговорно лице исплати одређену суму новца, а то значи да ће доћи до новчане уместо натуралне реституције (члан 185 став 3). Трећи изузетак постоји тада када оштећени уместо натуралне реституције захтева новчану реституцију. У том случају суд ће досудити накнаду проузроковане штете у новцу. Али, суд ће одбити захтев оштећеног ако утврди да „околности датог случаја оправдавају успостављање ранијег стања", а то значи натуралну, а не новчану реституцију (члан 185 став 4). Четврти изузетак постоји тада, када је ствар „која је одузета имаоцу на недозвољен начин

пропала услед више силе": у том случају „одговорно лице дужно је дати накнаду у новцу" (члан 187 ЗОО).

3. *Висина накнаде штете* регулисана је одредбама ЗОО о вануговорној одговорности за проузроковану штету, док о њој нема прописа у одредбама о уговорној одговорности за проузроковану штету. Због тога одредбе о тој висини сходно треба применити и на висину накнаде уговорне штете.

Код одређивања висине накнаде штете постављају се два основна питања када је у питању новчана реституција. Прво се питање односи на време према коме ће се утврдити та висина, а друго се питање односи на цену која ће се узети у обзир приликом утврђивања те висине.

Када је у питању време према коме ће се утврдити висина накнаде штете, могућа су различита решења. Тако, могуће је узети време проузроковања штете. Али, у том случају могуће су осетне промене цена од момента проузроковања до момента накнаде штете, па накнада не би била еквивалентна проузрокованој штети. Могуће је узети време накнаде штете. У том случају могуће је утврдити накнаду која је еквивалентна проузрокованој штети. Али, то је могуће само ако штетник и оштећени постигну сагласност о накнади. Ако дође до спора, могуће је узети време доношења пресуде, а могуће је узети и време њеног извршења. Време доношења пресуде има тај недостатак што се такође могу цене променити од њеног доношења до њеног извршења. Време извршења пресуде, пак, има тај недостатак, што у случају промене настају исте компликације као у претходним случајевима. Због тога је у случају спора ипак целисходно и рационално узети време доношења пресуде, што је као правило поштовао и ЗОО. Према његовом члану 89 ставу 2, „висина накнаде штете одређује се према ценама у време доношења судске одлуке". Овим, ЗОО је допустио и изузетак од тога правила када законом буде одређено „што друго". При томе, „време доношења судске одлуке" треба схватити као време у које је та одлука постала правоснажна тако да је, у случају потребе, могуће њено извршење по правилима извршног поступка.

Када је у питању цена која ће бити узета у обзир приликом утврђивања висине накнаде штете, то ће бити, по правилу, редовна цена, а то значи цена која је формирана за робу или услуге у времену према коме се утврђује висина накнаде штете. Али, када је штета проузрокована тиме „ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника", а то значи према њеној ванредној цени (члан 189 став 4 ЗОО).

Најзад, када је у питању утврђивање висине измакле користи, према ЗОО „узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетном радњом или пропуштањем" (члан 189 став 3).

4. Доспелост обавезе за накнаду штете ЗОО је такође регулисао у оквиру вануговорне одговорности. Према њему, „обавеза накнаде штете сматра се доспелом од тренутка настанка штете" (члан 186).

У оквиру одредаба о уговорној одговорности ЗОО посебно не регулише питање доспелости обавезе за накнаду штете. На ту доспелост, према томе, сходно треба применити одредбу из члана 186 тог Закона.

IV. Завршне напомене

Као што се могло видети из досадашњег излагања, ЗОО није на систематски и целовит начин регулисао материју о уговорној одговорности за проузроковану штету. Он није могао, а није ни требао да то учини. Довољно је што је дао само оне одредбе, којима се регулише оно што је специфично за ту одговорност. Јер, ту одговорност и њено регулисање не треба посматрати изоловано, већ у склопу одредаба о уговорима уопште као и у оквиру појединих посебних уговора, као и у оквиру одредаба о другим облигационим односима код којих може настати штета неиспуњењем или неправилним испуњењем обавезе која из тих односа произилази. Исто тако ту одговорност треба посматрати и у склопу одредаба о дејству обавеза у целини, о престанку обавеза, као и о разним врстама обавеза. Све то даје широке могућности за стваралачку примену ЗОО у пракси у односу на уговорну одговорност, као и за његову стручну и научну обраду.

Код примене одредаба ЗОО на уговорну одговорност за проузроковану штету, и нарочито код стручне и научне обраде те одговорности, увек треба имати у виду њену целину, с једне стране, и њену систематику, с друге стране. Треба имати у виду да су штетник и оштећени код ове одговорности дужник и поверилац као стране облигационог односа из кога је дужник повредио своју обавезу и тиме проузроковао штету повериоцу. Треба имати у виду и то, да код ове одговорности, за разлику од вануговорне, не долази до заснивања новог облигационог односа, већ до промене у садржини постојећег облигационог односа. Код таквог стања и ствари, правни положај штетника и оштећеног код уговорне одговорности у ствари је једнак правном положају дужника и повериоца, јер су то стране једног истог облигационог односа.

Код примене одредаба ЗОО на уговорну одговорност, као и код његове стручне и научне обраде такође треба имати у виду да је за постојање те одговорности потребно постојање штетне радње, штете и узрочне везе. Штетна радња се састоји у неиспуњењу или у неправилном испуњењу обавезе. Одредбе о тој радњи ЗОО није дао у оквиру одредаба о уговорној одговорности, јер то није било ни потребно: ту је материју ЗОО регулисао својим одредбама о испуњењу обавеза из којих с могу извући и одговарајућа правила о неиспуњењу или о неправилном испуњењу. Штету је ЗОО у довољној мери регулисао својим одредбама о вануговорној и уговорној одговорности. Узрочну везу он

само спомиње, употребљавајући израз „проузроковање", као и израз „проузрокује", али уједно и не упуштајући се у ближе одређивање те везе. То није ни могуће дати у закону, то је питање на које одговор дају пракса, као и научна обрада категорије узрочне везе, која је веома сложена и која чак прелази границе облигационог права.

Код наведене примене одредаба ЗОО такође треба имати у виду и то, да до уговорне одговорности за проузроковану штету може доћи само повредом обавезе из пуноважног облигационог односа, и пре свега из пуноважног уговора. Уколико тај однос, и пре свега уговор, није пуноважно заснован, не ради се о уговорној одговорности, већ се може радити о неком од посебних видова вануговорне одговорности за проузроковану штету. При томе, у случају закључења непуноважног уговора, под одређеним условима може доћи до накнаде такозваног негативног уговорног интереса као једног од посебних видова штете. Наиме, према члану 108 ЗОО, „уговарач који је крив за закључење ништавог уговора одговоран је своме сауговарачу за штету коју трпи због ништавости уговора, ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узорка ништавости".

За примену свих одредаба ЗОО, па и одредаба о одговорности за проузроковану штету, изузетну важност и значење имају основна начела тога Закона. Нека од тих начела већ су поменута у ранијем излагању. Али, добар део и осталих, непоменутих начела нису од мање важности за ту примену.

Најзад, треба имати у виду да, како одредбе о појединим начелима, тако и остале одредбе ЗОО, често оперишу таквим категоријама, које се појављују као правила друштвене заједнице или стандарди, и које је немогуће садржински регулисати. Садржину тих правила и стандарда треба одређивати у пракси, приликом примене појединих одредаба ЗОО и нарочито приликом решавања појединих спорова. Садржину тих правила и стандарда такође треба научно обрађивати. Све то треба чинити с обзиром на дати степен развитка, да би се на тај начин омогућила што адекватнија примена појединих одредаба ЗОО и даљи несметани развитак облигационог права социјалистичке Југославије.

др Димитар Поп Георгиев

A SUMMARY

Agreed responsibility according to the law of obligations

The law of obligations has not sistematically and completely regulated the subject of agreed responsibility for the caused demage. In fact, this law could not and is not expected to do that. It is suficient that this law has brought provisions which state what is specific in this kind of responsibility. This responsibility and its regulation could not be considered separately but together with the contract taken in general or in some special contracts. In the same way this responsibility should be considered in the frame of provisions of law of other obligations, whre demage can be caused by failure or by inadequate fulfilment of the obligations, which result out of this obligations. This applies on the provisions about the effect of the obligations in general, on the break and above all kinds of obligations. All this gives wide possibilities for a creative application of the law of obligations in practice in relation with agreed responsibility as its scientific and professional elaboration. Besides, the general view and systematism of the agreed responsibility should be considered. Also for its existence the condition of the action caused by demage, demage itself and relative connection is necessary. The agreed responsibility for the caused demage can only result from the breach of obligation out of the competent obligation and above all competent contract. For the application of the provisions for this kind of responsibility, exceptional significance has the basic principle of the Law of obligation. In respect of the responsibility for the caused demage the first principle is forbidance of causing demage and the second the duty of fulfilment of the obligations.

RÉSUMÉ

La responsabilité contractuelle d'après la Loi relative aux rapports d'obligation

La Loi relative aux rapports d'obligation n'a pas réglementé de manière systématique et complète la matière sur la responsabilité contractuelle pour le dommage causé. En réalité elle ne pouvait pas, et elle ne devait pas le faire. Il est suffisant que cette Loi a formulé seulement les dispositions par lesquelles est réglé ce qui est spécifique pour cette sorte de responsabilité. En effet, cette responsabilité et sa réglementation ne pouvaient pas être considérées isolément, mais dans la sphère des solutions relatives aux contrats en général, ainsi qu'en ce qui concerne certains contrats particuliers. De même, cette responsabilité doit être observée dans le cadre des dispositions de la Loi sur les autres rapports d'obligation dans lesquels peut se produire le dommage par suite de l'inexécution ou de l'exécution irrégulière de l'obligation qui résulte de ces rapports, ainsi que des odispositions relatives aux effets des obligations dans l'ensemble, à la cessation des obligations, ou aux autres sortes d'obligation. Tout cela

donne de larges possibilités à l'application créatrice de la Loi relative aux rapports d'obligation dans la pratique par rapport à la responsabilité contractuelle, ainsi qu'à son élaboration scientifique et technique. Cependant, il faut toujours avoir en vue l'enseemble et la systématique de la responsabilité contractuelle, ensuite, que pour son existence la condition requise est l'action dommageable, le dommage et le rapport causal, ainsi que le fait que la responsabilité contractuelle pour le dommage causé peut avoir lieu seulement par la violation de l'obligation découlant du rapport d'obligation valable et, en premier lieu du contrat valable. Pour l'application des dispositions dans cette forme de la responsabilité les principes élémentaires de la Loi ont une importance fondamentale. Par rapport à la responsabilité pour le dommage causé le premier principe est l'interdiction de causer le dommage, et le deuxième le devoir d'exécuter l'obligation.

ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА

(1) Појам тумачења

Тумачење закона (интерпретација закона) усмерено је на то да се утврди значење и област једне норме. Сходно томе, тумачење изјављене воље у једном уговору има за циљ да се утврди смисао тога уговора. Непосредни предмет тумачења је изражена воља. Под тумачењем подразумевамо делатност која је усмерена на то да утврди смисао, значење изјављене воље, нарочито изражене речима. Свако ко жели да унутрашњу вољу саопшти спољњем свету, треба да предузме потребне радње које се у спољњем свету опажају. Он мора да своју вољу изјави и ова воља се по правилу врши речима. И код законског тумачења и код тумачења уговора се ради о вољи изјавиоца (законодавца односно странке у правном послу). Код тумачења се полази од онога што је изјављено, тј. од воље законодавца односно изјавиоца. Код правних послова унутрашња воља изјавиоца се појављује споља у изјави и циљ је тумачења да се из изјаве сазна права воља изјавиоца. Пошто у уговорном праву важи принцип слободе уређивања облигационих односа (чл. 10 Закона о облигационим односима), тј. да саме странке својим изјавама воље те односе уређују, при тумачењу њихових уговора морамо полазити од њихове воље коју сазнајемо из изјава, при чему морамо водити рачуна како о интересу изјавиоца, тако и оног лица коме је изјава упућена у циљу прихватања.

Док се код тумачења изјављене воље законодавца увек ради о тумачењу речи, тумачење правних послова задаје још веће тешкоће, јер се изјава воље често не даје речима, већ другим радњама странака, које у животу и у правном промету важе као изјаве воље (конклудентне радње), чак ћутањем, пропуштањем изјава, а и кад се изјаве дају речима, поједина правна дејства која треба да наступе, изричито се речима не означавају, већ ова дејства тек треба да се открију тачним разјашњењем читаве ситуације у којој су речи изговорене. Странке у једном уговору мисле на многоструке различите облике односа који могу да настану, али пропуштају да то изричито речима изразе, било због тога што све не могу да предвиде или зато што им недостаје одговарајуће знање. Управо у таквим случајевима где судија тумачењем допуњава изјаву воље странака која има празнине и утврђује истовремено правне последице које за нерегулисане случајеве треба да наступе, показује се да

је тумачење правног посла „вештина" која са питањем доказивања да ли се један догађај одиграо или не нема ничег заједничког, то је правничка вештина усмерена на утврђивање правних последица. (1) У пракси се најчешће као предмет тумачења појављују уговори закључени у писменој форми, поготово кад се ради о привредним уговорима код којих је писмена форма врло честа. Спор поводом усмених уговорних клаузула је најчешће спор око утврђивања да ли је уопште уговор закључен, утврђује се постојање изјављене воље, а то је питање доказивања а не тумачења.

Тумачење значи утврђивање правно обавезујућег смисла изјаве контрахената у односу на питање да ли је и са којим садржајем уговор закључен. Дакле, тумачење је одређивање смисла одређене воље. О томе постоји општа сагласност у доктрини. Али пошто једна изјава воље може имати овај или онај смисао, у зависности са ког аспекта је посматрано — почетна сагласност око дефиниције тумачења нам много не користи. Ако изјаву воље посматрамо са становишта изјавиоца тај смисао може бити сасвим друкчији (субјективно жељени смисао) од адресата изјаве — онога коме је изјава упућена (субјективно протумачени смисао). Од ова два схватања о смислу изјављене воље може се разликовати смисао који се датој изјави приписује од стране већине учесника у правном промету (објективно генерални смисао). Сва ова три значења могу да се разликују од смисла изјављене воље, које би она имала за разумног и лојалног суконтрахента под датим околностима (објективно индивидуални смисао).

Ствар је правног поретка да одлучи који је за њега релевантни смисао, тј. за који смисао хоће да веже одговарајуће правне последице. Одговор на ово питање може бити врло различит у зависности од принципа на коме почивају одредбе о закључењу уговора.

По принципу воље захтева се да се при тумачењу изјављене воље у уговору утврди стварна воља која стоји иза изјаве (субјективно жељени смисао), чиме се несумњиво одучујући значај придаје вољи изјавиоца и једнострано гарантује обезбеђење његових интереса. Теорија воље је израз оног схватања у грађанском праву које заступа неограничену приватну аутономију у циљу безусловне слободе индивидуе. С обзиром на једностраност критерија ове теорије, она се не може применити код уговора код кога постоје узајамни интереси страна уговорница, пошто води рачуна само у једној страни, па се тако воља изражена у уговору не може ни тумачити.

Од исте једностраности принципа воље, пати и принцип смисла дате изјаве посматран овог пута са аспекта странке којој је изјава упућена (суконтрахента). Овде се узимају субјективни критеријуми адресата изјављене воље, па је и резултат такође као и код принципа воље — једнострана заштита интереса страна уговорница.

Ако се у тумачењу уговора пође од изјављене воље, тј. принципа изјаве, речима се придаје онај смисао који речима придаје незаинтере-

(1) Dr. Erich Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3 Aufl. Jena, 1911, стр. 6.

совано треће лице као учесник у промету (објективно генерализирајући смисао). Везивањем за формално чињенично стање изјаве, принцип, изјаве постиже са аспекта правне сигурности у промету максимални учинак, али уз занемаривање правичног решења у конкретном случају. Теорија изјаве почива на замењивању средстава и циљева. Она стоји чврсто везана за средство као циљ самом за себе. Циљ који се остварује на основу института аутономије воља је да се појединцу гарантује сфера у којој он по својој вољи може да уђе у најразноврсније права и обавезе. Средство које му при томе ставља на располагање правни поредак је правни посао у коме је битан саставни део изјава воље. Речи су само средство за остварење циља — изражавање воље. Изјава служи као саопштење воље другим лицима. Ако друга странка којој је вољна изјава упућена због мањивости у изражавању воље сазна ипак за праву вољу свог уговорног партнера, важи оно што се хтело. Постизање циља (остварење воље) не треба да изостане због несавршености средстава (мањивости речи). Пошто се код принципа изјављене воље средство преапсолутизира, у конкретним случајевима долази до решења у којима sumum ius постаје summa iniuria. Противуречи развијеном правном осећају, да се једна изјава потпуно одвоји од конкретног чињеничног стања и да јој се дâ само онај смисао који речима придаје трећа незаинтересована страна као учесник у промету. У првом реду ради се коначно овде о решењу конфликта између два супростављена интереса, па јавни интерес сигурности у промету не може да има одлучујући значај, већ може да дође у обзир заједно са другим критеријумима.

Из принципа поверења следи постулат да се смисао изјављене воље тумачењем тако утврди, да адресат из речи извуче оно значење које се са одговарајућим поверењем речима може дати (објективно индивидуални смисао). Уговор као инструмент правног промета је више него изјава воље једне плус изјаве воље друге странке. Он се састоји из сагласности изјаве воље које чине једну целину и само у тој узајамној игри интереса странака који се у уговору поравнавају лежи његов смисао и вредност. Само у спровођењу ове идеје узајамности добија се хармонични и органски поредак ствари. Овакав приступ спречава искључиво уважавање интереса једне странке без узимања у обзир интереса друге. Са тог аспекта појављује се субјективна воља изјавиоца исто тако значајна и вредна заштите као и субјективни смисао који изјављеној вољи придаје друга страна (адресат). Али се поставља питање како ове обе идеје приближити узајамним обзирима коју стране уговорнице једна према другој морају имати? То се постиже уграђивањем у ове односе принципа поверења. Принцип поверења се заснива на идеји одговорности: свака страна уговорница је одговорна за своју реч, а друга страна треба да у изјаву верује. Однос аутономије воље и принципа савесности и поштења се у области уговорног права претвара у однос воље и поверења. Идеја заштите поверења је произишла из општег принципа савесности и поштења (као највишег начела које важи у промету) и она чак представља његов најбитнији садржај.

Из свега досад изложеног поставља се с правом питање у којим случајевима ће бити суд дужан (свеједно да ли редовни суд или суд удруженог рада) странкама да тумачи уговор, самоуправни споразум и друштвени договор? Очигледно је да ће то бити само онда ако се странке споре о смислу уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора. Ако између учесника о садржини закљученог уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора постоји сагласност, онда суд своју одлуку мора да заснује на оном смислу на коме све странке инсистирају. Он не може да тврди да из њиховог уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора произилази нешто друго што оне не мисле. Супротан став не би био у складу са суштином уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора. Али тамо где сваки учесник у уговору, самоуправном споразуму и друштвеном договору из текста извлачи другчији смисао од других учесника и сматра да произилазе друге правне последице, овај се спор може отклонити само путем тумачења од стране суда. У оваквим ситуацијама се обично ради о случајевима где су сваком учеснику при закључењу уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора речи биле утврђене али оне код других учесника нису биле покривене одређеним представама. Ствар је суда да уз помоћ тумачења утврди да ли схватање свих учесника одговара стварном садржају уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора. Објект тумачења код уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора су изјаве воља странака, а не воље које стоје иза изјава. Које су правне последице учесници хтели да произведу, може да буде предмет доказивања, али не предмет тумачења. Ако на основу доказивања произађе да се последице уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора чије су наступање учесници желели не слажу са садржином уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора коју је суд путем тумачења добио, одговарајућим учесницима мора бити препуштено да ову дивергенцију воље и изјаве отклоне путем оспоравања због заблуде.

(2) Општи (субјективни) критеријуми који важе код тумачења уговора

О тумачењу изјављене воље у правном послу и уговорима у грађанским законицима који су важили до 6. априла 1941. године у нас нема много правила. СГЗ не садржи ни једну одредбу, а АГЗ у новели на стр. 914. предвиђа: „При тумачењу уговора не треба се држати дословно смисла израза, већ треба испитивати намеру странака и уговор тако разумети, како то одговара вршењу поштеног промета". Из овог правила јасно произилази да је искључена свака буквална интерпретација уговора, као и давање смисла речима употребљеним у уговору који би одговарао искључиво вољи једне или друге стране уговорнице — јер изјава воље једне стране уговорнице чини само елеменат уговора, а не цео уговор она је само један „социјални комуникациони акт" који је

по својој природи упућен другој страни уговорници. Циљ је тумачења да се пронађе права — истинска воља контрахената, у чијем проналажењу важну улогу има начело савесности и поштења у промету. Тумачење дакле добија један друштвени смисао — оно тежи утврђивању смисла који изјављеној вољи придаје друга страна уговорница, као коректан партнер који не води рачуна само о својим интересима, већ и о интересима друге стране полазећи при тумачењу појединих речи у уговору и од околности под којима је изјава дата. Дакле, није ствар адресата изјаве да у речима уговора тражи каква је унутрашња воља изјавиоца била када је закључиво уговор, већ да изјави придаје онај смисао какав би јој придао сваки лојални учесник у правном промету руковођен принципом поверења које проистиче из начела савесности и поштења. Дакле, изјаве воља у уговору треба тако тумачити како би их протумачио прималац изјаве коме је упућена руковођен поштењем и поверењем у правном промету — придржавајући се схватања у промету, постојећих правила морала и добрих обичаја. (2)

И наша судска пракса сматра да се „приликом утврђивања стварне воље уговорних странака изјављене уговором суд мора имати у виду правило да се уговор разуме како то одговара схватању поштеног саобраћаја. У правој намери уговорних странака може се судити у вези са условима и околностима под којима би се уговор имао извршавати" (Савезни врховни суд Рев-355/60).

„Једно од правила тумачења јесте да се уговор тумачи тако да има смисла и да одговара поверењу и поштењу у промету" (Савезни врховни суд Рев-675/58).

Наша судска пракса код тумачења уговора иде линијом објективног тумачења речи и појединих израза употребљених у тексту, тј. тумачи поједине изјаве онако како их разуме већина учесника у промету. Овај критеријум би могао да се усвоји ако би се за исправну или погрешну језичку употребу могла да пропише норма за чланове једне језичке групе шта се под појединим изјавама подразумева. Међутим, језик није нешто готово и статично. Поједине речи немају у сваком случају одређено значење као поједини апоени новца који увек имају исту вредност, већ насупрот, једно релативно неодређено и утолико уопштено значење, које се тек употребом језика у реченици одређује. По Larenz-u (3) објективно значење једног израза је оно значење које је разумљиво за један одређени круг лица и према коме се чланови једног таквог круга управљају. Али ту пре свега Larenz мисли на лексичко значење појединих речи. Међутим, речи добијају сасвим друго значење у целини говора, у одређеној ситуацији, јер језик није никада дело већ делатност. Зато је неопходно да у уговору, који представља једну форму језичке комуникације између две равноправне странке, када између њих настане спор шта значе поједини изрази употребљени у

(2) Овакав став у нашој теорији заступа др Борис Визнер: Уговори грађанског и привредног права, Ријека, 1971, стр. 71.

(3) Dr Karl Larenz: Die Methode der Auslegung des Rechtsgechäfts, Frankfurt an Main — Berlin, 1966., стр. 71.

тексту, као и код сваког разговора да пођемо од лица коме је изјава упућена и да утврдимо шта је прималац изјаве под њом разумео. Дакле, битно је питање да ли се прималац изјаве потрудио да изјаву која је њему упућна схвати и разуме тако, шта је под њом мислила противна страна. Ако прималац изјаве не учини никакав напор да схвати учињену изјаву, него је „просто" схвати онако како је он схвата, не постављајући себи питање, да ли оно што је он схватио одговара ономе што је при томе мислила друга страна — аутор изјаве, њему се с правом може упутити прекор погрешне језичке употребе. Ову идеју при тумачењу поставља НГЗ и § 133, по коме, „код тумачења изјаве воље... треба истраживати стварну вољу а не буквални смисао израза" (4). Другим речима страна уговорница треба да тумачи изјаве свог партнера, а не да се држи буквалног смисла израза. Ову идеју, такође понавља § 157. НГЗ (иако у доктрини влада спор о томе да између ова два параграфа постоји противуречност, јер § 133. НГЗ се заснива на теорији воље, а § 157. на теорији изјаве): „Уговоре треба тумачити сходно савесности и поштењу, узимајући у обзир и обичаје у промету". Савесност и поштење овде значи да се уговарачи морају потрудити да схвате изјаву своје стране уговорнице тако како је она изјаву разумела. Није у складу с bona fides ако се једна страна уговорница не труди да разуме изјаву свог уговорног партнера онако како је он и мислио, али иза тога стоји и захтев да то што је он разумео буде меродавно.

Ако судија утврди да се прималац изјаве трудио да изјаву разуме у смислу њеног аутора, њему се не може приговорити погрешна језичка употреба при тумачењу изјаве. Али ако и упркос труда који је уложио прималац изјаве да схвати изјаву као што је схвата њен аутор, то не одговара ономе што је противна страна хтела, то само може да значи да изјавилац није био прецизан и тачан у свом изражавању, и да је он крив што своје изјаве није објаснио, а био је дужан да све оно што каже јасно каже.

Одговорност изјавиоца воље за оно што изјављује у односу на другу страну (адресата изјаве) није никаква нова идеја модерне доктрине уговорног права. Она је већ била јасно формулисана још код римских правника: D2, 14, 39 Papinianus — Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem aperitius conscribere — Стари су сматрали да нејасан и двосмислен уговор иде на штету продавца или најмодавца. D18, 1, 21 Paulus 5 Sab: Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emtori, quia potuit re integra apertius dicere — Лабео пише да све што је нејасно у уговору треба пре тумачити на штету продавца него купца, јер је он, формулишући понуду, требао да буде јаснији. D34, 5, 26 Celsus: Cum quaeritur in stipulacione, qui acti sit, ambiguitas centra stipulatorem est — Ако је нејасно шта је

(4) Случну формулацију садржи и чл. 173. Грчког грађанског законика од 1940.: „Код тумачења изјаве воље треба истраживати стварну вољу, а не држати се речи".

уговорено, нејасноћа иде на штету повериоца. — Што је у уговору нејасно, треба тумачити на штету повериоца. (5)

Ако судија при тумачењу уговора дође до закључка да онако како је разумео прималац изјаве оно што је у уговору изјављено није исправно, то истовремено не значи да ће за уговор бити меродавно оно што је изјавилац хтео. Судија мора да констатује, да ли је оно што је изјавилац мислио и прималац изјаве могао да разуме да је се потрудио и применио одговарајућу пажњу. Појединo лексичко значење речи је релативно неодређено и утолико има опште значење, јер тек кад се служимо речима, кад говоримо добијају оне конкретно, одређено значење. Није довољно да прималац изјаве покуша да схвати значење изјаве и да је дешифрује служећи се лексиком и граматиком. Релативно неодређено значење појединих речи и правила граматике представља у одређеној мери само претходни ступањ разумевања. Оно што говоримо, говоримо увек у оквиру једне ситуације, тј. наше речи су праћене околностима, које нису посебан језик, али су основ за одређивање и разумевање изговорених речи. Из ове ситуационе повезаности изговорених речи произилази, да прималац изјаве, да би разумео шта изјавилац мисли — изговорене речи мора схватити у ситуацији у којој су изговорене, и то не у било којој ситуацији, већ у оној која је примаоцу изјаве била доступна. (6)

Свака страна уговорница, као и код сваког разговора, има и своју сопствену, непоновљиву ситуацију. У њу спадају: тон, пратећи гестови, време, место, повод, циљ, пол, односи страна уговорница, професионални или друштвени положај изјавиоца, његово порекло (странац) и утолико знање језика, контекст говора, преговори итд. Тумачење није, како каже Ларенц (7), апстрактно значење речи, и поред тога што се у одређеним случајевима стварно истражује шта се мислило, оно се не може поставити једнострано на становиште изјавиоца или његовог противника, већ има да се пита које је значење морала изјава да има за његовог противника, које му се у односу на конкретну ситуацију може зарачунати. Тако је метода тумачења истовремено нормативна и индивидуализирајућа: она не полази од замишљеног, већ од правно обавезног, урачунавајућег значења, али ово не одређује генерално већ индивидуално према конкретним околностима и могућношћу разумевања самих странака.

Код сваког тумачења уговора судија мора најпре да утврди да ли је прималац изјаве њу схватио с обзиром на ситуацију у којој је дата. Ако при томе констатује да је он није разумео како то произилази из дате ситуације, потребно је да констатује, да ли је оно што је аутор сво-

(5) На овим идејама се заснива и формулација чл. 1162. и чл. 1602. Code civil-a: „У случају сумње уговор се тумачи на штету онога ко је стипулисао, а у корист онога ко је пружео уговорну обавезу". — Продавац је обавезан да јасно каже на шта се обавезује. Сваки нејасан и двосмислен уговор иде на штету продавца". Сличну формулацију садржи и § 915. АГЗ: „У погодбама обавезним држи се у двојби, да је обавезаник хтео раће узети мањи терет него већи терет; а у погодбама двострано обавезним, речи неразговетне тумаче се на штету онога, који се њима служио."

(6) Dr Demetrios Bailas: Das Problem der Vertragsschliessung und der Vertragsbegründende Akt. Göttingen. 1962, стр. 47.

(7) Dr Karl Larenz: Op. cit. стр. 73.

јом изјавом хтео, прималац разумео или могао да разуме, да је конкретну ситуацију у којој је изјава учињена узео у обзир. Ако је резултат овог истраживања закључак да је прималац изјаву схватио сходно ситуацији у којој је дата, онда то што је разумео је меродавно за тумачење уговора.

(3) Специјална правила тумачења — критеријуми за индивидуализацију код тумачења уговора

Од свих новијих грађанскоправних кодификација Италијански грађански законик од 1942. садржи највише специјалних правила тумачења и овом проблему посвећује 10 чланова (чл. 1362 — 1371). Неки од њих понављају правила која су била садржана у старијим кодификацијама грађанског права, на пример француском Code civil-u у чл. 1156 — 1164. и у пандектној теорији. Међутим има и правила која су потпуно нова, прилагођена данашњим правним схватањима. Зато ћемо најпре њих изложити, пре него што пређемо на критеријуме за индивидуализацију уговора при тумачењу, полазећи од принципа поверења.

Чл. 1362. при тумачењу уговора полази од намере странака: „При тумачењу уговора треба испитати шта је била заједничка намера странака; при томе се не треба ограничити на буквални смисао речи. — Да би се утврдила заједничка намера странака треба оцењивати њихово целокупно понашање после закључења уговора".

Чл. 1363. узима код тумачења укупни садржај уговора: „Код тумачења појединих уговорних одредби треба тумачити једне уз помоћ других и свакој одредби придавати онај смисао који проистиче из целине правног посла".

Члан 1364. поставља критеријуме за уопштене изразе употребљене у тексту уговора: „Ма како уопштени могли да буду употребљиви изрази у уговору, сваки обухвата само предмете о којима су странке хтеле да се споразумеју".

Чл. 1365. третира примера ради наведене случајеве, који објашњавају поједине уговорне клаузуле: „Ако је у уговору ради објашњења појединче одредбе наведен један случај, из тога не треба претпоставити да треба искључити ненаведене случајеве на које се одговарајућа одредба разумно може проширити".

Члан 1366. у тумачењу уговора полази од начела савесности и поштења: „Уговоре треба тумачити према савесности и поштењу".

Члан 1367. усваја критеријум одржања уговора код тумачења нејасних одредби: „У сумњи уговор или поједине његове одредбе треба тако тумачити, да могу произвести било какво дејство, а не да остану без икаквог дејства".

---

(8) Windscheid — Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9 Aufl. Aalen, 1963, стр. 376 фф.

Члан 1368. узима у обзир обичаје у промету: „Клаузуле са више значења треба тумачити према општим обичајима у промету места у коме је уговор закључен. — Код уговора код којих је једна страна предузетник, клаузуле са више значења треба тумачити према општим обичајима у промету места седишта предузећа".

Члан 1369. тумачи изразе са више значења: „Изразе који имају више значења у сумњи треба тако разумети како то највише одговара природи и предмету уговора".

Члан 1370. поставља правило за тумачење нејасних клаузула код општих услова пословања: „Клаузуле садржане у општим условима или у типским уговорима или у формуларима које је једна странка унапред поставила у случају сумње тумаче се у корист друге стране".

Члан 1371. као завршна одредба о тумачењу предвиђа: „Ако уговор упркос примене норми из ове главе остане нејасан, треба га тумачити ако се ради о доброчином послу у корист обавезне стране, а код теретног посла тако да произведе дејство које одговара правичном поравнању интереса страна уговорница".

Под индивидуализацијом уговора подразумевамо узимање у обзир околности које прате један уговорни однос, а то се постиже код сваког уговора на различите начине.

Да свако тумачење уговора захтева обухватно и тачно процењивање свих околности под којима је уговор закључен потврђује и пракса наших привредних судова: „Из постојећих се чињеница види да ни из садржине уговора ни из околности посла не произлази да се овде ради о фиксном послу тј. да су странке хтеле да се уговор раскине уколико тужилац тачно о року не изврши испоруку. Сама околност што је употреба бетноског гвожђа везана за послове грађевинске сезоне, коју околност истиче жалба, никако не значи да је воља странака била да се уговор раскине ако испорука не уследи у року од 8 дана. Ово тим пре што је испорука условљена полагањем осигурања. Уосталом, из садржине туженикових писма, у коме се, између осталог, наводи да је тужени, рачунајући на сигурност закључнице, са испоруком чекао 30 дана, произилази да ни сам тужени није сматрао да се ради о фиксном послу, јер се чекањем на испоруку по истеку рока од 8 дана не може друкчије рачунати. Према томе, правилно је првостепени суд нашао да се овде не ради о фиксном послу већ о обичној прометној испоруци, па се стога противни разлози жалбе не могу усвојити". (Решење Врховног привредног суда Сл-941/62).

Конкретне околности и пратеће околности које су узимају код тумачења појединих уговора, према ономе што је о томе садржано у упоредном законодавству у судској пракси су следеће:

1) Јединствено схватање уговора. Значај појединих реченица, појединих речи може се тек онда схватити ако се оне доведу у вези са другим деловима уговора (такво правило не само да је распрострањено

у законодавству, чл. 1363. Италијанског грађанског законика, већ њега усваја судска пракса у Швајцарској (9), Аустрији (10), Немачкој (11).

2) Узимање у обзир околности које су биле присутне у преговорима око закључења уговора. Код закључења неформалних уговора допуштено је при интерпретацији нејасних клаузула уговора користити све околности из преговора које су странке водиле. Међутим, када се ради о тумачењу једног формалног уговора закљученог у писменој форми, за разјашњење нејасних израза употребљених у тексту, усмени преговори и пропратне околности не могу бити узети у обзир, ако би то противуречило циљу због кога је форма прописана, па сходно томе не могу се нејасне одредбе тумачити тако да се на основу усмених преговора прошире обавезе странака ван онога што из писмено фиксиране садржине уговора произилази.

3) Понашање странака после закључења уговора. Да би се ономе што су странке у уговору изјавиле могло да дâ значење код тумачења појединих нејасних речи које одступа од генералног смисла тих речи у промету, дакле да им се прида посебан смисао, то може бити само онда ако такво посебно значење произилази из понашања странака по закључењу уговора. Код оцене каснијег понашања странака треба бити врло обазрив да ли нови изричити или прећутни споразуми странака не представљају нов уговор.

4) Циљ уговора. Нејасна места у уговору треба тако тумачити да се оствари циљ уговора кога су странке имале при његовом закључењу. Ово правило је нарочито корисно код уговора којим се стварају заједнице интереса (на пример о томе се мора водити рачуна код самоуправних споразума о оснивању радне и друге организације удруженог рада). Овај критеријум тумачења не долази у обзир код уговора који је заснован на противуречним интересима.

Код тумачења увек се мора поћи од тога да странке у једном уговору, правном послу, самоуправном споразуму и друштвеном договору остварују један одређени циљ. Према томе, и тумачење мора бити у функцији тог смисла који произилази из циља уговора, самоуправног споразума и друштвеног договора.

5) Посебни пословни односи и навике страна уговорница. Ако две стране уговорнице стоје по правилу у посебним односима заснованим на поверењу, чак и кад у појединим њиховим уговорима наизглед постоје празнине, сматра се да су оне до сада у својим пословима створиле одговарајуће навике и обичаје, за које се претпоставља да су преузеле у новим уговорима иако о њима није ништа изричито речено. Судија има увек код тумачења појединог уговора најпре да утврди да ли између странака постоје посебни односи који допуштају да се употребљеним речницама и речима прида значење које одступа од уобичајеног.

(9) Dr Karl Oftinger: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schwelzerische Obligationenrecht, 2 Aufl. Zürich, 1973, стр. 46 фф.
(10) Dr Peter Rummel: Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien, 1972.
(11) Dieter Schmalz: BGB Allgemeiner Teil — Juristische Lehrgänge Almmann und Schmidt, Heft, 1, Münster, 1975., стр. 94.

Разлози за такво индивидуално тумачење могу да произађу из самих преговора странака, из закључења уговора на основу одређених проспеката или општих услова пословања, из односа странака итд. Где између странака нема посебних односа, које би употребљеним ознакама саопштавања давале одређени смисао, треба поћи од значења речи који је у промету уопште уобичајен, од месног значења речи или од пословног значења речи. (12)

6) Falsa demonstratio non nocent. Ово правило потиче из римског права и налази своју примну, иако се првобитно односило само на тумачење изјава код тестамента, и на тумачење уговора. Који је домен његове примене? Правило је да воља мора бити изражена да би била пуноважна. Међутим, она може бити изражена и таквим речима које објективно значе нешто друго од онога што је изјавилац стварно хтео. Хоћемо ли у таквом случају изјаву воље пресуђивати према објективној вредности онога што је изјављено? У садржини sentence falsa demonstratio — налази се идеја, да ће важити оно што је изјавилац хтео када постоји разилажење између његове воље и изјаве, ако је супротна страна сазнала за праву вољу изјавиоца, иако се објективно вредност изјаве друкчије схвата. Дакле код изјава воље које су упућене другој страни у циљу прихватања предност има оно значење са којим су оба учесника сагласна у односу на значење које се објективно из њихове изјаве може добити. Усвајањем оваквог правила нипошто не значи да је изјава потчињена вољи. Важи увек „изјава" а не унутрашња садржина „воље" ако није дошла до изражаја у изјави. Али, изјава важи у значењу које она за учеснике има. Ако ови њој придају исто значење онда је оно меродавно, а у другим случајевима оно које изјавилац мора да прихвати с обзиром на могућности схватања противника и оно му се урачунава. (13)

Да falsa demonstratio не шкоди странкама у уговору, сматрају и наши судови: „За оцјену уговора није битно како је уговор назван ни који су изрази у њему употребљени, већ је битно оно што су странке тиме хтеле очитовати" (Окружни суд Загреб, Гж-3635/59).

Примена правила falsa demonstratio non nocent код формалних уговора не долази у обзир. Формални уговор не може имати онај садржај који није у уговору (исправи) наговештен и видљив. Законски прописи о форми имају циљ да странке одбране од закључења непромишљених и пренагљених уговора (функција упозорења) и да јасно одвоје закључење посла од преговора (циљ јасноћа о закључењу уговора. То нису једини циљеви форме: она служи правној сигурности; она гарантује јасан и потпун израз воље; осигурава доказивање садржине уговора; омогућава контролу заштите трећих лица и заједнице; она уклања и поједностављује могуће спорове. Зато се код формалних уговора не може полазити само од обостраног разумевања странака. Многи циљеви форме уговора били би осујећени, ако би заједничка воља странака важила и онда иако није формално изјављена.

(12) Dr Heinrich Titze: Richtermacht und Vertragsinhalt, Tübingen, 1921, стр. 13.
(13) Dr. Karl Larenz: op. cit. стр. 80.

(4) Тумачење уговора према Закону о облигационим односима

Закон о облигационим односима садржи свега четири члана о тумачењу уговора, и они се односе како на уговоре привредног права, тако и на све остале уговоре грађанског права. Најважнија одредба је свакако члан 99. који у себи садржи генерални став како треба вршити тумачење. Најпре је утврђено да се уговор тумачи онако како гласи (ст. 1 чл. 99), тј. ако је јасан несумњив смисао онога што је у уговору речено, нема потребе за тумачењем, ту важи Паулусова максима „Cum im verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio" (Кад су речи писане исправе јасне, не може се доказати да је воља њеног састављача била другачија). Ако би се вршило тумачење јасних уговорних одредби био би повређен основни принцип уговорног права — о слободном уређивању облигационих односа и странкама би се тумачењем подметало оно што оне нису желеле. Ово правило да јасне одредбе у уговору не треба тумачити је универзално прихваћено у теорији тумачења како закона тако и правних послова.

У другом ставу чл. 99. прихваћен је субјективно-објективни критеријум тумачења уговора: „При тумачењу спорних одредаба не треба се држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговарача (субјективни критеријум) и одредбу тако разумети како то одговара начелима облигационог права утврђеним овим Законом" (објективни критеријум). Иако се од заједничке воље полази као примарног критеријума тумачења, заједничка воља странака не може бити апсолутни критеријум приликом тумачења уговора. У случају да се дође при тумачењу до две солуције на основу заједничке воље странака, узеће се оно тумачење као адекватније које је у складу са друштвеним интересима израженим кроз начела облигационог права утврђена у овом закону. А то су следећа начела: поштовање обавеза из закључених самоуправних споразума и друштвених договора (чл. 6); остваривање међусобне сарадње у заснивању облигационих односа и у остваривању права и обавеза из тих односа (чл. 7) понашање на тржишту у складу са начелом јединства југословенског тржишта и утврђеном економском политиком (чл. 9); аутономија воље у оквиру уставом утврђених начела друштвеног уређења, принудних прописа и морала социјалистичког самоуправног друштва (чл. 10); равноправност учесника у облигационом односу (чл. 11); начело савесности и поштења (чл. 12); забрана злоупотреба права (чл. 13); забрана стварања и искоришћавања монополског положаја (чл. 14); начело еквиваленције узајамних престација странака (чл. 15); забрана проузроковања штете (члан 16); одговарајућа пажња која се у правном промету захтева у извршењу обавеза и остваривању права (чл. 18); поштовање добрих пословних обичаја (чл. 21); поступање друштвеноправних лица и грађанско правних лица при заснивању облигационих односа у складу са статутима и другим општим актима (чл. 22).

Поред ове генералне клаузуле о тумачењу уговора, закон садржи и специјалну одредбу у чл. 100 која се примењује код тумачења формулара

ларних и типских уговора који се врло често закључују у привредном праву, када су одредбе садржане у унапред одштампаном формулару нејасне, тзв. правило ih dubio contra stipulatorem: „У случају када је уговор закључен према унапред одштампаном садржају, или кад је уговор био на други начин припремљен и предложен од једне уговорне стране, нејасне одредбе тумачиће се у корист друге стране".

Правило о нејасноћи не може се применити у сваком случају у коме између странака постоји спор о тумачењу поједине уговорне клаузуле. Ако се две стране позивају на различито тумачење једног појма, а нејасноћа се може уклонити путем објективног тумачења по критеријумима разумности и коректности, не постоји нејасноћа у техничком смислу речи. Према томе, правило о нејасноћи није примарни, већ секундарни принцип тумачења, који долази до примене тек ако се другим методама тумачења нејасноћа не може уклонити.

Правило о нејасноћи је ultima ratio поступка тумачења: тек ако све друге могућности тумачења откажу, постоји права нејасноћа и само у том случају може доћи до примене правила о нејасним клаузулама. Ово ограничење за примену правила о нејасним клаузулама нарочито је значајно за судове који га понекад пренебрегавају. Правило о нејасним клаузулама се узима као добродошло средство да се у одори тумачења изврши коректура општих услова. На таквој злоупотреби почивају разлози који се у теорији наводе против примене правила о нејасним клаузулама, да је оно настало под утицајем емоција, да је оно средство за скривену коректуру уговора од стране суда, да има пенални ефкат и да се његов основ налази у потреби заштите потрошача (клијената).

Уместо начелног одбијања правила о тумачењу нејасних клаузула неопходно је изградити јасне претпоставке о примени овог правила. Оправдање за примену правила за тумачење нејасних клаузула не произилази из потребе заштите клијената према општим условима које поставља њихов уговорни партнер, већ из тога што клијенте не погађа уговорна одговорност за садржину тумачених клаузула. Док код нејасне клаузуле која је настала индивидуалним преговорима страна уговорница таква уговорна одговорност постоји и треба изабрати тумачење које одговара објективној вољи страна уговорница, код једнострано обликованих уговорних одредби искључиво једну страну (предузетника) погађа одговорност за садржину ових клаузула, што има за последицу да нејасне одредбе иду на његов терет и у сумњи при њиховом тумачењу треба изабрати решење које је за клијента повољније.

Правило о тумачењу нејасних клаузула код формуларних и адхезионих уговора, који усваја наш Закон о облигационим односима у чл. 100 није инструмент у борби против општих услова пословања. Оно је било познато већ у римском праву и приписивано је Celsusu. Оно је данас формулисано многим законицима. Према чл. 1370. Италијанског Codice civile правило о тумачењу нејасних клаузула примењује се на опште услове пословања и формуларне уговоре. Неограничену примену овог правила заступа АГЗ код свих врста уговора „...код двострано

обавезних уговора нејасна изјава се тумачи на штету онога, ко се њом сложи". Оно је такође предвиђено у чл. 1162. Code civila и чл. 1385. Холанског грађанског законика Чл. 1278. Шпанског Codigo civile изричито предвиђа „код тумачења нејасних клаузула једног уговора не сме се повлађивати она страна, која је крива за нејасноће". Једино НГЗ није прихватио правило о тумачењу нејасних клаузула, пошто су његови творци заузели став, да је истраживање и излагање одредби о тумачењу ствар теорије а не законодавца.

Полазећи од принципа еквиваленције престација у уговору Закон о облигационим односима у чл. 101. поставља допунско правило по коме нејасне одредбе у теретном уговору треба тумачити у смислу којим се остварује правичан однос узајамних давања, а код доброчиних уговора треба тумачити у смислу који је мање тежак за дужника.

Закон предвиђа и вансудско тумачење уговора (чл. 102). Уговорне стране могу предвидети да ће, у случају несагласности у погледу смисла и домашаја уговорних одредби, неко трећи тумачити уговор. У том смислу, ако уговором није друкчије предвиђено, стране не могу покренути спор пред судом или другим надлежним органом док претходно не прибаве тумачење уговора, осим ако треће лице одбије да дâ тумачење уговора.

Пошто Закон о облигационим односима садржи само мали број норми о тумачењу уговора, код њиховог тумачења треба примењивати и сва она правила која је правна теорија изградила и која су данас постала општеприхваћена у овој материји. О томе смо већ говорили излажући ову материју врло екстензивно.

(5) Допуњујуће тумачење уговора — празнине у уговору

Допуњујуће тумачење значи попуњавање празнина у правном послу. Допуњавати се могу како уговори тако и једнострани правни послови (тестамент). Допуњавајуће тумачење се примењује тек ако се констатује да постојећа правила тумачења уговора се не могу применити, а то је случај онда када уговорне стране једну тачку у уговору нису регулисале. При томе странке могу једну одредбу свесно из уговора изоставити, сматрајући да одређену тачку не треба да регулишу или се може радити о несвесном пропуштању странака, јер су одређено питање превиделе или уопште нису могле да га предвиде, јер у време закључења њиховог уговора није ни постојало, већ се касније појавило. У таквом случају постоји празнина у уговору (слично празнини у закону). Често у таквим случајевима помаже сам закон судији у попуњавању празнина у уговору, својим диспозитивним нормама. На пример, странке су се уговором о купопродаји споразумеле о купопродајној цени за одређену ствар али у уговору нису предвиделе ни једну одредбу шта ће бити ако купљена ствар има мане, пошто су сматрале да је ствар без мана. За попуну ове празнине у уговору постарао се сам законодавац својим диспозитивним нормама о одговорности за материјалне недо-

статке (чл. 478 — 479. Закона о облигационим односима), па судско допуњавање уговора стога није потребно. Али, тумачењем може да произађе да попуњавање празнине у уговору у конкретном случају се не може извршити по диспозитивним нормама. Тада те празнине треба да попуни судија, али не по свом нахођењу, већ полазећи од тога шта би странке у таквом случају хтеле да су знале за празнину (хипотетичка воља странака), узимајући у обзир начело савесности и поштења у промету (чл. 12. Закона). Дакле, и овде опет важи и за попуњавање празнина у уговору субјективно-објективни критеријум. Такође треба узети у обзир све околности случаја (мотиве, обичаје у промету, интересе странака, као и циљеве због којих је уговор закључен).

др Драгољуб Стојановић

РЕЗЮМЕ

Объяснение договора

Под понятием толкования договора подразумевается деятельность, направленная к утверждению смысла изъявлений воли сторон договора по отношению к вопросу заключен ли договор и с каким содержанием.

Если между участниками договора сущесвует согласие о содержании заключенного договора, тогда суд должен свое решение вынести в том смысле, на каком обе стороны договора настаиваю. Он не может утверждать, что из их договора происходит нечто другое, не то, что они думают. Противоположные позиции не соответствовали бы сути договора. Но там, где каждый участник в договоре из текста извлекает другой смысл и считает, что из него вытекают другие законные последствия, такой спор можно отклонить только судебным толкованием договора.

Первичный критерий при объяснении договора субъективчый, так как договор всегда объясняется в согласии с действительным совместным намерением сторон, когда это намерение можно утвердить. Если же это совместное намеречие не возможно утвердить, тогда отдельные договорные клаузули, о содержании которых идет спор, объясняются так, как их понимает большинство участников в деле т.е. объективно.

И наш Закон об облигациончых отношениях принимает в статье 99 пол. 2 субъективно-объективный метод объяснения: „При объяснении спорных точек, не следует держаться слово в слово значения употребленных выражений, а нужно исследовать совместное намерение договаривающихся (субъективный критерий) и решение понимать так, как это соответствует началам облигационного закона, утвержденным этим же законом (объективный критерий)".

Кроме этой основной клаузулы о толковании договоров, Закон об облигациончых отношениях содержит и специальные постановления в статье 100, которая применяется при толкивании формальных и типовых договоров, когда постановления, содержашиеся в заранее напечатанном формуляре, неясны, так назыв. Правило „in dubio contra stipulatorem".

Исходя из принципа равноценности возмещений в договоре, Закон об облигационных отношениях в статье 101 принимает дополнительчое правило, согласно которому неясные места в долговом договоре следует объяснять в смысле, которым осуществляется справедливое соотношение взаимчых даяний, а в случае добродеятельных договоров следует объяснять в значении менее тяжелым для должника.

Так как Закон об облигационных отношениях содержит только малое число норм о толковании договора, то при его объяснении следует применять и все те правила, которые создала теория права и которые сегодня приняты в этой материи, о чем и говорилось в этой статье.

A SUMMARY

The Interpretation of Contracts

The interpretation of a contract means the activity directed at the determination of the true sense (meaning) of the statements of will of the contractual parties in respect of the question: has the contract been concluded with a certain content, and what is the nature of that content.

If there is an agreement between the contractual parties over the content of concluded contract, then the decision of the court must be based on the sense (meaning) insisted upon by the contractual parties. The court cannot claim that it has derived a meaning of the wording of the contract differing from that of the contractual parties. A contrary point of view would not be in accord with the essence of the contract. But in a case where each contractual party has an individual version of the sense (meaning) of the wording of the contract, it is upon the court to decide the dispute as to the legal consequences by way of its own interpretation.

When interpreting a contract, the primary criterion is a subjective one, that is, a contract is always interpreted in accordance with the true common intentions of the parties when it is possible to determine them. If it is not possible to determine them, certain clauses of the contract which are disputable as to their meaning, are interpreted in the sense of the understanding of these clauses by the majority of the participants, in other words, objectively.

The Law on the Obligation Relations has adopted the subjective — objective method of interpretation in Article 99.2 which reads as follows: „When interpreting disputable provisions, the literary sense of terms used should not be strictly adhered to, but the common intention of the contractual parties should be investigated (the subjective criterion), and the provisions should be understood in accordance with the principles of obligation law determined by this Act" (the objective criterion).

Besides this general clause on the interpretation of contracts, the Law on Obligation Relations contains a special clause in Article 100. which is applied to the interpretation of formal and tupical contracts, in cases when the provisions contained in the printed part of the form are unclear, in other words, the rule in dubio contra stipulatorem.

Taking the principle of equivalence of praestatio as a point of departure, Article 101 of the Law on Obligation Relations lays down an additional provision to the effect that all unclear clauses in commercial contracts should be interpreted in the sense of realisation of a fair relationship of mutual givings, and in the case of beneficial contracts the interpretation should be in the sense more lenient toward the debtor.

Since the Law on Obligation Relations contains only a small number of provisions on the interpretation of contracts, when interpreting the contract there should be also applied all those rules set forth by the legal theory and which have now been universally accepted in this matter, which has already been mentioned in this text.

RÉSUMÉ

L'interpretation du contrat

Par l'interprétation du contrat on entend l'activité qui est orientée vers le but de déterminer la signification de la déclaration des volontés des parties contractantes par rapport à la question si le contrat est conclu et quel est son contenu.

Si entre les parties conctractantes existe a concordance sur le contenu du contrat conclu, alors le tribunal doit fonder sa décision dans le sens sur lequel insistent les parties contractantes. Il ne peut pas affirmer que de leur contrat découle quelque chose d'autre, ce qu'elles ne pensent pas. L'attitude contraire ne serait pas en conformité avec l'essence du contrat. Mais dans le cas que chaque participant au contrat déduit du texte une autre signification et considère que d'autres conséquences juridiques s'ensuivent, cette contestation peut être éliminée seulement par la voie de l'interprétation de la part du tribunal.

Le critère primaire dans l'interprétation du contrat est subjectif, c'est-à-dire le contrat est toujours interprêté en conformité avec l'intention commune réelle des parties quand cette intention peut être constatée. Si cette intention commune des parties ne peut pas être constatée, certaines clauses contractuelles sur lesquelles les parties sont en contestation en ce qui concerne leur signification, sont interprétées de telle façon comme elles sont comprises par la majorité des participants dans les échanges c'est-à-dire objectivement.

De même notre Loi relative aux rapports d'obligation a adopté dans le deuxième alinéa de l'article 99 la méthode subjectivo-objective de l'interprétation: „A l'occasion de l'interprétation des dispositions contestées il ne faut pas observer à la lettre la signification des expressions employées, mais il faut rechercher l'intention comune des parties contractantes (le critère subjectif) et comprendre la disposition de telle sorte comme cela correspond aux principes du droit des obligations spécifiés par cette Loi" (le critère objectif).

A part cette clause générale sur l'interprétation du contrat, la Loi relative aux rapports d'obligation contient aussi une disposition spéciale dans l'article 100 qui est appliquée dans l'interprétation des contrats formels et des contrats types, quand les dispositions contenues dans le formulaire imprimé d'avance ne sont pas claires, la règle appelée in dubio contra stipulatorem.

En partant du principe de l'équivalence des prestations dans le contrat, la Loi relative aux rapports d'obligation dans l'article 101 établit la règle complémentaire selon laquelle les dispositions qui ne sont pas claires dans le contrat à titre onéreux doivent être interprétées dans le sens par lequel se réalise le rapport équitable des prestations mutuelles, et dans les contrats bienfaisants il faut interpréter dans le sens qui représente une charge mains lourde pour le débiteur.

Vu que la Loi relative aux rapports d'obligation contient seulement un petit nombre de normes sur l'interprétation du contrat, dans son interprétation il faut appliquer toutes les règles que la théorie juridique a exprimées et qui sont devenues aujourd'hui généralement admises en cette matière, dont il a été question dans cet article.

НАКНАДА ШТЕТЕ (ИМОВИНСКЕ И НЕИМОВИНСКЕ) ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

1. Правила о накнади штете садржана у Закону о облигационим односима у великој мери су одређена самим појмом штете који је у Закону прихваћен. По чл. 155. Закона штета је умањење друштвених средстава односно нечије имовине (обична штета) и спречавање њиховог повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (неимовинска односно нематеријална штета). Постоје дакле две врсте штете: имовинска (материјална) и неимовинска (нематеријална). Иако има посебне одредбе о накнади штете проузроковане телесном повредом односно оштећењем здравља, Закону је непознат посебан појам такозваних *телесних штета (штета у телу)*. То није случајно већ је последица свесног опредељења и израз одређене концепције. Закон је пошао од исправног становишта да природа штете није аутоматски одређена врстом нападнутог добра да би се према врсти добра могла правити класификација штета. Неимовинска штета може бити проузрокована повредом тела, уништењем ствари, или нападом на неко морално добро које није саставни део телесног интегритета (част, углед, афекција према некоме). То исто важи и за имовинску штету, која може настати повредом тих истих добара. Штета је или имовинска или неимовинска, треће нема, па се и такозване телесне штете своде на једну од те две врсте, *и то у оном смислу у коме су дефинисане у чл. 155. Закона.*

У овом контексту у Закону је доследно спроведен став да штету не представља само умањење радне способности као такво, нити умањење животне способности, ни сама повреда телесног интегритета. Закон говори о изгубљеној заради услед неспособчости за рад (чл. 195), о претрпљеним душевним боловима услед умањења животне активности, о душевним боловима услед наруженості односно унакажености (не дакле о самој унакажености као таквој); он говори о душевним трпљењима услед повреде части или слободе а не о самој повреди части односно слободе (чл. 200). На овај начин је утрт пут за правилно решење читавог низа важних питања: износа накнада, облика накнаде (који такође зависи и од природе штете), питање права малолетника који још не привређују на накнаду штете проузроковане повредом телесног интегритета, питање основаности захтева за поједине видове штете и избегавање дуплирања накнаде за исти вид штете, питање повећања

односно смањења накнаде досуђене у облику ренте, и низа других питања која су у судској пракси дуго била различито решавана управо зато што није на задовољавајући начин био дефинисан општи појам штете ни тачно дефинисани и разграничени поједини видови штете. Тек кад се у судској пракси увидело да имовинску штету проузроковану повредом телесног интегритета не представља умањење радне способности као такво, већ да је то *изгубљена зарада услед неспособности за рад*, преовладало је исправно становиште да оштећени који у време повреде још не привређује (дете, ученик, студент) стиче право на накнаду штете (у облику ренте) почев од дана кад би према личним и другим околностима случаја почео стицати доходак односно зарађивати, што опет даље значи да рок застарелости тече тек од тог времена а не од дана наношења телесне повреде односно умањења радне способности (правни став усвојен на саветовању судија грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија — представника грађанских одељења републичких и покрајинских врховних судова, одржаном 12. и 13. фебруара 1970. у Врховном суду Југославије, Збирка судских одлука, књ. XV, св. 1., стр. 73; пресуда Врховног суда Србије Гж 1347/71, за ранију праксу в.: Обрен Станковић, Накнада штете у облику ренте, Београд, 1975, н. 37. и сл).

2. По Закону, „оштећеник има право како на накнаду обичне штете, тако и на накнаду измакле користи" (чл. 189. став 1), при чему се, разуме се, узима у обзир корист која се могла основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима а чије је остварење спречено штетниковом радњом(ст. 3). Не постоји, дакле, посебан, за оштећеног мање повољан режим накнаде штете у виду измакле добити (користи), како је то било по предртним правним правилима, и то је добро. Накнада штете у виду изгубљене добити (користи) није мање значајна од накнаде стварне штете. Такозвана постојећа имовина, чијом повредом настаје стварна штета, није у крајњој линији ништа друго него реализована добит. Отуда логички и социјални императив да заштита наших имовинских интереса буде у принципу организована на исти начин било да се они тичу наше постојеће имовине било добити (користи) која се по редовном току ствари или околностима случаја очекује. Ово резоновање утолико више добија у снази што изгубљена зарада услед неспособности за рад, иначе један од најчешћих и социјално најважнијих облика штете, такође представља изгубљену корист (добит), пошто је по самој хипотези реч о заради која је требало да буде остварена а није нити ће бити остварена у будућности. Схватање да изгубљена зарада представља стварну штету (које је дошло до изражаја у неким пресудама наших судова а такође и у аустријској судској пракси) потиче отуда што није јасно разграничена изгубљена зарада од саме неспособности за рад и што се пошло од погрешног схватања да је способност за рад вредност попут оне коју имају ствари а неспособност за рад штета сама по себи, као што је то оштећење односно уништење ствари. Отуда је умањење односно губитак зараде услед делимичне или потпуне неспособности за рад изједначено са умањењем или губитком саме

способности за рад, иако „губитак" односно „умањење" прихода услед неспособности за рад није умањење постојеће имовине већ изостанак зараде која је требало да буде остварена а није нити ће бити остварена. Квалификација изгубљене зараде као стварне штете а не као изгубљене добити (користи) била је и последица тежње да се избегне примена правила по коме оштећеник нема право на накнаду изгубљене добити ако је штетник поступао са обичном непажњом, правила које имају Аустријски грађански законик и Српски грађански законик.

3. Закон није усвојио правило, познато у неким страним правним системима, да се износ накнаде равна искључиво према величини штете (стварне штете и изгубљене добити); правила које је израз математичког начина резоновања, који у установи накнаде штете види првенствено израз закона еквивалентности који влада у односима између два субјекта односно њихових имовина. Закон се овде инспирисао једном другом идејом: да је однос између проузроковача штете и оштећеног један друштвени, дакле људски однос, и да се кроз правила о одмеравању износа накнаде има извршити извесна координација различитих захтева, различитих интереса у питању. Отуда се накнада може досудити у износу мањем од штете кад се кумулативно стекну ови услови: да је проузроковач штете поступао са обичном непажњом; да би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу; да снижење накнаде не представља осетније лишавање за оштећеног (чл. 191. ст. 1). При томе, разуме се, снижење које је незнатно за оштећеника добрих имовинских прилика може представљати огромно растерећење за проузроковача штете који је слабих имовинских прилика. Треба посебно истаћи да се под изложеним условима снижење накнаде може вршити тако да захвати један део изгубљене добити, или целу изгубљену добит па чак и део стварне штете, а могло би се вршити и кад се сва штета за коју проузроковач одговара појављује у облику стварне штете или само у облику изгубљене добити.

4. Значајно правило, са важним практичним последицама, садржано је у члану 186: „Обавеза накнаде штете сматра се доспелом од тренутка настанка штете". Кад је у питању новчана штета (тј. штета која се од самог почетка састоји у губитку новчане суме, било да је у питању стварна штета или изгубљена добит), ово правило ће имати за последицу да камате на досуђени износ накнаде аутоматски теку од дана проузроковања штете, без потребе да штетник буде стављен у доцњу. По постојећој судској пракси камате и овде теку од дана подношења тужбе односно од дана стављања штетника у доцњу, што је неприхватљиво. То правило је изграђено за потребе уговорне одговорности и нема оправдања на подручју деликтне одговорности (код деликтне одговорности оштећеник је често и у материјалној немогућности да штетника, рецимо непознатог лопова стави у доцњу, јер га не зна; уосталом, да ли лопова треба стављати у доцњу, уз санкцију губитка камата за време које претходи стављању у доцњу?).

5. Питање које је у условима сталног опадања куповне моћи новца практично врло значајно а у теорији много дискутовано: да ли је за

одмеравање накнаде штете меродавна прометна вредност уништене односно оштећене ствари у време уништења (оштећења) или у време одлучивања о тужбеном захтеву, Закон решава у члану 189. став 2: „Висина накнаде штете одређује се према ценама у време доношења судске одлуке, изузев случаја кад закон наређује што друго". А по чл. 190, „суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања". Тиме је омогућено да се приликом утврђивања обима штете и износа накнаде води рачуна о прометној вредности ствари у време одлучивања о тужбеном захтеву, али и о другим моментима, кад је то више у складу са основном сврхом коју треба остварити а која се састоји у довођењу оштећеникове имовине у оно стање у коме би се налазила да је штета изостала (тако, суд, на пример, неће уважити нову прометну вредност ако је оштећеник још раније сам, о свом трошку, отклонио штету, у ком случају се штета на ствари de facto претвара у новчану штету; зато ће накнада бити досуђена према ценама важећим у време када је штетник сам отклонио о свом трошку материјалне штетне последице, али ће од тог датума тећи и камате на досуђени износ накнаде штете).

6. Члан 188. садржи правила о накнади у облику новчане ренте у случају смрти, телесне повреде или оштећења здравља. Према ст. 4., „ако дужник не пружи обезбеђење које суд одреди, поверилац има право да захтева да му се уместо ренте исплати једна укупна свота чија се висина одређује према висини ренте и вероватном трајању повериочевог живота, уз одбитак одговарајућих камата".

Према неким одлукама француских судова иако у том погледу не постоји општеприхваћена пракса) приликом капитализирања ренте збир ренти за период вероватног трајања повериочевог живота (узима се у обзир просечан људски век према статистичким подацима) умањује се за једну четвртину или једну трећину, а у неким земљама заузето је становиште да капитализирани износ не може бити већи од укупног износа ренти за петнаест година. За то решење се определио и проф. Михаило Константиновић у Скици за Законик о облигацијама и уговорима (чл. 149. ст. 4). Одредба која је усвојена у Закону о облигационим односима може имати за последицу, кад је у питању млађи оштећеник, да се капитализирањем (чак и уз одбитак међукамата) добије енормна сума, која депонована као штедни улог доноси камате веће од износа ренте на коју оштећеник има право. То за оштећеника може бити мотив (не стварни разлог на који се позива) да захтева капитализирање ренте, о чему судови треба да воде рачуна кад процењују да ли постоје оправдани разлози да се уместо ренте накнада досуди у једном укупном износу. А тамо где постоје оправдани разлози да се накнада досуди у једном укупном износу треба већ приликом утврђивања величине штете (кад је то могуће) водити рачуна да се рента не одреди у износу који, капитализиран и депонован као штедни улог, доноси годишње камате веће од збира месечних ренти за тај исти период.

7. Члан 194. регулише „право лица које је погинули издржавао": „(1) Лице које је погинули издржавао или редовно помагао, као и оно које је по закону имало право захтевати издржавање од погинулог, има право на накнаду штете коју трпи губитком издржавања или помагања. — (2) Ова штета накнађује се плаћањем новчане ренте, *чији се износ одмерава с обзиром на све околности случаја*, а који не може бити већи од онога што би оштећеник добијао од погинулог да је остао у животу".

Право на накнаду штете за губитак издржавања имају дакле лица која су према погинулом имала законско право издржавања али и лица која је погинули давалац само фактички издржавао односно материјално помагао, иако на то није био по закону обавезан. Тако је и по постојећој судској пракси и то је исправно. Теоријски, за настанак права на накнаду штете није неопходна повреда субјективног права већ је довољна и повреда једног легитимног интереса, подразумевајући под тим интерес који је у складу с правом и моралом. А ништа не говори унапред и на један општи начин да се издржавање које није последица законске обавезе противи праву и моралу. И у основи законске обавезе издржавања је морална дужност издржавања, али као морална дужност издржавање је шире, како у погледу круга лица којима закон намеће обавезу издржавања, тако и у погледу строгости услова под којима намеће ту обавезу. Законска обавеза издржавања је израз једне врло строге, врло императивне моралне дужности, ван које још увек постоји врло широко поље такозваног добровољног издржавања и помагања, које је, такође, редовно израз једне моралне дужности, породичне солидарности или легитимних афекција.

У погледу износа накнаде за губитак издржавања услед смрти даваоца издржавања, Закон у ставу 2. чл. 194. садржи, како се види, два правила од којих је оно прво главно: да се износ накнаде одмерава с обзиром на све околности случаја; а друго правило одређује крајње оквире првом: да овако одмерена накнада („с обзиром на све околности случаја") не може бити већа од оног што би оштећеник добијао од погинулог да је остао у животу. Овим правилима се може упутити критика да нису у складу са одштетним карактером ренте и са основним и полазним правилом да се накнада равна према величини штете. Не може основно правило гласити да се накнада за један облик штете одмерава „с обзиром на све околности случаја", кад је износ штете познат. У складу са одштетном природом ренте досуђене за губитак издржавања, а такође у складу са основним правилима која је у погледу одмеравања износа накнаде прихватио сам Закон, у случају смрти законски обавезног лица износ накнаде (висина ренте) морао би се равнати према оном износу издржавања на који је погинули био обавезан, без обзира да ли је своју обавезу извршавао тачно у тој мери или у мањем обиму, или је уопште није извршавао. А ако је обавезно лице давало издржавање у износу већем од онога на који је било обавезно, накнада се у принципу има равнати према мери у којој је обавеза издржавања фактички вршена, пошто накнада за изгубљено издржавање има одштетни а не алиментациони карактер (због чега се равна према стварној величини

претрпљене штете). Овако одмерена накнада могла би се снизити тек ако је и уколико је реч о давањима која знатно одступају од друштвених прилика и околности дате средине икао таква вређају норме социјалистичког морала. Иста правила морала би важити и за одмеравање накнаде у случају смрти фактичког даваоца, који није имао законску обавезу издржавања. — У овом смислу се углавном кретала и наша досадашња судска пракса а мислим да нема никакве законске запреке да тим путем настави, јер су изложена правила у складу са општетним карактером ренте за изгубљено издржавање (који је у Закону сигурно прихваћен), са основним правилима о одмеравању износа накнаде (која се равна према величини штете, а снижење је могуће под условима из чл. 191), а и по самом слову чл. 194. ст. 2. *накнада не може бити већа од онога што би оштећеник добијао од погинулог да је остао у животу*, што значи да нема никакве запреке да буде *равна* ономе што би оштећеник добијао од погинулог да је остао у животу.

8. Изванредно значајну одредбу садржи Закон у чл. 196, који допушта могућност измене износа накнаде досуђене у облику ренте: „Суд може на захтев оштећеника за убудуће повећати ренту, а може је на захтев штетника смањити или укинути, ако се знатније промене околности које је суд имао у виду приликом доношења раније одлуке". Усвојено правило дакле важи било да је у питању рента због изгубљене зараде услед неспособности за рад, било рента због губитка издржавања у случају смрти даваоца издржавања, и у том погледу Закон се разликује од Скице, која у чл. 158. говори само о ренти досуђеној „због телесних повреда". Решење усвојено у Закону је теоријски основаније, пошто су елементи релевантни за решавање исти у оба случаја. Усвајању овог правила претходила је дуга теоријска дискусија, и у нас и на страни, у којој је требало рашчистити доста важних питања (ревизија ренте и монетарни номинализам, ревизија ренте и правоснажности пресуде којом је утврђен износ ренте, права суштина и природа штета за које се досуђује накнада у облику ренте). Ова дискусија још није окончана у свим земљама а правило усвојено у нашем Закону још ће имати да крчи пред собом пут до пуног тријумфа.

Примера ради, по пракси француских судова и француској теорији, у случају ренте досуђене због оштећења здравља, оштећеник може тражити повећање ренте ако се његово здравствено стање погорша (јер сад постоји нова штета коју првом пресудом суд није узео у обзир и у том погледу ствар није пресуђена), али у случају побољшања његовог стања одговорно лице не може тражити снижење ренте, ни престанак ренте ако последице повреде потпуно ишчезну (јер је грешка суда у утврђивању обима штете покривена правоснажношћу пресуде). То схватање није се могло прихватити (у дискусији која је претходила доношењу Закона о облигационим односима) јер почива на погрешно одређеном појму штете за коју се у случају телесне повреде досуђује накнада у облику ренте, као и на превиђању природних разлика које постоје између судског утврђења постојања и обима штете за протекло и за будуће време. Кад досуђује ренту, *која је накнада за будуће изгубљене зараде,*

суд не утврђује стварни губитак зараде по месецима (како то иначе чини код накнаде за протекло време), не утврђује како ће зарада варирати у зависности од побољшања или погоршања стања повређеног и не одређује ренту у различитим месечним износима. Судови увек одређују доживотну ренту у једнаким износима и у висини изгубљене зараде у време пресуде и то је непобитан доказ да не врше никаква предвиђања за будућност, да не узимају у обзир ни евентуална побољшања ни евентуална погоршања. Досуђена је накнада будуће штете али није неопозиво утврђен њен обим (пошто то није ни могуће), тако да одлука о висини накнаде има условно значење: да штета остане иста као у врме пресуде, да не дође до њеног повећања услед погоршања повреде ни смањења услед побољшања стања повређеног. Ако правоснажност прве пресуде није препрека да се у случају погоршања последица повреде новом пресудом износ ренте повећа, онда то није зато што погоршање представља будућу штету која није била обухваћена ранијом пресудом, већ због тога што ранија пресуда не садржи безусловно правоснажно утврђење о обиму будуће штете по месецима, подразумевајући под штетом будуће изгубљене зараде. Из тога даље следи да са гледишта правоснажности прве пресуде нема никаквих сметњи да се у случају ублажења последица повреде, на захтев одговорног лица износ ренте снизи. Са гледишта правоснажности прве пресуде нема никакве разлике између повећања ренте у случају погоршања последица повреде и смањења ренте у случају побољшања последица повреде. Зато је ревизија могућа у оба смера и за то нису потребне посебне и изричите резерве у самој пресуди. Битно је и одлучујуће то како је накнада стварно организована, то што будуће промене нису унапред узете у обзир нити их је могуће узети и износ ренте учинити функцијом тих промена.

Претпоставке за примену члана 196. Закона о облигационим односима нису исте у свим случајевима. За правилно решење овог питања потребно је подсетити у чему се састоји штета за коју се накнада досуђује у облику ренте и узети у обзир релевантне разлике које постоје између појединих врста штета. Постоје две основне врсте штете за које се накнада досуђује у облику ренте и на којима је, може се слободно рећи, изграђена читава теорија ренте као облика накнаде штете: имовинска штета проузрокована телесном повредом и имовинска штета проузрокована смрћу, и то у оба случаја будућа имовинска штета, она која ће бити реализована (и то сукцесивно) по доношењу пресуде.

А имовинска штета проузрокована телесном повредом није телесно оштећење као такво, ни неспособност за рад сама по себи, него је то губитак зараде који је отуда проистекао. Тачност те тврдње види се већ из тога што се висина ренте одређује према висини изгубљене зараде а не према проценту телесног оштећења односно неспособности за рад, и што само телесно оштећење не даје право на накнаду имовинске штете ако није праћено губитком у заради. Код ренте досуђене у случају нечије смрти претрпљена имовинска штета састоји се у изгуб-

љеном издржавању повериоца ренте, које му је давао (односно које би му давао) погинули давалац издржавања.

Одштетни карактер ренте несумњив је у оба случаја и произилази, с једне стране, из општих правила грађанске одговорности, а с друге, из чињенице да обавеза издржавања оштећеног од стране лица одговорног за штету није предвиђена ниједним текстом. Међутим, између изгубљене зараде проузроковане телесном повредом и изгубљеног издржавања проузрокованог смрћу даваоца издржавања постоје релевантне разлике у погледу природе штете, које морају бити узете у обзир приликом оцене услова под којима се врши ревизија већ досуђеног износа накнаде (ренте).

Природа штете и одштетни карактер ренте досуђене због изгубљене зараде у случају неспособности за рад искључују вођење рачуна о порасту животних трошкова и опадању куповне моћи новца, али с друге стране, не само да не искључују него претпостављају вођење рачуна о порасту зараде и то зараде коју би остваривао оштећеник а не о порасту зарада као општој појави у друштву. Те две ствари (пораст зарада с једне, а пораст животних трошкова односно опадање куповне моћи новца, с друге стране) су у вези и иду заједно уопште говорећи, али између њих не постоји поклапање. За неке категорије запослених номинални пораст зараде само ће делимично компензирати пораст животних трошкова и опадање куповне моћи новца, за друге у потпуности, а за треће је могућ пораст реалне вредности зараде. Због тога би повећања ренте у зависности од пораста животних трошкова и опадања куповне моћи новца значило да ће накнада само случајно бити равна штети а да ће редовно бити већа или мања.

Питање повећања ренте која се досуђује у случају смрти даваоца издржавања сложеније је и мора се решавати на нешто другачији начин. Одштетни карактер и ове ренте несумњив је, из чега следи да њен износ не може зависити од имовинских прилика штетника у оном смислу у коме обавеза издржавања зависи од имовинских прилика даваоца издржавања (на штетника не прелази обавеза издржавања коју је имао покојник, него штетник дугује накнаду за изгубљено издржавање). Како се рента утврђује према висини изгубљеног издржавања и како висина овога зависи од могућности даваоца издржавања, с једне, и од потреба примаоца издржавања, с друге стране, то уколико се ове околности мењају после досуђене ренте, оне оправдавају промену њеног износа. Специфичност овог случаја у односу на ренту која се даје као накнада за изгубљену зараду је у следећем. Прво, овде повећање потреба оштећеног примаоца издржавања оправдава повећање ренте, *у мери у којој би и издржавање било повећано да је давалац издржавања у животу* (могуће је у истој мери и снижење ренте ако се потребе примаоца издржавања смање). Друго, при непромењеним потребама оштећеника, пораст животних трошкова довољан је разлог за повећање ренте, *и овде, разуме се, у мери у којој би, да је давалац издржавања жив, изазвао повећање номиналног износа издржавања* (пошто издржавање треба да обезбеди задовољење одређених потреба примаоца; али како његов износ зависи

и од могућности даваоца издржавања, то уколико се као разлог за повећање ренте појављује само пораст животних трошкова а не истовремено и пораст зараде за радно место даваоца, номинално повећање ренте ће редовно бити мање од оног које би било потребно да се пораст животних трошкова у целини компензира, односно да се у целини сачува куповна моћ раније досуђене ренте). Најзад, ако се као разлог за повећање ренте појављује пораст зараде за радно место на коме је радио давалац издржавања, повећање ренте није једнако повећању зараде (повећаном губитку зараде), него само оном делу повећања које би за живота даваоца издржавања припало примаоцу на име повећања издржавања. Једном речи, посао суда је овде очигледно сложенији и тежи и он ће то бити нарочито онда кад се истовремено појављује више разлога за измену висине ренте, који не морају деловати у истој мери па чак ни у истом правцу.

9. Одредбе о накнади неимовинске штете карактерише нарочито наглашена тежња да решења буду у складу са природом штете и специфичном сврхом накнаде, која се остварује у личности оштећеника, и да се накнада ове штете учини што више имуном у односу на деформације којима је подложна. У складу с тим у чл. 200. ст. 1. прописано је да суд може досудити правичну накнаду кад то оправдавају околности случаја, „а нарочито јачина и трајање болова" (што значи да право на накнаду није признато за мање штете), и да ће приликом одлучивања о захтеву за накнаду, као и о висини накнаде, водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи накнада, „али исто тако и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом" (чл. 200. став 2). Право на накнаду неимовинске штете прелази на наследнике само ако је признато правоснажном пресудом или изјавом у писменој форми, а под тим условима оно може бити предмет уступања, пребијања и причудног извршења (чл. 204). Тако је и по најновијој судској пракси, док је по ранијој пракси, као и по Скици за Законик о облигацијама и уговорима (чл. 164) довољно да је о праву на накнаду поведен спор. Релативну новину у односу на стање наше судске праксе представља одредба садржана у ст. 3. чл. 201, по којој „у случају нарочито тешког инвалидитета неког лица, суд може досудити његовом брачном другу, деци и родитељима правичну новчану накнаду за њихове душевне болове". Новина је релативна јер је у том смислу већ суђено у неким случајевима али није постојала општеприхваћена пракса.

Основна правила о накнади неимовинске штете у складу су са природом неимовинске штете како је законодавац схвата а која је у чл. 155. дефинисана као „нарушење другоме физичког или психичког бола или страха"). У складу с тим, Закон не сматра за неимовинску штету умањење животне активности као такво, ни унакаженост саму по себи, ни повреде угледа, части и слободе, или права личности као такве, већ новчану накнаду дозвољава за *„претрпљене душевне болове због* умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица"...

10. О повреди афекција услед уништења ствари (pretium affectionis) Закон говори у чл. 189, ст. 3, у одељку о накнади материјалне штете: „Кад је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника". Ово је мешовит случај у том смислу што се истовремено накнађује и имовинска и неимовинска штета (уколико је ствар поред тржишне вредности још била и предмет посебних афекција њеног власника), а накнада неимовинске штете везује се само за најтежи степен кривице (умишљај). То није у складу са основним правилима којима је у Закону уређена накнада штете односно грађанска одговорност, а по којима је сваки степен кривице довољан за настанак одговорности, ако су испуњени и други услови (посебно што се тиче величине штете, кад је у питању неимовинска штета). Зато се ово одступање не може сматрати оправданим.

11. Закон ништа не говори о једном значајном питању: да ли се инвалиднина одбија од износа накнаде штете и које, имовинске или неимовинске. Зато се ово питање мора решити у смислу општих правила о накнади штете и природи инвалиднине, као и претпоставкама за њено досуђење. Према становишту које је усвојено у читавом низу пресуда инвалиднина се одбија од износа ренте досуђене на име накнаде штете за губитак у заради. То становиште се не може одобрити. Према прописима о инвалидском осигурању услови за признање права на инвалиднину нужно претпостављају релевантно телесно оштећење и неимовинску штету у виду умањења животне активности и појачаних напора, и зато се одбија од износа накнаде досуђене по основу постојања ових облика неимовинске штете. По својој природи она је у ствари минимално обештећење за умањење животне активности и појачане напоре, на које осигураник оштећеник има право без доказивања да је штету претрпео, а ако је стварно претрпљена штета већа, он има право на накнаду по општим правилима, уз захтев да се постојање веће штете докаже (опширније о овоме: Обрен Станковић, Накнада штете у облику ренте, н. 44 и сл).

др Обрен Станковић

РЕЗЮМЕ

Возмещение убытка (имущественного инеимущественного) согласно Закону об облигационных отношениях

Статья посвящена постановлениям Закона об облигационных отношениях из области возмещения убытка, представляющим собой новинку по отношению к довоенным правовым правилам и положениям усвоенным в судбеной практике. Автор особое внимание уделяет теоретическому обоснованию правила, согласно которому за возмещение потерянного прихода применяются те же правила как и за возмещение действительного (положительного) убытка и правила о том, что суд может уменьшить сумму возмещения, причимая во внимание имущественное положение потерпевшей стороны, если виновник за убыток не поступал со злыми намерениями, или же с грубым невниманием, а его имущественное положение таково, что уплата полного возмещения привела бы его к нищете. Значительная часть изложения посвящается постановлениям, которыми возмещение определяется, принимая во внимание обстоятельства, создавшиеся во время принятия решения о исковом требовании (что дает возможность иметь в виду новые цены уничтоженного или же поврежденного предмета), также и постановлениям, позволяющим изменение размера присужденной ренты, если переменились обстоятельства, с которыми суд считался при определении размера ренты. При этом, по мышлению автора, следовало бы иметь в виду: если речь идет о ренте, присужденной из-за потери заработка (в случае уменьшения или потери работоспособности) ревизия была бы возможна только в зависимости от изменения размера заработка на данном рабочем месте (но и не в зависимости от перемены покупательной способности денег); если речь идет о ренте, присужденной из-за утраты содержания вследствие смерти содержащего, должно иметь в виду изменившиеся потребности принимающего ренту, измечившиеся возможности покойного содержащего (которые бы явились, если бы он остался в живых) а также и падение покупательной способности денег (все в границах, в каких бы эти обстоятельства имели влияние на размер содержания, которое бы погибший давал, если бы остался в живых).

A SUMMARY

Compensation of damage (as a propeity and non-property settlement) according to the Law on Obligation Relations

The article is devoted to those regulations of the Law on Obligation Relations covering compensation of damage, representing a novelty in comparison to the pre-war legal regulations and the points of view adopted by court practice. The author especially underlines the theoretical explanations of the regulations under which the same rules apply for the compensation of lost profit as for the compensation of „real" (positive) damage, and the rule under which the court, taking into account the standard of living and financial state of the damaged (injured) party can reduce the amount of compensation if the party inflicting (causing) the damage has not acted with ill intent or gross negligence, while his standard of living and financial situation is such that the payment of the whole amount of compensation would drive him to poverty.

A large part of the work is devoted to those regulations according to which the amount of compensation is meted out with respect to the circumstances existing at the time of hearing on the suit brought for compensation of damage (enabling especially taking into account of the new prices of destroyed or damage goods), as well as the regulations allow-

ing alteration of the sum of rent imposed under the verdict of the court in the event of the change of circumstances the court had taken into account at the time of determination of the amount of rent. Hvaing said that, the author feels that a distinction should be made: if the amount of rent has been imposed by verdict of the court due to loss of salary (wages) resulting from los of working ability or its lessening, a revision would be possible only in dependance of the alteration of the amount of salary (wages) due for a given post (but not in dependance of the purchasing power of the currency); if an amount of rent has been imposed by verdict of the court due to loss of financial support (allowance) resulting from death of the party giving the financial support, the altered circumstances of the recipient of the rent must be taken into account, as well as the altered abilities of the late giver of the support (which would have come about had he not deceased), and the lessening of the purchasing power of the currency (to the extent to which these circumstances would have had impact on the amount of support the deceased would have given had he remained in life).

RÉSUMÉ

La compensation du dommage (matériel et moral) d'après la Loi relative aux rapports d'obligation

L'article est consacré aux dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation du domaine de la compensation du dommage qui représentent une nouveauté par rapport aux règles de droit de la période d'avant-guerre et des attitudes prises dans la jurisprudence. L'auteur s'est particulièrement attardé sur l'exposé des motifs théoriques de la règle selon laquelle pour la compensation du profit perdu les mêmes règles sont valables comme pour la compensation du dommage réel (positif) et de la règle que le tribunal peut, en tenant compte de l'état de fortune de a partie lésée, diminuer le montant de la compensation si l'auteur du dommage ne s'est pas comporté de mauvaise foi ou s'il n'a pas commis une inadvertance grossière et dans le cas que son état de fortune est aussi modeste que le payement de la compensation tout entière le réduirait à l'indigence. Une grande partie de l'exposée est consacrée aux dispositions selon lesquelles la compensation est déterminée en tenant compte des circonstances qui existaient à l'époque de la prise de décision et de la présentation de la plainte (ce qui surtout donne la possibilité de tenir compte des nouveaux prix de la chose détruite ou endommagée), ainsi qu'aux dispositions qui permettent la modification du montant de la rente adjugée si les circonstances ont changé dans une plus large mesure que le tribunal avait pris en considération à l'occasion de la détermination du montant de la rente. Toutefois, d'après l'auteur, il faudrait faire la différence: s'il est question de la rente adjugée à cause de la perte de la rétribution (dans le cas de la diminution ou de la perte de la capacité de travail) la révision serait possible seulement en fonction de la modification du montant de la rétribution pour le poste de travail donné (mais non point en fonction du changement survenu dans la pouvoir d'achat de la monnaie); s'il s'agit de la rente adjugée à cause de la perte de la pension alimentaire par suite de la mort de la personne tenue de l'obligation alimentaire, il faut tenir compte des besoins qui ont subi des changements chez la personne ayant droit à la pension alimentaire, des possibilités modifiées de la défunte personne tenue de l'obligation alimentaire (qui se seraient probablement produites si cette personne était restée en vie) ainsi que de la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie (tout cela dans la mesure dans laquelle ces circonstances exerceraient de l'influence sur le montant de la pension alimentaire que la personne décedée devait payer si elle était restée en vie).

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ОД СТВАРИ СА НЕДОСТАТКОМ

I. Увод

1. Проблем одговорности за штету од ствари са недостатком јесте проблем развијеног индустријског друштва. Скренуо је на себе пажњу правника још крајем деветнаестог и почетком двадесетог века, али их је озбиљније запослио тек последњих тридесет година. Наша најшира правничка јавност не може се похвалити да је с њим добро упозната јер он још није забележен и објашњен ни у једном уџбенику. До ње ће он допрети први пут сада преко Закона о облигационим односима. То је, сигурно, својеврстан парадокс јер земље чија је јавност одлично упозната са овим проблемом нису још увек стигле да га правно нормирају. Али су зато правници тих земаља стигли да о њима напишу тако много као о ретко којем другом питању.

2. Наша правна пракса суочава се са овим проблемом дуги низ година. Постоји и приличан број судских одлука у којима се о њему решава. Неке од њих чак су и публиковане. Међутим, оне нису ни приближно тако бројне као, на пример, у Сједињеним Америчким Државама, Савезној Републици Немачкој и Француској. Посебно ваља рећи да се наши судови нису још изјашњавали о свим питањима из ове материје о којима се данас у свету расправља. Осим тога, за разлику од ситуације у неким другим земљама, ни наша правна теорија није се одушевљавала овом темом (1). Стога није лако рећи како изгледају правила југословенског права о одговорности за штету од производа са маном. Јер она су, у ствари, више у зачетку него у стадијуму развијености. Покушаћу да их, укратко, изложим, руководећи се досадашњом праксом наших судова и Законом о облигационим односима.

II. Појам штете од ствари са недостатком

1. Закон о облигационим односима, у члану 179, прописује:

(1) „Ко стави у промет неку ствар коју је произвео, а која због неког недостатка за који он није знао представља опасност штете за

(1) Колико је мени познато, досад су објављена само три рада о овом проблему.

лица или ствари, одговара за штету која би настала због тог недостатка.

(2) Произвођач одговара и за опасна својства ствари ако није предузео све што је потребно да штету, коју је могао предвидети, спречи путем упозорења, безбедне амбалаже или другом одговарајућом мером".

2. У условима масовне индустријске производње, аутоматизације процеса производње и контроле, као и коришћења разних хемијских материја, производи са маном који носе опасност штете представљају доста честу појаву. Реализација опасности штете од таквих производа није такође ретка у пракси. Дешава се, на пример, да фабричка грешка у кочионом систему аутомобила изазове саобраћајни удес, да неисправни сигурносни вентил доведе до експлозије бојлера за воду, да флаша напуњена сода-водом под притиском експлодира у рукама потрошача, да погрешно справљена вакцина изазове болест, уместо да је предупреди, и сл. Ово нису штете „због мане" ствари у смислу правила о јемству за физичко-хемијска својства и за исправно функционисање ствари, о којима се говори у глави седмој, одсеку другом Закона о облигационим односима. Јер права која се купцу тамо признају служе искључиво обезбеђењу еквивалентне размене чинидби, тј. успостављању нарушене равнотеже имовина на штету купца који је за „добар новац" ређаву ствар купио. Због тога је промашен или угрожен једино циљ који је он куповином желео да постигне, осујећен је типични имовински интерес због којег је правни посао закључен.

Штета о којој је реч у члану 179 Закона о облигационим односима излази из оквира уобичајеног интереса купца; није „штета због мане", већ „штета од мане". Она се не састоји у умањеној тржишној или употребној вредности прибављеног производа, већ у претрпљеном губитку на осталим правно заштићеним добрима купца: телу, здрављу, животу или стварима. За њу су уобичајени изрази: секундарна, споредна, посредна, пратећа или рефлексна штета. Наши судови служе се, најчешће, изразом „рефлексна штета", полазећи од чињенице да се она одражава (рефлектује) на остала добра купца. И ова штета настаје зато што је ствар имала неки недостатак који је настао у сфери њене производње (конструкцијски или фабрички недостатак). Он чини да ствар има неуобичајена, опасна својства која не би смела имати. И управо таква својства представљају узрок штете у конкретном случају. Али опасност штете могу стварати и нормалне особине ствари, тј. особине које се не могу избећи (на пример, флаша напуњена сода-водом под притиском). Осим тога, производ може бити опасан и без мане зато што му недостаје упутство за употребу (2), упозорење на могућност штете под одређеним условима (на пример, да је лек штетан за труднице), безбедна амбалажа или нека друга одговарајућа мера.

(2) Закон о југословенским стандардима и нормама квалитета производа одређује дужност произвођача, односно увозника да одређену робу могу стављати у промет само уз техничко упутство (члан 50).

III. Заштићена и одговорна лица

1. Од рефлексне штете заштићен је, најпре, последњи купац или потрошач производа. Поред њега, заштићена су и лица која ствар употребљавају уз његову сагласност (овлашћени корисници). То су, пре свега, чланови породице купца, али и друга лица која ствар користе са његовим пристанком. Осим тога, право на обештећење ваља признати и трећим присутним лицима која су се случајно нашла у близини ствари у време штетног догађаја. Тако је, на пример, Врховни суд Хрватске стао на становиште да за штету насталу у саобраћајном удесу, због фабричке грешке у кочионом систему моторног возила, произвођач и продавац одговарају не само купцу аутомобила, већ и трећим лицима (3).

2. Правичност, несумњиво, захтева да потрошач и трећи буду обештећени за штету од ствари са недостатком, али се поставило питање кога треба обавезати на накнаду. Ово питање условљено је тиме што је ствар од које је штета потекла произвело једно, а продало оштећеном купцу друго лице. Извесно је да је мана настала у сфери производње, али произвођач не стоји ни у каквом правном односу са купцем ствари из којег би се могла извести његова одговорност за штету. С друге стране, продавац, иако је у уговорном односу са купцем, нема увек могућност да робу пре предаје испита и да утврди постојеће мане па да ону са манама врати произвођачу. На пример, онај ко продаје лекове, животне намирнице, ствари за домаћинство, аутомобиле и робу у оригиналном паковању, све мање зна шта, у ствари продаје. Он је само обичан дистрибутер робе.

3. Ова дилема осетила се и у пракси југословенских судова, нарочито у прво време. Извесни судови су сматрали да дужност накнаде треба да терети само продавца, а не и произвођача ствари јер он не стоји у уговорном односу са оштећеним. То је, на пример, било становиште Врховног суда Црне Горе, које је дошло до изражаја у једном спору. Десио се, наиме, случај да је задруга продала тужиоцу концентрат за исхрану живине који је садржавао и неке штетне састојке, услед којих су многе кокошке тужиоца угинуле, док су друге оболеле и, готово, престале да носе јаја. Оштећени купац поднео је тужбу за накнаду штете против продавца и против произвођача концентрата. Окружни суд у Титограду усваја тужбени захтев јер сматра да су продавац и произвођач солидарно одговорни за штету (4). Решавајући по жалби, Врховни суд Црне Горе преиначује пресуду првостепеног суда и обавезује на накнаду једино задругу која је концентрат продала. Против произвођача је одбио тужбени захтев са образложењем да се он не налази у уговорном односу са тужиоцем (5).

Међутим, поступајући по ревизији, Савезни суд Југославије укида пресуду Врховног суда Црне Горе. У образложењу своје одлуке он истиче

(3) Пресуда Врховног суда Хрватске Гж. 145/1976—2, од 27. 4. 1976, којом је потврђена пресуда Окружног суда у Загребу П-375/70, од 23. 4. 1973.
(4) Пресуда П-бр. 1/64, од 16. 9. 1964.
(5) Пресуда Гж. 63/65, од 5. 3. 1965.

да се спор не може решити искључиво применом правних правила о обавези заштите од физичких недостатака ствари, већ да ваља применити и правила о накнади штете. Суд сматра да по основу деликтне одговорности може купцу одговарати и *произвођач робе* јер то захтевају услови савремене производње и промета (масовност производње и промета, оригинално паковање робе, индустријска производња животних намирница, производња компликованих апарата за употребу у домаћинству и сл.). У таквим условима појам деликтне одговорности, по мишљењу суда, ваља широко тумачити. „Та одговорност, по правилу, не искључује уговорну одговорност непосредног преносиоца (трговине), већ постоји упоредо са њом на начин да оштећени може, по правилу, захтевати самосталну накнаду штете само од преносиоца (на основу повреде уговора) или само од произвођача (на основу деликтне одговорности), или корелативно од оба штетника. Ако је тужено предузеће у концентрат за исхрану живине, као произвођач, умешало неке састојке који штетно делују по живот или здравље живине, тада је очевидно поступало противправно, па има по основу деликтне одговоронсти одговарати за штету која је услед тога настала у имовини тужиоца... Према томе, само по основу тога што тужилац није са друготуженим био у уговорном односу, захтев тужбе за накнаду штете није се могао одбити" (6).

4. У више одлука, не само Савезног суда, већ и врховних судова социјалистичких република, дошло је до изражаја схватање да је произвођач ствари одговоран купцу за рефлексне штете од ње. Примера ради, да поменем још одлуку Вишег привредног суда у Загребу Сл. 108/75, од 11. 2. 1975. у којој стоји: „Купац цемента који трпи штету при градњи стамбеног објекта, услијед квалитативних недостатака цемента, има право да тражи накнаду штете и од радне организације која је ставила у промет цемент, и од произвођача (творнице) цемента" (7). И Закон о облигационим односима за штету од ствари са недостатком чини одговорним њеног произвођача. Пошло се од тога да је произвођач створио опасност штете од ствари са маном, макар и несвесно, и да он треба да сноси и ризик њеног реализовања.

5. Међутим, поставило се било питање ко ће одговарати у случају кад је штета потекла од ствари коју није произвело само једно лице, већ више њих, у кооперацији. Зна се да у правима појединих земаља оно није решено на јединствен начин. Наши судови определили су се за становиште да оштећеном одговара искључиво финални произвођач, тј. онај под чијим се именом ствар продаје. Десио се, на пример, случај да је, услед неисправности сигурносног вентила, експлодирао бојлер за воду са високим притиском и нанео штету купцу. За разлику од првостепеног суда, који је прихватио *подељену* одговорност кооперената, Врховни суд Хрватске стао је на становиште да „према потрошачу мора наступити основни и регистрирани произвођач као одговорни субјект, без

(6) Рев. 213/65, од 23. 7. 1965.
(7) Ова одлука објављена је у „Прегледу судске праксе у години 1975", број одлуке 335.

обзира на то ко све производи и уграђује поједине делове у основни строј односно за његово функционисање". Оштећеног се не тичу односи основног произвођача са његовим кооперантима, који њему могу бити и познати и непознати. Финални произвођач има, дакле, да одговара и за своје кооперанте. То је, по мишљењу суда, „правна норма која је прихваћена у пословном свету и на тржишту, у интересу промета, пословног морала и јасно одређених узајамних права и обавеза корисника, произвођача и трговине" (8). Савезни суд, решавајући о ревизији против ове одлуке, прихватио је у целини становиште Врховног суда Хрватске (9).

Са произвођачем ствари изједначен је у погледу одговорности и посленик по уговору о делу (на пример, сервис за моторна возила). Али ако је штета настала од ствари коју је произвео инострани произвођач и која је увезена, одговорност, уместо произвођача, сноси увозник (10).

6. Поред произвођача ствари, одговорност за рефлексне штете погађа и непосредног продавца. Ово правило садржано је у члану 488, ст. 3. Закона о облигационим односима, који каже да „продавац одговара купцу и за штету коју је овај због недостатка ствари претрпео на *другим својим добрима*" (подвукао Ј. Р.). Он одговара паралелно и солидарно са произвођачем. Ово је и досад било становиште праксе наших судова. Међутим, ни до њега се није дошло без двоумљења. Да је тога било, показује најбоље један случај који је пресудио Врхвони суд Социјалистичке Аутономне Покрајине Војводине. Купац је претрпео био штету услед експлозије флаше напуњене сода-водом под притиском па је тужбом за накнаду устао против произвођача и продавца. Суд је прихватио тужбу против фабрике која је пунила флаше са сода-водом, али је одбацио тужбу против продавца. У образложењу ове пресуде речено је да „трговачка мрежа која је продала предметну флашу тужитељици не може бити одговорна за накнаду штете проузроковане експлозијом флаше пошто је она само *посредник* (подвукао Ј. Р.) у растурању флаша са сода-водом" (11). На срећу, ово гледиште које је, очигледно, на уштрб интереса потрошача робе, није подржано у одлукама других судова. Напротив, преовладало је схватање да одговорност продавца није потиснута одговорношћу произвођача, већ да оне постоје паралелно. Оштећени купац има, значи, право да бира кога ће тужити за накнаду: произвођача или продавца, или обадвојицу. Али кад буде обештећен од једног дужника, губи право да се обрати и другоме.

7. Најзад, треба рећи да за штету која потиче од ствари која је опасна и онда кад нема никаквих мана одговара ималац ствари. Он се не може бранити приговором да је штета настала услед мана у фабричкој изради. Али пошто исплати накнаду оштећеном, ималац стиче право

(8) Одлука Врховног суда Хрватске Гж. 963/1963—2, од 28. 6. 1963.
(9) Његова је одлука Рев. 3420/63, од 26. 2. 1964.
(10) Видети одлуку Врховног суда Хрватске Гж. 2556/75, од 9. 6. 1976. и одлуку Гж. 4547/74, од 27. 5. 1976, објављене у „Прегледу судске праксе у години 1976", број 10, број одлуке 69.
(11) Пресуда Врховног суда АПВ Гж. 837/62, од 29. 9. 1962, „Збирка судских одлука", књ. 7., св. 3., број одлука 313.

регреса према произвођачу, односно продавцу ствари са маном. Уместо имаоца ствари и исто као он, одговара лице коме је ималац поверио ствар да се њоме служи, или лице које је иначе дужно да је надгледа, а није код њега на раду. Ималац неће одговарати ни у случају кад му је ствар одузета на противправан начин, него онај који му је ствар одузео, ако ималац за то није крив (чланови 174, ст. 1., 175 и 177, ст. 1. Закона о облигационим односима).

IV. Основ одговорности

1. Одговорност за рефлексне штете од ствари може бити уговорне и неуговорне природе, што зависи од тога да ли оштећено и одговорно лице стоје у уговорном односу. На пример, продавац одговара купцу по основу уговора о продаји. Он одговара не само зато што ствар има мане које сметају њеној употреби или јој умањују тржишну вредност, већ и зато што оне изазову штету на осталим његовим правно заштићеним добрима купчевим. Али произвођач који није уједно и продавац ствари одговара по основу неуговорне одговорности. Пошто се ова одговорнст код нас заснива на генералној деликтној норми (neminem laedere), није тешко да се и одговорност произвођача изведе из те норме. Општа је дужност свих да производе прописану и бесприкорну робу. Њу утврђују законски прописи о југословенским стандардима и нормама квалитета производа, као и други посебни прописи. Стављање у промет производа са недостатком који прети опасношћу штете за људе или ствари представља правно недопуштену радњу или деликт. Ако се тако створена апстрактна опасност реализује конкретном штетом, деликвент мора одговарати.

2. Иако прихватају теоријско разликовање између уговорне и неуговорне одговорности, наши судови, за разлику од судова других неких земаља, не сматрају да се оне међусобно искључују. Другим речима, они допуштају могућност *конкуренције* захтева за накнаду штете по оба основа. Стога се међу уговорним партнерима могу истицати и неуговорни захтеви за накнаду. Претпоставка за то јесте да је лице од којег се накнада тражи повредило не само своју посебну обавезу из уговора, већ и општу законску обавезу да се другоме не наноси штета (члан 16. Закона о облигационим односима). Ако је та обавеза и уговорне и законске природе, онда и одговорност за штету може бити и уговорна и неуговорна. Општа забрана да се другоме не начини штета индивидуализирана је и појачана уговорном обавезом која је усмерена према истом циљу („A minore ad maius").

Ипак, ваља приметити да становиште о допуштености кумулирања уговорних и неуговорних захтева за накчаду према истом лицу судови не спроводе увек доследно и непоколебљиво. Десио се, на пример, случај да је продавац продао купцу известан број црних прасића који су били заражени сточном кугом. Они су инфицирали и остале, беле прасиће купчеве па су, услед болести, угинули и једни и други. О тужби

за накнаду штете решавао је, у последњој инстанци, и Савезни суд. У образложењу своје пресуде овај суд каже да се потраживање тужиоца за штету услед угинућа белих прасића може заснивати *једино* на правилима *о неуговорној одговорности*. Само одговорност за угинуће црних (продатих) прасића може се, по мишљењу суда, заснивати на уговорним правилима о јемству (12). Међутим, у другим неким одлукама овај суд имао је другчији став. Стога мислим да ваља узети да наше право допушта могућност конкуренције уговорних и неуговорних захтева за накнаду рефлексне штете од ствари.

3. Питање да ли је кривица услов одговорности за рефлексне штете није изазивало веће тешкоће у пракси. Одговорност произвођача заснива се на самом факту што је произвео ствар са недостатком и ставио је у промет. У томе би ваљало видети његово несавесно пословање и његову кривицу за штету. Међутим, судови не изводе његову одговорност из кривице јер би му у том случају ваљало признати и могућност доказивања да није крив, што би, макар теоријски, могло оштећеног оставити без накнаде. Стога је прихваћено становиште да произвођач ствари одговара *без обзира на кривицу*. Њега је усвојио и Закон о облигационим одчосима па је правила о одговорности за штету од ствари са недостатком прописао у одсеку посвећеном одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности. Произвођач је стављањем ствари у промет створио ризик штете по друге и он има да одговара за тај ризик. Да ли је он знао за недостатак коју ствар има и да ли је могао знати, то је, начелно, ирелевантно. Једном речју, ствар са недостатком има карактер опасне ствари и за штету коју она проузрокује важе, по нашем праву, правила о одговорности без обзира на кривицу. Оштећени треба само да докаже да је претрпео штету и да је она последица недостатка, односно особине ствари која је чини опасном. Произвођач може рачунати са ослобођењем од одговорности једино ако докаже да штета у конкретном случају није последица недостатка, односно особине ствари, већ више силе, кривицом оштећеног или трећег.

4. За разлику од произвођачеве, продавчева одговорност одвија се „по општим правилима о одговорности" (члан 488, ст. 3 Закона о облигационим односима). Продавац ће одговарати само ако је крив за штету, тј. ако је знао или могао знати да ствар коју продаје има недостатак, односно особину која је штету изазвала. Јер и он је дужан да се стара о томе да у промет не доспе ствар од које прети опасност штете. Ако је произвођач крив што је произвео и ставио у промет ствар са маном, продавац је крив што је њу продао другоме. Оштећени није, међутим, дужан да докаже кривицу продавчеву јер се она претпоставља. Али претпоставка кривице није апсолутне природе јер продавац може доказивати да није крив, тј. да није знао нити је могао знати за недостатак или особину ствари која је узрок штете. Претпоставка његове кривице има, дакле, значај доказа prima facie.

(12) Овај спор није завршен пресудом јер је у међувремену предлагач одустао од захтева за заштиту законитости, али је аутор сазнао став Савезног суда из нацрта његове одлуке Гж. 1/68.

V. Суштина захтева оштећеног

1. Захтев за накнаду рефлексне штете обухвата штету због телесне повреде и оштећења здравља, због смрти и због штете на стварима. Једном речју, оштећени може захтевати од одговорног лица да му накнади и имовинску и неимовинску штету. Под имовинском штетом треба разумети позитивчу или обичну штету и измаклу добит. Држећи се правила из аустријског Грађанског законика (§ 1324), наши судови су, све до 1969. године, стајали на становишту да се накнада измакле добити може захтевати само под условом да је штетник њу проузроковао поступајући намерно или са грубом непажњом. Ако је то учинио обичним или лаким нехатом, припада му једино право на накнаду позитивне штете.

Међутим, 1969. године они су напустили гледиште о пропорционалности кривице и накнаде и приклонили се принципу „све или ништа". До заокрета је дошло после саветовања Грађанског одељења Савезног суда и судија-представника грађанских одељења републичких и покрајинских врховних судова, које је одржано 26. и 27. јуна 1969, у Београду, и на коме је утврђен овај правни став: „У случају оштећења или уништења ствари, оштећени има право на потпуну накнаду штете (обичне штете и измаклог добитка) без обзира на ступањ кривице штетника, изузев ако је прописом друкчије одређено" (13). И Закон о облигационим односима полази од схватања да оштећеник има право како на накнаду обичне штете, тако и на накнаду измакле користи (члан 189, ст. 1). Али код уговрне одговорности он ово становиште ублажава. У члану 266. прописује, наиме, да поверилац има право на накнаду обичне штете и измакле користи, које је дужник у време закључења уговора морао предвидети као могуће последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате. Само у случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право на накнаду целокупне штете која је настала због повреда уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале.

VI. Приговори против захтева за обештећење

Од захтева за накнаду рефлексне штете штетник се може бранити овим приговорима: приговором кривице самог оштећеног лица, приговором да је одговорност унапред искључена и приговором да купац није обавестио продавца о манама ствари.

А. *Приговор кривице оштећеног.* Право на накнаду рефлексне штете претпоставља коришћење ствари у уобичајене сврхе, тј. сврхе за које је она објективно подобна. Ако потрошач користи њу ненаменски и

(13) Овај став објављен је у „Збирци судских одлука", књига 14., свеска 3., страна 110.

непрописно, може му се приговорити да је сам крив за штету која га је задесила. То се може рећи и за купца који зна за недостатак ствари а ипак је купује, односно употребљава, под условом да је штета настала баш од тог недостатка. Међутим, кривица оштећеног ретко кад представља једини узрок штете, већ има, претежно, за последицу сразмерно умањење накнаде (14). Посебно ваља рећи да се оштећеном не може уписати у кривицу неправилно руковање ствари, ако је произвођач пропустио да даде потребна упутства о томе како да се она употребљава и да предочи штетне последице које могу настати услед неправилне употребе (15).

Б. *Приговор споразумног искључења одговорности.* Начелно, клаузуле о неодговорности допуштене су и за рефлексне штете. Услов је једино да оштећени стоји у уговорном односу са дужником накнаде. Другим речима, онај ко жели да се ослободи одговорности за штету од ствари може то учинити само директним споразумом са потрошачем, а не и уговором на терет трећег. Једностране изјаве воље са којима се потрошач није сагласио не могу утицати на његово право на обештећење. Осим тога, треба нагласити да су могућности искључења одговорности сведене на минимум и због других разлога. Пре свега, лица која одговарају независно од кривице не могу се, већ по самој природи ствари, користити клаузулама неодговорности. С друге стране, то не могу чинити неограничено ни она чија се одговорност заснива на кривици јер је становиште судске праксе и правне теорије да се одговорност за штету изазвану намерно или крајњом непажњом не може унапред искључити (16). Према томе, могуће је искључити одговорност једино за обичан нехат. Ово решење прихваћено је и у Закону о облигационим односима. Шта више, на захтев заинтересоване стране, суд може поништити одредбу о искључењу одговорности и за обичну непажњу, ако је такав споразум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна (члан 265, ст. 1. и 2.).

В. *Приговор необавештавања продавца о манама ствари. 1.* Правило је да купац губи право по основу јемства за квалитет ако робу није, одмах по пријему, прегледао и о уоченим манама, без одлагања, обавестио продаваца. Ако је реч о скривеним манама које нису могле бити уочене приликом пријема, приговор се мора саопштити продавцу у року од осам дана од дана откривања недостатка, а код уговора у привреди без одлагања (члан 482. Закона о облигационим односима). Поставило се, међутим, питање да ли и право на накнаду рефлексне штете зависи од стављања овог приговора.

У пракси привредних судова устаљено је било гледиште да је и право на накнаду рефлексне штете условљено такође благовременим

(14) Према најновијој пракси југословенских судова сразмера се има утврдити увек по слободној оцени, тако да не долази до примене правило да се, због немогућности прецизног утврђивања сразмере, штета дели на једнаке делове. И Закон о облигационим односима стоји на томе становишту (члан 192, ст. 2.).

(15) Одлука Савезног суда Југославије Рев. 1733/63, од 26. 5. 1964.

(16) Видети, на пример, пресуду Савезног суда Гзс. 50/74, од 24. 12. 1974, објављену у часопису „Правни живот", 1976, број 4., стр. 78 — 79.

приговарањем квалитету робе. Међутим, редовни судови имали су различита мишљења о овом питању. Једни су делили мишљење привредних судова и сматрали да је купац који не стави приговор на квалитет робе преклудиран и у праву на накнаду рефлексне штете (17). Ово становиште заснива се на схватању да је купчево право по основу јемства за квалитет робе *главно право*, док је право на накнаду рефлексне штете *споредно* (акцесорно). Логична последица таквог њиховог односа јесте да губитак главног повлачи и губитак споредног права. Друго је опет гледиште да је право на накнаду рефлексне штете *самостално право* купца. Стога гашење права по основу јемства не повлачи и гашење права на накнаду рефлексне штете. Напротив, ово друго право остаје и може се остваривати све док не истакне рок застрелости. Присталице овог гледишта сматрају да не постоји никакав разуман разлог који би говорио у прилог схватању да право на накнаду рефлексне штете треба да престане због пропуштања рока да се стави приговор на квалитет. У прилог томе говори и начело савесности и поштења. Било би противно томе начелу дозволити лицу које је извршило противправну радњу (и које је несавесно) да се заклања иза једног формалног разлога и да избегне одговорност за штету коју је другоме нанело.

2. Пошто су и врховни судови појединих социјалистичких република имали различите ставове о овом питању, оно је стављено на дневни ред Пете заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова, и Врховног војног суда, која је одржана 28. 12. 1976. На тој седници донет је овај закључак: „Право на накнаду штете због мане на роби, као и штете која је последица мана на роби (рефлексне штете) не може се остваривати ако се благовремено не стави приговор на квалитет робе, у случају да роба има видљивуману или ману која се могла утврдити вештачењем" (18). Ипак, било би погрешно сматрати да гледиште изложено у овом закључку представља сада једино становиште југословенског права. Треба, пре свега, имати на уму да закључак није донет једногласно, већ уз ограде представника неких републичких судова. Затим, врло је вероватно да ће се правна теорија определити за супротно становиште јер оно има јачу моралну снагу.

др Јаков Радишић

(17) То је становиште и Савезног суда, што показује његова одлука Гзс. 49/74, од 4. 2. 1975.

(18) „Билтен судске праксе" Савезног суда, број 5, јануар—март 1977., страна 8.

RÉSUMÉ

Ответственность за убыток нанесенный предмету с недостатком

Автор прежде всего констатирует, что проблема ответственности за убыток, нанесечный предмету с недостатком, недостаточно знакома широким кругом югославских юристов, хотя судбеная практика встречалась с ней целый ряд лет. Правила, касающиеся этой материи, скорее все еще в зародыше, нежели в стадии развития. Закон об облигационных отношениях содержит только самые основные положения, а юридическая теория еще ими серьезно не зачималась. Писатель излагает правила, выявившиеся в судебной практике до настоящего времени и те, которые предписывает Закон об облигационных отношениях. Главное же внимание уделяет следующим вопросам: 1) понятие ущерба (убытка) начесенного предмету с недостатком; 2) защищенные и ответственные лица; 3) основа ответственности; 4) суть требования потерпевшего ущерб; 5) приговор против требования потерпевшего ущерб о возмещении убытка.

Все эти вопросы югославский закон регулирует в основном также, как это делают и другие европейские страны. Однако, что же касается основ ответственности, то югоставский закоч по этому вопросу ближе к закону США, нежели к европейскому образцу. Считается, что ответственность производителя основывается на самом факте производства предмета с недостатком и пуска его в оборот. В этом именно следовало бы видеть его недобросовестную работу и его вину в причиненном убытке. Но суд не выводит ответственность производителя из вины, так как в таком случае ему бы следовало признать возможность доказа своей неповинности, что со своей стороны, хотя даже и теоретически, могло бы оставить потерпевшего ущерб без возмещения. Поэтому принята точка зречия, что производитель предмета отвечает несмотря на вину. Этого же придерживается и Закон об облигационных отношениях. Предмет с недостатком имеет характер опасного предмета, и за ущерб, вызванный им, действуют правила об объективной ответственности. Только продавец, не являющийся одновременно и производителем, отвечает на основании относительно предполагаемой вины.

A SUMMARY

Responsibility for Damage caused by defective Goods

At the outset, the author asserts that the problem of responsibility for damage caused by defective goods is insufficiently known to a wider circle of Yugoslav jurists although court practice has been confronted with it for a good many years. Provisions regulating this matter are more in their beginning than in a state of development. The Law on Obligation Relations contains only the most basic provisions while legal theory has been withholding its serious attention to it. The author points to the legal regulations which have been crystallised through court practice so far and those which are provided by the Law on Obligation Relations. Most of the attention is concentrated on the following questions: 1) the concept of damage caused by defective goods; 2) protected and responsible (liable parties) parties; 3) the basis of responsibility (liability); 4) the essence of the claim of the injured party; 5) complaint against the claim for compensation.

Yugoslav law regulates all these cases mainly on the lines of other European countries. But, as to the question of basis of responsibility,

Yugoslav law is closer to the law of the U.S.A. than to the laws of the European countries. It is considered that the liability of the producer (manufacturer) hinges on his manufacturing the defective article and turning it out on the market. This would evidence his bad business behavior and guilt for the damage. On the other hand, courts do not derive liability of the manufacturer from his guilt because in that case it would also have to recognise the possibility of putting on evidence of innocence, which would, even theoretically, leave the door open for the injured party not getting any compensation. Consequently, there has been adopted the point of view that the manufacturer is liable *regardless of guilt*. The Law on Obligation Relations has also accepted it. Defective goods are considered as *dangerous goods*, and regulations for objective liability are applied to damage caused by such goods. Only the seller who is not the manufacturer at the same time can be held responsible on the basis of relatively assumed guilt.

RÉSUMÉ

Le responsabilité pour le dommage causé par la chose qui a un défaut

L'auteur constate, tout d'abord, que le problème de la responsabilité pour le dommage causé par la chose qui a un défaut est insuffisamment connu à un cercle plus large de juristes yougoslaves, quoique le jurisprudence est confronté avec ce problème de puis de longues années. Les régles qui se rapportent à cette matière sont plutôt à leurs débuts que dans le stade de développement. La Loi relative aux rapports d'obligation contient seulement les règles les plus égémentaires, tandis que la théorie juridique ne s'est pas occupée sérieusement de ces questions. L'auteur a exposé les reglès de droit qui se sont cristallisées dans la jurisprudence jusqu'à présent et celles qui sont prescrites par la Loi relative aux rapports d'obligation. Il a concentré l'attention principale sur les questions suivantes: 1) la notion du dommage causé par la chose qui a un défaut; 2) les personnes protégées et responsables; 3) le fondement de la responsabilité; 4) l'essence de la réclamation de la personne qui a subi un dommage; 5) l'exception formulée contre la réclamation pour le dédommagement.

Toutes ces questions sont réglementées dans le droit yougoslave, généralement, de la même manière commé dans les autres pays européens. Cependant, en ce qui concerne les fondements de la responsabilité, le droit yougoslave est plus proche au droit des Etats-Unis d'Amérique qu'au modèle européen. On considère que la responsabilité du producteur est basée sur le fait qu'il a produit une chose qui a un défaut et qu'il l'a mise dans le commerce. C'est en cela qu'il faudrait voir sa conduite inconscieuse des affaires et sa faute pour le dommage. Cependant, les tribunaux ne déduisent pas la responsabilité du producteur de la faute car dans ce cas il faudrait lui donner la possibilité de prouver qu'il n'est pas fautif, ce qui pourrait, du moins théoriquement, laisser la personne qui a subi le dommage sans compensation. C'est pourqoui on a adopté le point de vue que le producteur de la chose est responsable *sans égards à la faute*. Sur cette position s'est placée aussi la Loi relative aux rapports d'obligation. La chose qui a un défaut a le caractère de *chose dangereuse*, et pour le dommage qu'elle provoque sont valables les règles relatives à la responsabilité objective. Seul le vendeur, qui n'est pas en même temps le producteur, est responsable en vertu de la faute relativement supposée.

ПРОДАЈА ПО УЗОРКУ И ПРОДАЈА ПО СПЕЦИФИКАЦИЈИ

(Осврт на Закон о облигационим односима)

За разлику од осталих модалитета уговора о куповини и продаји који су установљени, углавном, у циљу боље заштите једне од уговорних страна, — продаја по узорку и продаја по спецификацији, као два модалитета трговинске продаје, представљају инструменте за уравнотежење интереса и продавца и купца. Истина, одмах ваља приметити да степен уравнотежења интереса обе уговорне стране није исти код ова два уговора о куповини и продаји. Та различитост степена уравнотежења њихових интреса манифестује се у томе што је продаја по узорку установљена претежно у интересу продавца, док је продаја по спецификацији усмерена претежно ка заштити интереса купца. Међутим, и поред постојања ове разлике, интереси друге уговорне стране нису занемарени у тој мери као код других модалитета продаје да би се могло сматрати да је реч о заштити интереса само једне уговорне стране.

Ово произилази из сâме правне структуре уговора по узорку и уговора по спецификацији, које су веома сличне. Тако, и код једног и код другог модалитета продаје уговор се сматра перфектним од тренутка његовог закључења и већ од тада он производи своја правна дејства. Од сагласности робе узорку односно од могућности испоруке робе која би по свом квалитету одговарала спецификацији коју је купац доставио продавцу зависи сâмо извршење уговора. То значи да ће у случају када оваква могућност не постоји купац, а онда када се спецификација не достави у уговореном року продавац, имати право на раскид уговора. А с обзиром на такву структуру уговора и последице његовог неизвршења, продаја по спецификацији могла би се сматрати једном врстом продаје по узорку.

Међутим, велика сличност ова два модалитета трговинске купопродаје не искључује постојање разлика између њих. Те разлике имају свој корен у различитој садржини права и обавеза уговорних страна код једног и код другог уговора. Основна разлика је у томе што се узорак презентира купцу односно продавцу у тренутку закључења уговора, док се спецификација доставља само продавцу, и то после закључења уговора али у року који је уговором предвиђен. Ове разлике су и диктирале еманципацију продаје по спецификацији од продаје по узорку у чијем крилу је она настала, на сличан начин као што је то

био случај са настајањем куповине са резервом кушања у оквиру куповине на пробу и њеним формирањем у посебан модалитет купопродаје.

1. — И продаја по узорку и продаја по спецификацији представљају модалитет купопродаје, чија се појава као посебних правних института везује за новије време, а што се одразило и на њихово законско регулисање. — Наиме, у упоредном законодавству запажено је да су одредбе које се тичу продаје по узорку врло концизне (1), док одредаба о продаји по спецификацији скоро и нема (2), него је одређивање појма овог модалитета купопродаје, дејстава и последица неизвршења права и обавеза који из овог уговора настају данас скоро у свим земљама препуштено, углавном трговинским обичајима. — Слична ситуација постоји и у југословенском законодавству. Тако, са изузетком црногорског Општег имовинског законика, у југословенском законодавству које је важило до 1941. године не наилази се на одредбе о продаји по узорку. Међутим, ускоро по завршетку Другог светског рата питању продаје по узорку и по спецификацији посвећује се више пажње, па се у оквиру Општих узанси за промет робом налазе и узансе (бр. 141 и 140) које врло детаљно одређују појам и услове који се траже за закључење уговора о продаји по узорку односно по спецификацији као посебних модалитета уговора о куповини и продаји.

Полазећи од концепције која је нашла своје место у оквиру Општих узанси, а имајући у виду и став југословенских судова у погледу структуре и дејства уговора о продаји по узорку и по спецификацији, као и садржину одговарајућих одредаба Скице за законик о облигацијама и уговорима (3) и Нацрта Закона о облигацијама и уговорима (4), редактори Закона о облигационим односима посветили су посебне одредбе продаји по узорку и продаји по спецификацији као модалитетима о куповини и продаји (5).

Тако, према чл. 538. Закона о облигационим односима „у случају продаје по узорку или моделу код уговора у привреди ако ствар коју је продавац предао купцу није саобразна узорку или моделу, продавац одговара по прописима о одговорности продавца за материјалне недостатке ствари, а у другим случајевима по прописима о одговорности за неиспуњење обавезе". Међутим, „продавац не одговара за недостатак саобразности ако је узорак, односно модел, поднео купцу само ради обавештења и приближног одређивања особине ствари, без обећања саобразности".

---

(1) В. чл. 1522 италијанског Грађанског законика, § 494 немачког Грађанског законика, § 375 мађарског Грађанског законика, чл. 422 швајцарског Грађанског законика, чл. 1315 белгијског Грађанског законика и чл. 15 енглеског Закона о купопродаји добара.

(2) Изузетак у том погледу чине немачки Трговачки законик (§ 375) и енглески Закон о купопродаји добара (чл. 13 и 18).

(3) В. М. Константиновић: „Облигације и уговори — Скица за Законик о облигацијама и уговорима", 1969, чл. 479 и чл. 480.

(4) В. чл. 517 и чл. 518 Нацрта Закона о облигацијама и уговорима; Савезна скупштина, 1973 и 1975.

(5) В. чл. 538 и чл. 539 Закона о облигационим односима од 26. маја 1978. године; „Службени лист СФРЈ" бр. 29/78.

Регулишући односе настале поводом закључења уговора о продаји по спецификацији, Закон о облигационим односима у свом чл. 539. прописује да у случају „када је уговором задржано право за купца да доцније одреди облик, меру или које друге појединости ствари, а купац не изврши ову спецификацију до уговореног датума, или до протока разумног рока рачунајући од продавчевог тражења да то учини, продавац може изјавити да раскида уговор или обавити спецификацију према ономе што му је познато о купчевим потребама. Ако сам продавац обави спецификацију, дужан је обавестити купца о њеним појединостима и одредити му разуман рок да сам изврши друкчију спецификацију, а ако купац не искористи ову могућност, обавезна је спецификација коју је извршио продавац".

Анализа садржине ових одредаба Закона о облигационим односима указује, пре свега, на њихову сличност са Општим узансама за промет робом и другим правилима која су се до сада примењивала у пракси југословенских судова и Спољнотрговинске арбитраже. Међутим, ова анализа ће указати нарочито на специфичности поменутих одредаба; специфичности које представљају одступања од правила која су се до сада примењивала. Мада те специфичности нису бројне, нарочито када је реч о продаји по узорку, оне заслужују пажњу као инструменти даљег усмеравања у области односа насталих поводом закључења уговора о куповини и продаји по узорку односно по спецификацији.

2. — У погледу начина одређивања појма продаје по узорку поменуте одредбе Закона о облигацисним односима не показују неке специфичности у поређењу са одговарајућим одредбама Општих узанси за промет робом које су југословенски судови и Спољнотрговинска арбитража примењивали до ступања на снагу овог Закона.

Наиме, остављајући по страни постојеће разлике и сличности са продајом са резервом кушања односно са куповином на пробу, данас се сматра да је продаја по узорку уговор о куповини и продаји потрошних ствари који садржи клаузулу о томе да ствар, која ће се после закључења уговора испоручити купцу, треба да буде саобразна узорку који му је приликом закључења уговора продавац показао. При томе, продаја по узорку претпоставља предају једног дела робе у тренутку закључења уговора, а у погледу кога су се продавац и купац сагласили да га сматрају узроком робе која треба да се испоручи после закључења уговора и која по својим својствима треба да је саобразна узорку.

Из законских текстова појединих земаља који се односе на овај модалитет купопродаје могло би се закључити да су и њихови редактори имали у виду овако схваћен појам уговора о продаји по узорку. Тако, према енглеском Закону о купопродаји добара „уговор о купопродаји је уговор о продаји по узорку онда када у уговору постоји изричина или прећутна одредба у том смислу" (6). Италијански Грађански законик прописује да се у случају „када је продаја извршена према узорку сматра да овај треба да послужи искључиво за сравњење у погледу

(6) В. чл. 15. енглеског Закона о купопродаји добара.

својстава робе" (7). А мађарски законик предвиђа да је „у случају куповине по узорку продавац дужан да достави ствар која одговара узорку" (8).

На сличан начин одређен је данас појам продаје по узорку и у југословенском праву. Наиме, приликом регулисања односа који настају закључивањем уговора о продаји по узорку, Опште узансе за промет робом полазе од начела да у случају „када је уговорено да се квалитет робе одређује према узорку, испоручена роба мора у свему одговарати узорку" (9). Ово начело прихваћено је и у савременој југословенској правној теорији (10) и у пракси југословенских судова. Очигледно је да су од њега пошли и редактори Закона о облигационим односима када су редиговали одредбу о одговорности продавца за недостатак саобразности испоручене ствари узорку који је продавац уговорио са купцем (11).

Међутим, за разлику од начина одређивања појма продаје по узорку у Закону о облигационим односима који је истоветан са начином одређивања овога појма у Општим узансама за промет робом, — одговарајућа одредба Закона која се тиче продаје по спецификацији знатно одступа од текста опште узансе за промет робом која регулише односе настале поводом закључења уговора о продаји по узорку. Наиме, мада одредба чл. 539. Закона о облигационим односима доста детаљно регулише односе који настају поводом продаје по спецификацији, она, за разлику од узансе која предвиђа овај модалитет купопродаје не даје изрично и непосредно појам саме спецификације.

С обзиром на то да елементи појма продаје по спецификацији нису дати у самом Закону о облигационим односима, има места да се, у смислу чл. 1107 ст. (2) овог Закона, и даље примењује оно што у том погледу доста исцрпно предвиђа одговарајућа одредба Општих узанси за промет робом. А према овој узанси, „спецификацијом се сматра свака одредба уговора којом се ближе одређују својства и асортиман робе. Ако су у спецификацији означена само нека својства или су дати само неки описи робе, остала својства морају одговарати квалитету који је уобичајен у промету таквим предметима и морају бити у складу са својствима и описима назначеним у спецификацији" (12).

Према томе, спецификација је, у ствари, узрок који има облик изјаве упућене од стране купца продавцу, којом се тек после закључења уговора ближе одређују сва или само нека својства купљене ствари. Јер, „у тренутку закључења уговора одређују се, по правилу, само врста и количина робе и основна (базична) цена" (13). А с обзиром на то да

(7) В. чл. 1522 италијанског Грађанског законика.
(8) В. § 375 мађарског Грађанског законика.
(9) В. Узансу бр. 141.
(10) М. Константиновић: „Облигације и уговори — Скица за Законик о облигацијама и уговорима"; Београд, 1969 стр. 146.
Б. Лоза: „Облигационо право — Посебни дио"; Сарајево, 1970, стр. 44.
Љ. Милошевић: „Облигационо право"; Београд, 1972, стр. 273.
С. Перовић: „Облигационо право", I, Београд, 1973, стр. 407.
(11) В. чл. 538 Закона о облигационим односима од 26. маја 1978. године; „Службени лист СФРЈ" бр. 29/78.
(12) В. Узансу бр. 140.
(13) З. Антонијевић: „Уговори у привреди"; Београд, 1968, стр. 101.

је овде реч о изјави, постављају се два питања. Једно се тиче њене садржине, а друго форме којој она треба да буде дата да би била пуноважна.

Што се тиче садржине спецификације, скоро сви аутори који су посвећивали пажњу овом питању сматрају да за пуноважност спецификације није нужно да су у њој означена сва својства робе која треба да буде испоручена купцу (14). Довољно је да буду означена нека од њих, а у погледу осталих узеће се у обзир уобичајени стандарди. Међутим, спецификацијом се могу ближе одредити квалитет, димензије, асортиман и сл. робе која је предмет продаје по спецификацији. — И у погледу форме спецификације постоји једнодушан став у правној теорији и у пракси. Наиме, сматра се да питање форме спецификације треба препустити уговорним странама у том смислу да оне споразумно, уговором, утврде да ли ће спецификација бити поднета продавцу усмено или писмено. Међутим, у случају када уговор не садржи одредбу која се тиче форме спецификације уобичајено је да се она даје у истој оној форми у којој је закључен и сам уговор о продаји робе на коју се спецификација односи.

3. — Ни у погледу дејстава уговора о продаји по узорку, која се одражавају кроз садржину права и обавеза уговорних страна, одредбе Закона о облигационим односима не одступају од одговарајућих одредаба Општих узанси за промет робом нити се у чему разликују од њих.

Основна и заједничка обавеза и купца и продавца који су закључили уговор о продаји по узорку је, као што је познато, да воде рачуна о саобразности испоручене робе узорку. Извршавајући ову обавезу, продавац је дужан да испоручи купцу робу која је у потпуности, по свим својим својствима, саобразна узорку. При томе, ову обавезу продавца ваља тумачити у разумним границама које, углавном, нису одређене законом. Међутим, Закон о облигационим односима чини, у том погледу, изузетак када прописује да „продавац не одговара за недостатак саобразности ако је узорак односно модел поднео купцу само ради обавештења и приближног одређивања особине ствари, без обећања саобразности" (15).

Одговорност продавца у случају када он не испуни своју обавезу испоруке робе која је саобразна узорку стоји, без обзира на постојање недостатака самог узорка у тренутку закључења овог облика купопродаје. Приликом решавања случајева одговорности продавца за испоруку робе која није саобразна уговору односно признавања купцу права која настају у таквој ситуацији, у савременом југословенском праву усвојено је схватање које за полазну тачку има разликовање између грађанских и трговинских продаја. Полазећи од тога, а имајући у виду и досадашњу праксу југословенских судова и Спољнотрговинске арбитраже, Закон о

(14) В. Капор: „Уговор о куповини и продаји робе" (према општим узансама за промет робом); Београд, 1960, стр. 203.
Б. Лоза: „Облигационо право — Посебни дио"; Сарајево, 1970, стр. 40.
Б. Визнер: „Грађанско право у теорији и пракси", III, Ријека, 1969, стр. 1065.

(15) В. чл. 538 Закона о облигационим односима од 26. маја 1978. године; „Службени лист СФРЈ" бр. 29/78.

облигационим односима изрично прописује да „у случају продаје по узорку или моделу, ако ствар коју је продавац продао купцу није сообразна узорку или моделу, у случају уговора у привреди продавац одговара по прописима о одговорности за материјалне недостатке ствари, а у другим случајевима по прописима за неиспуњење обавезе" (16).

Међутим, за разлику од начина решавања питања одговорности продавца односно признавања одређених права купцу због испоруке робе која не одговара узорку у случајевима продаје по узорку или моделу, — одредба Закона о облегационим односима која предвиђа права и обавезе уговорних страна и последице њихове повреде код продаје по спецификацији знатно се разликује од одговарајуће одредбе Општих узанси за промет робом и досадашње судске и арбитражне праксе.

Ова разлика свакако има своје корене у сложенијој структури продаје по спецификацији од оне коју има продаја по узорку, као и у чињеници да је продаја по спецификацији настала као посебан модалитет уговора о куповини и продаји знатно касније од продаје по узорку. А последица тога је могућност радикалније и брже измене начина регулисања односа који настаје закључењем уговора о продаји по спецификацији.

Мада и продаја по спецификацији дејствује, као и продаја по узорку, од тренутка закључења уговора, извршење уговора о продаји по спецификацији зависи од благовременог достављања спецификације робе чија је врста и количина одређена још приликом његовог закључења. А то значи да извршење уговора зависи од благовременог извршења обавеза обе уговорне стране. У томе и јесте особеност овог модалитета продаје.

Наиме, за разлику од уговора о куповини и продаји уопште и осталих његових модалитета, код продаје по спецификацији извршење права и обавеза једне уговорне стране условљени су извршењем уговора друге уговорне стране. При томе, обавеза купца да продавцу достави спецификацију има посебан значај у том смислу што, без вршења ове радње, продавац у ствари и не зна какву робу треба да испоручи, па не може да изврши ни своју обавезу. Због тога неки аутори истичу да „продавац има нарочити интерес за благовремено достављање спецификације од стране купца" (17).

Према томе, достављање спецификације после закључења уговора, а у року који су уговорне стране споразумно одредиле, једна је од обавеза купца од чијег извршења зависи и извршење обавеза продавца и извршење уговора у целини. Зато у случају продаје по спецификацији доцња купца у достављању спецификације продавцу представља специјални облик дужничке доцње. У вези с тим, поставља се питање да ли у таквом случају продавац треба да има иста права према купцу као што их има поверилац према дужнику у случају дужничке доцње уопште.

Као што је познато, у редовним случајевима дужничке доцње поверилац има, поред права на раскид уговора и накнаду штете коју због

(16) Idem.
(17) В. Капор: „Уговор о куповини и продаји робе" (према Општим узансама за промет робом); Београд, 1960, стр. 203.

тога трпи, и право да захтева испуњење уговора. Међутим, у случају продаје по спецификацији југословенске Опште узансе за промет робом предвиђају да ако купац „не достави спецификацију у уговореном року, а ни по истеку накнадно примереног рока који му је продавац оставио, продавац може одустати од уговора и тражити накнаду штете" (18). Из овога произилази да су то једине могућности које стоје на располагању продавцу у случају доцње купца у достављању спецификације. При томе, одустајање од уговора условљено је давањем накнадног примереног рока купцу да достави спецификацију продавцу. А за постојање права на накнаду штете услов је, као и у редовним случајевима дужничке доцње, да је купац крив што је дошао у доцњу у испуњењу своје обавезе достављања спецификације продавцу.

Међутим, за разлику од решења које је дато у Општим узансама за промет робом, најновије тенденције у југословенском праву су да се у случају доцње купца продавцу призна алтернативно право на раскид уговора и право на обављање спецификације, док се накнада штете ставља у други план или се изрично и не помиње. Тако, редактори Закона о облигационим односима предвиђају да у случају „када купац не изврши спецификацију до уговореног датума, или до протека једног разумног рока, рачунајући од продавчевог тражења да то учини, продавац може изјавити да раскида уговор или обавити спецификацију према ономе што му је познато о купчевим потребама" (19). — Овако редигована, поменута одредба даје повода да се, за разлику од Општих узанси, тумачи и тако да она не искључује могућност продавца да, после обављања спецификације, понуди купцу и испоруку робе која је предмет уговора о продаји по спецификацији. Такво решење, које максимално штити продавца од несавесног купца, усвојено је и у пројектима Закона о међународној продаји телесних покретних ствари (20), као и у нацрту Конвенције о уговорима о међународној продаји робе из 1978. године (21).

Независно од тога да ли обављање спецификације од стране продавца треба да буде само једна фаза у извршењу уговора које ће бити дефинитивно испоруком робе или она треба да послужи само као мерило за обрачунавање штете и одмеравање накнаде у случају неизвршења уговора, — продавац је дужан да обавести купца о намераваном извршењу спецификације, као и да му остави примерен рок да се изјасни о томе. Осим тога, имајући у виду купчеве потребе, продавац не може да обави спецификацију робе која очигледно не би одговарала тим потребама.

4. — У вези са доцњом купца у достављању спецификације може се поставити питање да ли у том случају треба признати продавцу право

---

(18) В. Узансу бр. 227.

(19) В. чл. 539 Закона о облигационим односима од 26. маја 1978. године; „Службени лист СФРЈ" бр. 29/78.

(20) В. чл. 69 ст. 2 и 3 Римског пројекта Закона о међународној продаји телесних покретних ствари и чл. 76 ст. 2 Хашког пројекта овог Закона.

(21) В. чл. 61 ст. 1 и 2 UNCITRAL пројекта Конвенције о уговорима о међународној продаји робе, 1978.

да тужбом захтева од купца извршење спецификације пошто од тога зависи и испуњење његове обавезе.

Позитиван одговор на ово питање раније је имао присталица у праву појединих земаља. И данас има аутора који сматрају да би, начелно, требало признати продавцу право на такву тужбу, с обзиром на то да доцња у погледу давања спецификације представља дужничку доцњу. Међутим, и ови аутори при томе указују на чињеницу да би такво решење било непрактично, пошто би судска одлука која би обвезивала купца да изврши спецификацију могла да буде извршена само посредним путем тј. овлашћујући тражиоца извршења да ту радњу сам изврши ([22]).

У савременом упоредном праву све више долази до изражаја решење, према коме у случају када купац не изврши спецификацију продавац стиче право да ту спецификацију изврши сам. У истом смислу редигована је и одговарајућа одредба Закона о облигационим односима ([23]).

Слично решење било је усвојено и у до данас важећем југословенском праву. Наиме, у случају када је купац у доцњи са достављањем спецификације, продавцу се, у принципу, признаје право да спецификацију изврши сâм, али под условом да је одустао од уговора и да му извршење спецификације послужи као основ при обрачунавању штете и одмеравању накнаде. — Овакво решење, као принцип, нашло је своје место и у Општим узансама за промет робом. Тако, у оквиру њих изричито је предвиђено да онда „када поверилац због доцње дужника одустане од уговора, може и сам извршити радњу коју је дужник био дужан да изврши, или закључити уговор са трећим лицем да оно изврши радњу коју је дужник био дужан да изврши, али мора препорученим писмом или на други сигуран начин обавестити дужника о намераваном извршењу радње или закључењу уговора" ([24]).

Разлика између оваквог решења и онога које је усвојено у савременом упоредном праву нарочито долази до изражаја када се имају у виду ситуације које настају применом једног односно другог решења приликом рашчишћавања односа између купца и продавца у случају када купац падне у доцњу са достављањем спецификације. — Наиме, када се у том случају законом непосредно призна продавцу да сам изврши спецификацију, као што је то учињено у Закону о облигационим односима, продавац има право да после тога понуди купцу и испоруку ствари која је предмет уговора. — Међутим, када се право продавца да изврши спецификацију само услови његовим одустајањем од уговора, као што је случај у Општим узансама за промет робом и у досадашњој пракси југословенских судова, продавац не може да понуди купцу ствар после извршења спецификације. У том случају спецификација служи само као мерило за одређивање вредности продате робе и одмеравање накнаде штете.

([22]) В. Капор: „Уговор о куповини и продаји робе" (према Општим узансама за промет робом); Београд, 1960, стр. 204.

([23]) В. чл. 539 Закона о облигационим односима од 26. маја 1978. године; „Службени лист СФРЈ" бр. 29/78.

([24]) В. Узансу бр. 210.

Према томе, две основне последице доцње купца могу бити раскид уговора и обављање спецификације од стране продавца. Међутим, и у једном и у другом случају појављује се, као пропратна последица ових, и право продавца на накнаду штете коју трпи због комплетног односно неблаговременог испуњења уговора.

С обзиром на то да накнада штете у сваком случају има карактер накнаде због неиспуњења, а предмет уговора није потпуно одређен у тренутку његовог закључења, има места питању које мерило треба узети у обзир приликом обрачунавања штете и одмеравања накнаде. — Теорија и пракса појединих земаља показују да приликом остварења права на ту накнаду може да се пође од различитих мерила. Тако, у неким земљама сматра се да као мерило при одређивању накнаде штете која настане због неизвршења продаје по спецификацији треба узети вредност коју би по уговору имала најјефтинија роба која би се могла одредити на основу елемената датих за спецификацију. Међутим, у југословенском праву усвојена је концепција према којој као мерило при обрачунавању штете и одмеравању накнаде у случају доцње купца у достављању спецификације треба узети вредност робе према спецификацији коју је, уместо купца, извршио продавац.

Иначе, питање накнаде штете у случају неиспуњења уговора о продаји по спецификацији тесно је везано са питањем права и обавеза уговорних страна, кроз које, као што је уосталом случај са уговорима уопште, дејствује и овај модалитет трговинске купопродаје.

5. — За разлику од питања одговорности за неблаговремено достављање спецификације и последица доцње купца у случају продаје по спецификацији, чему је посвећен одређени степен пажње у Закону о облигационим односима, — питања утврђивања аутентичности узорка и саобразности испоручене робе узорку нису нашла одговарајуће место у овом Закону.

Истина, одмах ваља приметити, бар што се тиче утврђивања аутентичности узорка, да то није предмет регулисања ни у упоредном законодавству. Јер, мада је узорак доказ да су уговорне стране уговориле одређени квалитет робе и да су зато оне дужне да предузму све мере потребне за осигурање његове аутентичности и чувања, сматра се да правила која је изградила пракса у привреди и трговини пружају довољно широк спектар могућности за примену најадекватнијег начина утврђивања аутентичности узорка. Наиме, поред основног облика узорка, који се састоји у томе што он представља интегрални део робе и што његову аутентичност утврђују и чувају га сâме уговорне стране, трговинска пракса је изградила и утврдила и посебне облике узорака, као што су: типови робе (стандарди), ознаке (марке), модели, узорци утврђени на основу анализе приликом испоруке робе и сл. Према томе, уговорним странама стоје на располагању разноврсне и већ устаљене могућности за решавање, у крајњој линији, правно-техничког питања које се тиче утврђивања аутентичности узорка којим се одређује квалитет робе која треба да буде испоручена купцу.

Међутим, утврђивање саобразности испоручене робе узорку приликом извршења уговора има за циљ да потврђивањем постојања уговореног квалитета робе омогући реализовање уговора који су закључили купац и продавац. А утврђивање саобразности испоручене робе узорку представља сложену операцију у вези са којом се поставља неколико питања, од чијег решења зависи да ли ће она довести до резултата које уговорне стране очекују. Међу овим питањима нарочиту пажњу заслужују: време и место утврђивања саобразности робе са узорком, терет доказивања ове саобразности, вештачење у случају оправдане сумње о постојању саобразности и последице непостојања саобразности испоручене робе узорку.

Што се тиче питања времена утврђивања саобразности испоручене робе узорку постоји једнодушан став и у правној теорији и пракси да се ово време најчешће одређује уговором, а тек у недостатку споразума уговорних страна о року у ком је купац дужан да утврди постојање саобразности робе која му је испоручена, примениће се обичај.

Међутим, у погледу питања места у коме треба утврђивати саобразност робе узорку временом се искристалисало неколико схватања која осцилирају између два основна: према једном, испорука робе и утврђивање њене саобразности узорку треба да се изврши у месту домицила дужника, а према другом, у месту у коме је узорак депонован. Разлози практичности и ефикаснијег промета добара указују, међутим, на решење које се налази негде између ова два схватања. Слично решење садржи и енглески Закон о купопродаји добара када, између осталог, предвиђа да у случају уговора о продаји по узорку „постоји прећутан битан услов да купац треба да има разумну могућност да упореди робу са узарком" (25).

Терет доказивања саобразности испоручене робе узорку је, у принципу, на купцу. Међутим, у случају када се узорак налази на чувању код купца и када овај оспорава саобразност робе узорку, продавац треба да докаже да узорак који је поднео купац није онај узорак који је послужио као основа за закључење продаје, а то значи да он сноси терет ризика у смислу општих правила о ризику у области уговорних односа (26). Односе који настају поводом утврђивања саобразности робе узорку и терета доказивања ове саобразности нарочито детаљно регулише швајцарски Законик о облигацијама. Наиме, према овом тексту, „уговорна страна којој је поверен узорак није дужна да доказује идентичност узорка који показује са узорком који је примила". Јер, „њој се верује на основу њеног личног тврђења пред судом, чак и ако је узорак променио облик који је имао приликом пријема, а ова промена је нужан резултат испитивања која су вршена". Али „у сваком случају друга страна има право да доказује непостојање идентичности узорка" (27).

---

(25) В. чл. 15 енглеског Закона о купопродаји добара (Sale of Goods Act, 1893, Halsbery's, Vol. 22).

(26) В. чл. 1315 белгијског Трговачког законика (Code de commerce du 22. décembre 1872).

(27) В. чл. 222 швајцарског Законика о облигацијама од 30. марта 1911. године, са изменама и допунама извршеним до 1. јануара 1976. године (превод); Институт за упоредно право, Серија Е, бр. 26—27.

Најзад, у случају спора о саобразности испоручене робе узорку поставља се питање вештачења и покретања иницијативе за то. А када је реч о томе, ваља имати у виду две ситуације. — Једна од њих тиче се очувања ствари у стању у коме је испоручена све до момента њеног вештачења. У погледу решавања овог питања данас је скоро општеприхваћено мишљење према коме је купац дужан да преузме мере потребне за очување испоручене ствари. Међутим, у неким правима се и у том случају купцу допушта могућност да доказује несаобразност испоручене робе узорку. Тако, према швајцарском Законику о облигацијама, „ако се узорак покварио или је пропао код купца, чак и без његове кривице, продавац није дужан да доказује да ствар одговара узорку, већ на купца пада терет да доказује супротно" (28). — Друга ситуација која настаје у вези са вештачењем односи се на покретање иницијативе за његово вршење. У том погледу пракса пружа утисак велике несређености, с обзиром на то да се не разликује у довољној мери питање предузимање мера за очување робе која је испоручена од питања терета доказивања саобразности испоручене робе узорку. А ово разликовање треба да буде полазна тачка и нужност приликом предузимања вештачења, с обзиром на то да оно треба да се обави у што је могуће краћем року и да се на тај начин утврди да ли су недостаци којима купац приговара већ постојали на роби још док се она налазила у државини продавца или су настали касније.

6. — Када је реч о саобразности испоручене робе узорку посебну пажњу заслужује питање да ли та саобразност треба у свему да буде стриктна и доследна или су могућа одређена одступања квалитета испоручене робе од квалитета узорка.

Одговор на ово питање може се наћи у упоредном законодавству и он осцилира између захтева стриктне саобразности робе узорку и допуштања одређених одступања од те саобразности, при чему се обим и границе одступања одређују на различите начине. — Тако, на пример, мађарски Грађански законик прописује да је „продавац дужан да достави ствар која одговара узорку" (29), не предвиђајући при томе могућност одступања од квалитета узорка. У истом смислу редигована је и одговарајућа одредба енглеског Закона о купопродаји добара (30). — Међутим, италијански Грађански законик полази од принципа стриктне саобразности испоручене робе узорку, прописујући да у случају „када је продаја извршена према узорку свака разлика даје купцу право да раскине уговор", али при томе допушта и одступање од овог принципа у случају „када из уговора или из обичаја проистиче да узорак треба да послужи једино за то да на приближан начин покаже својства ствари и када је одступање од узорка незнатно" (31).

---

(28) Idem.

(29) В. § 375 Грађанског законика Мађарске народне републике од 1959. године (превод); Институт за упоредно право, Серија Е, бр. 26—27.

(30) В. чл. 15 енглеског Закона о купопродаји добара (Sale of Goods Act, 1893, Halsbery's, Vol. 22).

(31) В. чл. 1522 италијанског Грађанског законика (Codice civile e leggi complementari del 1942).

И у југословенском праву усвојен је принцип стриктне саобразности испоручене робе узорку, али уз допуштање одступања од њега у одређеним границама. Тако, према Општим узансама за промет робом, у случају када је уговорено да се квалитет робе одређује према узорку, „испоручена роба мора у свему одговарати узорку. Одступања од узорка допуштена су само уколико је то предвиђено уговором, посебним узансама или трговачким обичајима" (32). А та одступања су, по правилу, незнатна. Међутим, у случају када испоручена роба одступа од узорка у битним својствима која имају значаја за ваљаност испоруке односно за уговорену и предвиђену употребу ствари сматра се да испоручена роба није саобразна узорку који је предочен купцу приликом закључења уговора.

У том случају нужно се поставља питање последица несаобразности испоручене робе узорку, тј. санкција за немогућност извршења уговорних обавеза продавца и купца на начин како су се споразумели о томе.

Полазећи од тога да уговарањем продаје по узорку уговорне стране желе да унесу највећи могући степен извесности у погледу утврђивања квалитета робе која је предмет продаје, у савременој правној теорији преовлађује схватање да саобразност робе узорку чини суштину уговора о продаји по узорку, па ако ње нема не постоје ни услови за даље егзистирање уговора и за евентуалне модификације у његовом извршењу. Ова концепција нашла је своје место и у упоредном законодавству. То је, на пример, случај у италијанском Грађанском законику који, као што је већ поменуто, прописује да разлика у својствима између испоручене робе и узорка „даје купцу право да раскине уговор", али он то може тражити само онда „када је одступање од узорка знатно" (33).

Међутим, поред схватања, према коме је раскид уговора нормална и најчешћа санкција за несаобразност испоручене робе узорку, у правној теорији и пракси добила је своје место и концепција која пружа шире могућности за решавање питања несаобразности робе узорку. Према овом схватању, непостојање саобразности продате ствари узорку повлачи исте последице као и постојање мана продате ствари. А у том случају Опште узансе за промет робом предвиђају да купац може по свом избору: „одустати од уговора, а испоручену робу ставити продавцу на располагање; тражити испуњење уговора, а испоручену робу ставити продавцу на располагање; тражити снижење цене сразмерно мањој вредности испоручене робе и тражити да продавац у примереном року отклони мане, ако су мане отклоњиве". Осим тога, „у сваком од ових случајева купац може тражити и накнаду." (34)

(32) В. Узансу бр. 141.
(33) В. чл. 1522 италијанског Грађанског законика.
(34) В. Узансу бр. 154.

С обзиром на то да у оквиру Општих узанси за промет робом нису изрично предвиђене санкције за несаобразност робе узроку, а да узанса бр. 141 предвиђа могућност одступања од правила стриктне саобразности робе узорку, може се закључити да се узанса о правима купца у случају мана испоручене робе по основу општег облика уговора о продаји може применити и онда када је утврђена и несаобразност испоручене робе у случају продаје по узорку.

др Марија М. Тороман

РЕЗЮМЕ

Продажа по мотиву и продажа по спецификации

Исходя из особенностей продажи по мотиву и продажи по спецификации как особых возможчостей торговых купо-продаж и правовых институтов, являющихся предметом регулирования в югославском Законе об облигационных отношениях, автор анализирует соответствующие постановления этого Закона.

Анализ содержания этих постановлений указывает прежде всего ча их сходство с югославскими Общими торговыми навыками, ставшими законом, в товарообороте и с другими правилами, применявшимися до ныне в практике югославских судов и внешнеторгового арбитража. Однако этот анализ указывает особо на специфику упомянутых постановлений, специфику, представляющую собой отсупления от правил, применяемых до настоящего времечи, и которые заслуживают внимание как инструмент дальнейшего направления в области отношений, возникших по поводу заключения договора о покупе и продаже по мотивам или покупе и продаже по спецификации.

Анализируя эти правовые институты, автор уделяет внимание и тем вопросам, для решечия которых Закон дает достаточно основания, также как и тем, которые не нашли своего места в рамках Закона об облигационных отношениях. В первую группу вопросов входят прежде всего те вопросы, которые относятся к способу определения понятия продажи по мотивам и продажи по спецификации. Затем, сюда входят вопросы, которые касаются к действию этих возможностей купо-продажи, т.е. к содержанию прав и обязательств договорных сторон при продаже по мотивам, или же при продаже по спецификации. Наконец, в рамках этой группы вопросов находится вопрос последующего купца и последствий, проистекающих из этого. Среди вопросов, не нашедших свое место в рамках Закона об облигационных отношениях, автор особое внимание уделяет вопросам утверждения достоверности мотива и соответствия образцу доставленного товара, при чем он указывает на существующие решечия этих вопросов в сопоставительном законодательстве.

A SUMMARY

Sale according to Sample and Sale according to Specification

Taking the peculiarities of sale according to sample and sale according to specification as a point of departure with a view to these as particular modalities of commercial sales transactions and legal institutes regulated by the Yugoslav Law on Obligation Relations, the author makes an analysis of the corresponding regulations of this Law.

The analysis of the mentined regulations first of all points to their similarity with the Yugoslav General Usance for the Turnover of Goods

and other regulations so far applied in the practice of Yugoslav courts and Foreign Trade Court of Arbitration. However, this analysis especially points to the specific features of the mentioned regulations, specific features representing deviations from the rules and regulations so far applied which deserve attention as instruments of further direction in the field of relations created in respect of the conclusion of a sales contract according to sample or specification.

Analysing these institutes, the author devotes attention to those questions for the solution of which there is ample basis in the Law, as well as those for the solution of which there was no room within the Law. The first group consists mainly of the questions concerning the method of determination of the concept of sale according to sample and specifications. Furthermore, there should be included questions concerning the impact of modality of sale, that is, the contents of rights and liabilities of the contractual parties at the moment of sale according to sample or specification. Finally, there is one other question within this group, the question of delay on part of the buyer and its consequences. Among the questions not covered by the Law, the author singles out those concerning the determination of authenticity of the sample and the correspondence of the sold goods to the sample. The points to the standing solutions to these questions in comparative legislature.

RÉSUMÉ

La vente par échantillon et la vente par spécification

En partant des particularités de la vente par échantillon et de la vente par spécification en tant que modalités spéciales de la vente commerciale et des institutions juridiques qui sont l'objet de réglementation dans la Loi yougoslave relative aux rapports d'obligation, l'auteur analyse les dispositions correspondantes de cette Loi.

L'analyse du contenu de ces dispositions signale, en premier lieu, leur analogie avec les Usances générales yougoslaves du commerce des marchandises et les autres règles qui ont été appliquées jusqu'à présent dans la pratique des tribunaux yougoslaves et de l'Arbitrage de commerce extérieur. Cependant, cette analyse fait ressortir surtout les spécificités des dispositions mentionnées, spécificité qui représentent des écarts des règles qui ont été appliquées jusqu'à présent et qui méritent l'attention en tant qu'instrument de l'orientation ultérieure dans le domaine des rapports qui se sont formés à l'occasion de la conclusion du contrat de vente par échantillon c'est-à-dire de vente par spécification.

En analysant ces institutions juridiques l'auteur a fixé l'attention tant sur les questions pour la solution desquelles la Loi donne des fondements suffisants, que sur celles qui n'ont pas trouvé leur place dans les rapports d'obligation. — Dans le premier groupe de questions se trouvent, tout d'abord, celles qui se rapportent au mode de détermination de la notion de la vente par échantillon et de la vente par spécification. Ensuite dans cette sphère se trouvent comprises les questions qui se rapportent aux effets de ces modalités de la vente, c'est-à-dire au contenu des droits et devoirs des parties contractantes dans la vente par échantillon ou dans la vente par spécification. Enfin, dans le cadre de ce groupe de questions se trouve aussi la question du retard de l'acheteur et de ses conséquences. — Parmi les questions qui n'ont pas trouvé leur place dans le cadre de la Loi relative aux rapports d'obligation, l'auteur a consacré une attention particulière aux questions de la détermination de l'authenticité de l'échantillon et de la conformité de la marchandise livrée à l'échantillon. A ce sujet il indique, toutefois, les solutions de ces questions qui existent actuellement dans la législation comparée.

ПРЕКОМЕРНО ОШТЕЋЕЊЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

1. Закон о облигационим односима задржао је институт прекомерног оштећења као средство којим обезбеђује остварење неких од начела која је утврдио као полазне основе за уређење облигационих односа. Та начела су, на првоме месту, начело еквиваленције узајамних давања и начело савесности и поштења.

Начело еквиваленције узајамних давања странака у облигационим односима садржано је у чл. 15. Закона, у коме се каже:

„(1) У заснивању двостраних уговора учесници полазе од начела једнаке вредности узајамних давања."

Начело савесности и поштења садржано је у чл. 12. Закона, према коме су учесници у облигационим односима дужни да се придржавају начела савесности и поштења и приликом заснивања облигационих односа и приликом остваривања права и обавеза који из тих односа проистичу.

Применом ова два начела долази се до закључка да је несавесно и непоштено уговорити нешто из чега би једна страна извукла прекомерну корист, а чиме би, уједно, друга страна била прекомерно оштећена, тј. не би примила еквивалент за оно што даје.

Законски прописи о прекомерном оштећењу су једно од правних средстава којима се отклањају штетне последице уговора који у себи садржи таквуману и које даје могућност оштећеној страни да тражи поништење таквог уговора.

Прекомерно оштећење, као средство заштите једне уговорне стране, постоји у скоро свим правним системима, мада има законодавстава која га не познају као посебну установу, већ такав недостатак уговора узимају као разлог за његово поништење само ако у њему има елемената зеленашког уговора. (1)

Установу прекомерног оштећења познавали су и наши предратни грађански законици. Оно је било регулисано у пар. 559. и 560. српског Грађанског законика и пар. 934. и 935. аустријског Општег грађанског законика, и то као оштећење преко половине.

(1) Швајцарски Законик о облигацијама (чл. 21), Италијански Грађански законик (чл. 1448), Грађански законик РСФСР (чл. 58), Пољски Грађански законик (чл. 388).

У нашем послератном законодавству питање поништења уговора због прекомерног оштећења је, до доношења Закона о облигационим односима, било само делимично регулисано правним прописима. Оно је своје место нашло само у законима којима је регулисан промет непокретности, и то само ако је у томе промету непокретна имовина из друштвене својине прелазила у својину грађана или грађанских правних лица односно обрнуто. То је уведено ради заштите друштвене својине. Тако нпр. Закон о промету земљишта и зграда, (2) који се још увек у неким републикама примењује као републички закон, садржи у чл. 24. одредбу према којој друштвено-политичка заједница на чијој се територији налази непокретност може захтевати преко јавног правобраниоца у року од године дана од закључења уговора да се уговор којим је радна организација отуђила земљиште или зграду грађанину или грађанском правном лицу поништи ако продајна цена не достигне две трећине прометне вредности непокртности у време закључења уговора. Закон о промету непокретности СР Србије, (3) чији се чл. 14. примењује на територији целе Републике, каже да се уговор на основу кога је друштвено правно лице отуђило непокретност грађанину или грађанском правном лицу може поништити ако продајна цена не достиже прометну вредност непокретности у време закључења уговора. Под тим условом уговор се може поништити и у случају куповине непокретности од грађанина или грађанског правног лица.

Наша судска пракса је, у складу са начелима израженим у чл. 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, примењивала, у основи, предратна правна правила о прекомерном оштећењу.

Према томе, уношење одредаба о прекомерном оштећењу у Закон о облигационим односима је наставак праксе која је код нас постојала и у предратном периоду и настављена у нашем послератном правном систему, јер она одговара, као што смо већ нагласили, и основима на којима почива систем облигационих односа у једној социјалистичкој држави.

Међутим, одмах треба нагласити да је сам начин регулисања у многим појединостима другчији, и то не само ако се оно посматра у односу на старе грађанске законике, већ и с обзиром на праксу која је створена у послератном периоду.

Из тих разлога је од интереса да се размотре нека питања из ове области, да би се указало које је новине Закон о облигационим односима унео у наш правни систем и какав је њихов значај и домашај.

Од посебног значаја је, при томе, да се укаже на критеријуме за одређивање појма прекомерног оштећења, на чињенице релевантне за постојање прекомерног оштећења у појединим конкретним случајевима, на рок у коме се може тражити поништење уговора због прекомерног оштећења, као и на проширење области примене овог института, јер је у тим питањима Закон унео најзначајније новине.

(2) Службени лист СФРЈ, бр. 43/65.
(3) Службени гласник СР Србије, бр. 15/74.

2. Прва значајна новина коју је донео Закон о облигационим односима у овој материји односи се на критеријум по коме се утврђује појам прекомерног оштећења. Наиме, као што је познато, постоје два критеријума: објективни и субјективни.

Према објективном критеријуму битно је само да је уговором створен такав однос између обавеза уговорних страна на основу кога једна страна прекомерно мање добија од друге за оно што даје када се упореде вредности њихових престација. Упоређује се само објективна вредност престације, при чему се не узимају у обзир никакве субјективне представе уговорних страна. Полази се од тога да је противно начелу еквиваленције и савесности и поштења да из једног уговора једна страна прибави неку вредност која прекомерно превазилази вредност онога што она даје.

По субјективном критеријуму постојање те објктивне чињенице, прекомерног оштећења, није довољно да би се могло захтевати поништење уговора. Потребно је поред тога и да оштећена страна није знала да постоји несразмера у вредности узајамних престација. Другим речима, мора код оштећеног да постоји недостатак воље, тј. да је био у заблуди у погледу вредности престације.

Наши предратни грађански законици нису давали јединствена решења.

У српском Грађанском законику био је усвојен објективни критеријум. Према пар. 559. прекомерно оштећење је постојало „Ако при теретним уговорима једна страна није примила ни пола обичне вредности онога, што је другој страни дала..." Као што се види, поредиле су се само вредности престација. Никакав други услов за постављање захтева за поништење уговора по овом основу није захтеван.

Супротно томе, у аустријском Општем грађанском законику био је заступљен субјективни критеријум. По његовом пар. 935. оштећена страна није могла тражити поништење уговора због прекомерног оштећења ако јој је права вредност узајамних престација била позната. Према томе, у поступку за поништење уговора било је потребно доказивати не само несразмеру међусобних давања, већ и чињеницу да оштећена страна није знала праву вредност.

У нашем позитивном законодавству које је, као што смо рекли, само делимично захватило ову материју, усвојен је такође објективни критеријум. Наиме, у поменутим законима који регулишу промет непокретности између друштвених правних лица и грађана и грађанских правних лица, предвиђено је да се може тражити поништање уговора којим се врши такав промет ако продајна цена не достиже две трећине прометне вредности не покретности одн. прометну вредност непокретности у време закључења уговора.

Наша судска пракса није имала уједначен став у погледу критеријума за утврђивање појма прекомерног оштећења. Из једне пресуде Савезног врховног суда може се закључити да се усваја објективни критеријум, јер се у образложењу једино прекомерност оштећења означава

као услов за поништење уговора.(4) Никакви субјективни моменти се не узимају у обзир. Друга, пак, пресуда, Врховног суда Хрватске,(5) каже да оштећење преко половине вредности постоји под претпоставком између других, „да је прикраћени контрахент у часу закључења уговора био у заблуди у погледу праве вриједности ствари, тј. да није знао за наведену несразмјерност."

Проф. Михаило Константиновић у својој Скици за законик о облигацијама заузео је становиште да за утврђивање појма прекомерног оштећења треба применити објективни критеријум (чл. 107, ст. 1).(6)

Закона о облигационим односима усвојио је оба критеријума. Наиме, као правило узет је субјективни критеријум, док је објективни узет само као изузетак. Закон каже у чл. 139:

„(1) Ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати поништење уговора ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати."

Из овога се јасно види да није довољно само постојање несразмере, већ је потребан и одређен субјективан однос оштећене стране. У поступку се мора доказати и чињеница да оштећени није знао нити морао знати за постојање несразмере.

У следећем члану овог Закона, који говори о отуђивању и стицању основних средстава, ако се тај промет обавља између друштвених правних лица и грађана или грађанских правних лица, усвојен је, и то само у корист друштвених правних лица, објективни критеријум. Наиме, у ст. 3, чл. 140. изричито се каже да незнање праве вредности ствари у часу закључења уговора није услов за његово поништење.

У вези са овим законским решењима основано се може поставити питање: прво, у којој мери је било потребно уносити субјективан критеријум у појам овог правног института и друго, колико је основано, када су у питању друштвена правна лица, уносити и објективни и тако створити двојни режим.(7)

Изгледа нам да природи прекомерног оштећења више одговара објективни критеријум и да је решење заступљено у српском Грађанском закочику сасвим у сагласности и са данашњим потребама, а и са великим делом теорије која се бавила овом проблематиком.(8) Прекомерно оштећење се уводи у правни систем првенствено ради тога да се заштити начело еквиваленције узајамних давања у двострано обавезним уговорима. Потпуна еквиваленција се не може увек постићи и извесна одступања се морају толерисати. Међутим, прекомерна одсту-

(4) Пресуда Савезног врховног суда Гз 115/62 од 22. децембра 1962, Збирка судских одлука, књ. VII, св. 3, 1962.

(5) Пресуда Врховног суда Хрватске, Гж 3664/77 од 19. I 1978, објављена у прегледу судске праксе у години 1978, одлука бр. 65.

(6) Константиновић, др Михаило: Облигације и уговори — Скица за Законик о облигацијама, Београд, 1969.

(7) Перовић, др Слободан: Неколико напомена поводом Нацрта Закона о облигацијама и уговорима, Правни живот, 1976, анекс уз бр. 12.

(8) Лоза, др Богдан: Начело еквивалентности престација и ништење односно раскидање или измјена уговора, Привреда и право, 1978, бр. 9, стр. 57.

пања вређају неке основне моралне вредности, према чему друштво не може да остане равнодушно. Не одговара начелу поштења и савесности у уговорним односима да једна страна извуче прекомерну корист, независно од тога да ли је друга страна знала за ту чињеницу, односно за праву вредност узајамних престација. И поред све диспозитивности облигационоправних односа, јавни поредак је заинтересован да се они развијају у нормалним границама које су утврђене еквиваленцијом. Ово утолико пре што постоје друга правна средства којима се може тражити поништење сваког уговора и без обзира на висину оштећења (заблуда, превара, принуда, зеленашки уговор).

Поред тога, уведен субјективни критеријум учинио је обавезним доказивање да оштећена страна није знала нити морала знати праву вредност онога што даје одн. прима. Несумњиво да је то тежак задатак за оштећеног, јер су заиста могућности познавања појединаца вредности у промету толико различите с обзиром на сва њихова својства, која се свакако приликом те оцене морају узети у обзир. А није потребно ни истицати да су врло велике могућности злоупотреба несавесних уговорних страна, којима се увек пружа могућност да у судском поступку доказују да нису знале за праву вредност престација, те да тако обарају уговор који су без икакве заблуде закључили, ако им је то у датом моменту било потребно. Ово ће им бити утолико лакше што и сама висина прекомерног оштећења новим прописима није прецизно утврђена, о чему ће *бити речи касније*.

Посебно питање, у вези са критеријумом, представља увођење посебног режима у промету основних средстава, ако је једна страна у уговору друштвено правно лице. Мада, у принципу сматрамо објективни критеријум погоднијим, ипак мислимо да није било места увођењу двојног режима, поготову ако то увођење фаворизује једну уговорну страну. Увиђајући сав значај друштвене својине за наше друштвено-економске и друштвено-политичке односе, ипак се не можемо сложити са таквим третирањем уговорних страна, јер се тиме крши једно од основних начела Закона о облигационим односима. Наиме, чл. 11. тога Закона каже да су учесници у облигационом односу равноправни. Међутим, чл. 140. Закона, који говори о отуђењу и стицању основних средстава односно ствари које могу бити основна средства утврђује очигледну неравноправност странака. Пре свега, према ст. 4. истог члана поништење уговора може тражити само друштвено правно лице које је било уговорна страна, као и надлежни орган. Значи, грађанин или грађанско правно лице које, такође, може бити оштећено таквим уговором не може по условима из тог члана захтевати поништење уговора. Затим, као што је већ напоменуто, у ст. 3. истог члана коже се да незнање праве вредности ствари у часу закључења уговора није услов за његово поништење. Према томе, и овом одредбом је друштвено правно лице доведено у повољнији положај, јер се за оцену постојања прекомерног оштећења не примењује субјективни, као што је у свим осталим случајевима и са свим тешкоћама које он ствара, већ објективни критеријум. Несумњиво је да је теже доказивање субјективног елемента

када су у питању правна лица. Међутим, тај проблем није нерешив, тако да због њега није требало дирати у начело равноправности странака.

3. Другу значајну новину Закон о облигационим односима унео је у погледу утврђивања чињенице када постоји прекомерно оштећење, што је једно од битних питања у овој области. Јер, први услов да би се могло захтевати поништење уговора по овом основу је постојање те чињенице.

Српски Грађански законик (пар. 559. и 560) и аустријски Општи грађански законик (пар. 934. и 935) предвиђали су да се поништење уговора по овом основу може тражити ако једна страна није примила „ни пола обичне вредности онога, што је другој страни дала." У оба законика прихваћено је традиционално одређивање несразмере узајамних престација, тј. прихваћено је „оштећење преко половине".

И наши позитивни закони који, као што смо видели, прекомерно оштећење регулишу само код промета непокретности утврђују на сличан начин висину несразмере. Наиме, и они утврђују висину оштећења у одређеном проценту према правој вредности непокретности. Само, та висина није, као у ранијим законицима утврђена на више од 50%, већ у другом проценту. По Закону о промету земљишта и зграда несразмера постоји ако продајна цена непокретности, када је отуђује друштвено правно лице, не достиже две трећине вредности продате непокретности, односно ако куповна цена, када непокретност купује друштвено правно лице, прелази, такође, за више од трећине вредност непокретности. А Закон о промету непокретности СР Србије поставља још строже мерило. По њему се поништење уговора може тражити ако продајна цена не достиже прометну вредност непокретности.

Закон о облигационим односима поставио је ново мерило. По њему прекомерно оштећење постоји „Ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера..." Закон је увео нов појам, постојање „очигледне несразмере". То значи да је у сваком појединачном случају остављено суду да утврди да ли у једном уговору чије се поништење тражи постоји „очигледна несразмера" узајамних давања.

Овакав начин утврђивања несразмере, овакво мерило, може, на први поглед, изгледати еластичније од утврђивања одређеног процента. У сваком конкретном случају даје се могућност суду да утврди да ли постоји очигледна несразмера, узимајући у обзир све околности случаја. То значи да би се по овом основу могао поништити уговор код кога оштећење износи и мање од половине вредности давања, као и ако износи више од тога. (9)

Питање је да ли се много или уопште нешто добило увођењем појма „очигледне несразмере". Применом овог мерила однос вредности узајамних давања препуштен је субјективној оцени. А свака таква

(9) Круљ, др Владета: Концепција и основни институти Закона о облигационим односима, Привреда и право, 1978, бр. 9, стр. 18. Лоза, др Богдан, op. cit., стр. 56.

оцена о истој ствари може дати други резултат у зависности од личности која је даје. То може лако довести до тога да се за два објективно идентична случаја донесу две различите одлуке. Тешко да би се за то могло наћи неко оправдање.

Поред тога, примена овог мерила је и компликованија од утврђивања прекомерног оштећења рачунским путем. Раније, суд је утврђивао праву вредност ствари у време закључења уговора, што су по правилу чинили вештаци, и упоређивањем те вредности са уговореним давањима, што је представљало једну рачунску операцију, утврђивао да ли је једна страна оштећена преко половине, трећине и слично. Сада, по одредбама Закона о облигационим односима, то није довољно, нити потребно. Објективној рачунској радњи супституирана је субјективна оцена, при којој, ако хоће да се реализује законски текст, треба узети у обзир још низ околности. (10).

Оваквим утврђивањем постојања несразмере узајамних давања, као и у претходним разматрањима изложеног критеријума за утврђивање појма прекомерног оштећења, цела материја прекомерног оштећења је скоро потпуно субјективизирана. Субјективан је начин утврђивања појма прекомерног оштећења („није знала нити је морала знати") и субјективна је оцена несразмере („очигледна несразмера"). Овим је једна правна установа, јасно разграничена од других које у крајњој линији имају исту сврху, врло приближена тим другим. Тиме је стављена у питање сврсисходност и потреба њеног постојања. Најме, ако се уговор, без обзира на висину оштећења, може поништити само ако оштећена страна није знала вредност узајамних давања, значи да је она била у заблуди о вредности. Тада су прописи о поништењу уговора због заблуде сасвим довољни за такве ситуације. А ако је једна страна користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу уговорила корист која је у очигледној несразмери са оним што је дала, онда се могу применити одредбе Закона које се односе на поништење зеленашких уговора.

Уосталом, у неким правним системима и нема установе прекомерног оштећења независно од елемената зеленашких уговора. (11) Само, они тада траже постојање два кумулативно постављена услова: очигледна несразмера и субјективно стање друге уговорне стране. (12) И заиста, изгледа нам да прекомерном оштећењу као посебном правном средству за заштиту оштећене стране има места само ако се критеријуми поставе објективно, јер нам за друге случајеве поништења уговора и отклањања неекивалентне размене стоје на расположењу друга правна средства.

4. Закон о облигационим односима унео је новину, и према нашим ранијим грађанским законицима и према нашој послератној судској пракси, и у погледу рока у коме се може тражити поништење уговора због прекомерног оштећења. Наиме, и по српском Грађанском законику

(10) Перовић, Слободан: Нова решења Закона о облигационим односима у области уговора и проузроковања штете, Правни живот, 1978, бр. 6 — 7, стр. 12.
(11) Види фусноту (4).
(12) Перовић, др Слободан: Облигационо право, I, Београд, 1973, стр. 286.

(пар. 937) и по аустријском Општем грађанском законику (пар. 1487) захтев за поништење уговора због оштећења преко половине могао се поднети у року од три године од дана закључења уговора.

Наши позитивни закони, који делимично уређују прекомерно оштећење, утврђују много краће рокове. Према чл. 24. Закона о промету земљишта и зграда, друштвено-политичка заједница на чијој се територији налази непокретност која из друштвене својине прелази у својину грађана или грађанских правних лица може захтевати преко јавног правобраниоца у року од једне године поништење уговора ако продајна цена не достиже две трећине прометне вредности непокретности у време закучења уговора. Закон о промету непокретности СР Србије утврдио је у чл. 32, такође, рок од једне године. Најкраћи рок је САП Војводине и износи само шест месеци.

Наша судска пракса имала је колебања у погледу рока у коме се могло захтевати поништење уговора због оштећења преко половине. Најпре је примењиван рок застарелости од три године, као што је био утврђен и у предратним грађанским законицима. Врло прецизан став у томе погледу заузео је Врховни суд Словеније у својој пресуди Рев. 24/57 од 14. новембра 1957. године. У њој је заузет став да, пошто ниједним позитивним законским прописом није одређен рок у коме се може подићи тужба са захтевом да се поништи уговор због прекомерног оштећења, једино могуће решење је да се на основу чл. 4. Закона о неважности правних прописа, примени трогодишњи рок из наших предратних грађанских законика, поготову што је у свима био исти, тако да то даје јединствено решење на целој територији Југославије. Исти став заузео је и Врховни суд Босне и Херцеговине. (13) Међутим, касније је настала дилема, којој није било места, а то је: да ли и на ове случајеве треба примењивати прописе Закона о застарелости потраживања. И Врховни суд Југославије је 1963. године дочео пресуду којом је изменио раније праксу судова и отклонио примену трогодишњег рока из предратних грађанских законика. Врховни суд Југославије је заузео становиште, супротно становишту Врховног суда Словеније, да се и о року за побијање уговора због прекомерног оштећења суди по Закону о застарелости потраживања, јер, како се каже у пресуди, и ово право „произилази из једног облигационог односа". Последица оваквог става Врховног суда Југославије је да је рок са три продужен на десет година. Наиме, примењен је општи рок застарелости из чл. 14. Закона о застарелости потраживања, пошто ни тим ни неким другим законом није утврђен други рок. Остављајући по страни питање да ли се на рок за поништење уговора због прекомерног оштећења уопште може примењивати Закон о застарелости потраживања, свакако да је такав став био у потпуности супротан ситуацијама које настају због прекомерног оштећења и које захтевају брзо разрешење. (14)

(13) Решење Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж 100/73 од 9. марта 1973. — Збирка судских одлука, књ. XVIII, св. 1, одлука бр. 43.

(14) Аранђеловић, др Светислав: Рок за поништење уговора због прекомерног оштећења, Правни живот, 1977, бр. 1, стр. 43.

Закон о облигационим односима унео је новину у погледу рока у коме се може тражити поништење уговора. Закон не само да је отклонио примену десетогодишњег рока, који не одговара потребама сигурности правног саобраћаја, већ је утврдио краћи рок од онога који је постојао у нашем предратном законодавству. Закон је у ст. 2. чл. 139. утврдио да „Право да се захтева поништење уговора, престаје истеком једне године од његовог закључења".

Усвајајући овакво решење Закон је усвојио став већине законодавстава, што је, уосталом, и став правне теорије. Наиме, сва законодавства за разрешење оваквих ситуација предвиђају кратке рокове. Тако, француски Грађански законик (чл. 1676) и италијански Грађански законик (чл. 1449) одредили су рок од годину дана. Грчки Грађански законик (чл. 157) и Грађански законик НР Пољске (чл. 388) за поништење уговора оставили су време од две године. Грађански закочик РСФСР (чл. 78) дозволио је нешто дужи рок — три године. Проф. Михаило Константиновић у својој Скици за Законик о облигацијама предложио је рок од једне године (чл. 107). Закон о облигационим односима то је и усвојио, што је свакако добро и одговарајуће решење, јер задовољава неколико захтева који су од битног значаја за постизање сврхе коју институт прекомерног оштећења треба да има.

Пре свега, правна сигурност представља један од елемената који је врло значајан за утврђивање рока у коме се може захтевати поништење уговора због прекомерног оштећења. Правна сигурност и уговорних страна и трећих лица захтева да у једном разумном року уговором створено стање буде коначно, да са таквим стањем могу сви рачунати и бити уверени да не могу бити изложени ризику и споровима. С једне стране постоји потреба правне сигурности, а са друге евентуално имовинско оштећење једне од уговорних страна. У сукобу та два интереса, страни која је оштећена треба оставити довољно времена да недостатке таквог уговора отклони, али не и претерано много да би могла да буде немарна у рашчишћавању својих односа, па чак и злонамерна на штету правне сигурности другога.

Затим, Закон о облигационим односима је отклонио постојање два различита рока када су у питању грађани и грађанска правна лица и друштвена правна лица. За грађане и грађанска правна лица рок је био много дужи од рока који су за друштвена правна лица утврдили савезни и републички закони о промету непокретности, што је у пракси доводило до апсурда да је приватни сопственик имао право да тражи поништење уговора у много дужем року него друштвено-политичка заједница која се појављује као представник општих интереса.

Најзад, треба поменути и данашње врло брзе промене цена и вредности, проузроковане многим разлозима. То ствара доста велике тешкоће приликом одлучивања о захтеву за поништење уговора због прекомерног оштећења, јер је тешко, после дугог времена, утврдити вредност ствари у време закључења уговора, па према томе и донети одговарајућу одлуку.

5. Последње питање које овде у овом тренутку заслужује пажњу је питање области примене прописа о прекомерном оштећењу.

По српском Грађанском законику захтеву за поништење уговора због оштећења преко половине било је места код свих теретних уговора. Аустријски Грађански законик је предвиђао да се такав захтев може поставити код двострано обавезних послова.

Закон о облигационим односима домен примене одредаба о прекомерном оштећењу ограничава на двостране уговоре. Значи, усвојио је област примене ширу од оне утврђене у српском Грађанском законику, а ужу од области одређене у аустријском Општем грађанском законику. Наиме, Закон о облигационим односима је шири од српског Грађанског законика, јер је овај други обухватао само теретне уговоре, а Закон о облигационим односима све двостране, свакако под њима подразумевајући двострано обавезне уговоре. А као што је познато, сви двострано обавезни уговори су уједно и теретни, док сваки теретни уговор није у исто време и двострано обавезан. Закон о облигационим односима је, пак, ужи од аустријског Општег грађанског законика, јер се он односно на све двострано обавезне послове, а Закон о облигационим односима на двостране уговоре.

Из овако утврђене области примене изузети су у петом ставу чл. 139. Закона већ традиционално утврђени случајеви. Наиме, због прекомерног оштећења не може се тражити поништење уговора на сређу, јавне продаје, као ни онда када је за ствар дата виша цена из особите наклоности. Исто тако, одредбе овог Закона не односе се на уговоре о промету непокретности која је основно средство друштвеног правног лица (чл. 140, ст. 5). Тада се примењују одговарајући републички прописи.

Значајније од овога је проширивање области примене института прекомерног оштећења и на уговоре привредног права.

Члан 25. Закона о облигационим односима каже да се одредбе које се односе на уговоре примењују на све уговоре, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено. У члановима 139. и 140, који регулишу ову материју, нема посебних одредаба за уговоре у привреди, тако да значи да се оне примењују и на уговоре у привреди.

Ово је свакако новина према нашем досадашњем праву. Наши предратни прописи нису се односили на трговачке или привредне уговоре. Ни наша досадашња судска пракса није примењивала ово правно средство на уговоре у привреди. И проф. Константиновић је у својој Скици, у члановима који се односе на прекомерно оштећење, изричито искључио привредне уговоре, тј. уговоре које привредне организације, занатлије и други појединци, који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну делатност, закључују међу собом у обављању своје привредне делатности, или у вези са том делатношћу.

Основано се поставља питање да ли је умесно проширивање примене овог правног средства и на уговоре у привреди. Постоји гледиште, које би се могло бранити са доста аргумената, да увођење института прекомерног оштећења у област привредног права може, у извес-

ној мери, да делује као кочница привредног промета. Поред тога, не треба изгубити из вида чињеницу да привредне уговоре закључују лица која се одређеним пословима професионално баве, која, с обзиром на то, треба да су стручњаци за делатност у оквиру чијег обављања и закључују уговоре и која морају познавати вредност ствари, роба и услуга о којима закључују уговоре, као и стање на тржишту. С обзиром на то тешко би се могло претпоставити да такво лице, уколико, разуме се, не врши злоупотребу својих овлашћења, може закључити уговор у коме би се толико преварило у вредности узајамних престација да би постојала очигледна несразмера. Уосталом, тешко да би се прописи о прекомерном оштећењу уопште могли применити у привредном праву и с обзиром на сам текст чл. 139, ст. 1. Закона о облигационим односима који каже да овом правном средству нема места ако је оштећена страна знала за несразмеру или морала знати. Судови, приликом процене овог услова у конкретним случајевима, чак и ако би могли евентуално да усвоје да лице које је закључило уговор у привреди није знало, тешко да би могли да прихвате да то лице, када се већ бави тим пословима, није морало знати праве вредности узајамних давања.

др Светислав Т. Аранђеловић

РЕЗЮМЕ

Чрезмерный ущерб согласно Закону об облигационных отношениях

В статье рассматриваются некоторые вопросы, важные для института чрезмерного ущерба, которы в Законе об облигационных отношениях получили новые решения.

Прежде всего здесь рассмотреч вопрос критерия для определения понятия чрезмерного ущерба. Закон, как правило, усвоил субъективный критерий. Автор считает, что это не самое лучшее решение, которое соответствовало бы природе этого юридического института. Он указывает и на известные проблемы, в связи с этим возникшие, и которые могут создать ряд затруднений в применении закона.

Затем в статье говорится, каким образом утверждается сам факт существования чрезмерного ущерба. В отличие от югославского закона, действовавшего до настоящего времени и утверждавшего наличие чрезмерного ущерба в случае, если одна сторона потерпела ущерб объемом больше половины, Закон об облигационных отношениях требует утверждения существования „очевидных несоразмерностей" взаимных платежых возмещений без определения их минимального размера. Это более эластичный критерий, но этим дана возможность субъективной оценки суда в каждом конкретном случае утверждать существовачие „очевидных несоразмерностей", что осложняет применение в практике.

Так как автор коснулся вопроса срока, в котором может быть внесено требование об аннулировании договора, а который Закоч предписал время в течение одного года, что значетельно короче, нежели это было до ныне, автор подробнее остановился на области примечения этого института. Особенно рассмотрено значение и целесообразность расширения применения чрезмерного ущерба и в области хозяйственного закона. Автор считает, что какое решение не соответствует на характеру ни потребностям хозяйственного оборота, так как, между прочим, хозяйственные договора заключают между собой лица, занимающиеся по професси определенной деятельчостью, и которые по сути должны хорошо знать стоимость и ценность взаимных платежных возмещений.

A SUMMARY

Excessive Damage according to the Law on Obligation Relations

This article deals with some significant questions concerning the institute of excessive damage, which have been solved in a new way through the provisions of the Law on Obligation Relations.

First of all, there is the question of criterion for the determination of the concept of excessive damage. The Law has adopted the subjective criterion as a rule. The author thinks that this is not the best solution consistent with the nature of this legal institute. He points out certain problems resulting from this situation which may create difficulties in the implementation of the Law.

Furthermore, the article discusses the method of determination of details leading to the establishment of excessive damage. Contrary to the point of view standing in Yugoslav law so far, according to which excessive damage has been established if one of the parties has been „damaged over one half", the Law on Obligation Relations demands the establishment of „evident disproportion" of mutual „praestatio", without deteremining how much the minimum of this must be. There has been given a more elastic measure, but in doing so, it has been left to the subjective discretion of the court to evaluate the existance of „evident disproportion" which is more complicated for application in practice.

Having touched upon the question of the period in which the demand for the annulment of the contract can be submitted, in which case the Law has provided a period of one year, and which is considerably shorter a period than provided in law so far, the author devotes notable attention to the implementation of this institute. More particularly, the significance and suitability of expansion of implementation of excessive damage to the field of economic law. The author feels that such a solution does not go together with the nature or needs of economic business activity since, among other things, economic contracts are concluded by parties professionally attached to a certain business activity and who, by nature of things, must be acquainted with the value of mutual „praestatio".

RÉSUMÉ

La lésion des normes d'après la Loi relative aux rapport d'obligation

Dans cet article sont examinées certaines questions qui présentent de l'importance pour l'institution de la lésion des normes et qui sont résolues d'une nouvelle manière dans la Loi relative aux rapports d'obligation.

Tout d'abord, la question est examinée du critère pour la détermination de la notion de la lésion des normes. La Loi a adopté comme règle le critère subjectif. L'auteur considère que de cette manière on n'a pas trouvé la meilleure solution qui correspond à la nature de cette institution juridique. Il a attiré l'attention sur certains problèmes qui prennent naissance à cause de cela et qui peuvent créer des difficultés dans l'application de la loi.

Ensuite, dans l'article est exposé le mode d'après lequel on détermine le fait si la lésion des normes existe. A la différence du droit yougoslave qui était en vigueur jusqu'à présent, qui considérait que la lésion des normes existe si l'une des parties contractantes est „endommagée pour plus de la moitié", la Loi relative aux rapports d'obligation requiert qu'il existe une „disproportion évidente" des prestations mutuelles, sans déterminer quel doit être son minimum. Un critère plus élastique est donné, mais de cette manière on a confié à l'estimation du tribunal de déterminer l'existence de la „disproportion évidente", mais c'est plus compliqué pour l'application dans la pratique.

Après avoir effleuré la question du délai dans lequel on peut présenter la demande pour l'annulation du contrat, qui est fixé par la loi à un an, ce qui est bien plus court que d'après le droit actuellement en vigueur, l'auteur s'est attardé un peu plus longtemps sur le domaine de l'application de cette institution. En particulier l'examen a été effectué de l'opportunité de l'élargissement de la lésion des normes aussi sur le domaine du droit économique. L'auteur considère qu'une telle solution ne correspond pas à la nature et aux besoins des échanges économiques, car, entre autres, les contrats économiques conclus mutuellement entre les personnes qui s'aoccupent professionnelement d'une activité déterminée et qui, par la nature des choses, doivent connaître la valeur des prestations mutuelles.

НАСТАВЉАЊЕ ОБВЕЗНИХ ОДНОСА НАКОН ДУЖНИКОВЕ СМРТИ, У СВИЈЕТЛУ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О ОБВЕЗНИМ ОДНОСИМА

А) Начело настављања обвезних односа након дужникове смрти

Начело свих суврeмених правних поредака је, да обвезни односи не престају услијед дужникове смрти, него се настављају с његовим насљедником. (1) Само изнимно од тога, услијед дужникове ће смрти престати они обвезни односи у којима је дужникова обвеза била особне природе, као и они за које је то посебно уговорено или одређено прописом. Ово начело, с истим изнимкама вриједи и у нашем правном поретку. Закон о обвезним односима (2) то изражава општим правилом: „смрћу дужника или вјеровника престаје обвеза само ако је настала с обзиром на особна својства које од уговорних страна или особне способности дужника" (чл. 359. ЗОО), те посебним правилом у погледу уговора (и осталих правних послова) (3): „уговор има учинак и за универзалне правне сљедбенике (4) уговорних страна, изузев ако је што друго уговорено или што друго произлази из природе самог уговора" (чл. 148, ст. 2. ЗОО). У погледу неких врста обвезних односа ЗОО још посебно одређује да они престају смрћу дужника, но број таквих одре-

---

(1) Архаична права придају обвезама строго особни карактер, тако да оне престају са смрћу дужника. Правило да обвезе умрлог дужника прелазе на његове насљеднике настало је и у римском праву тек као резултат постепеног развоја (в. Korošec V.: Die Erbenhaftung nach Römischem Recht, Leipzig 1927, те тамо наведену литературу). Касније је опет требало проћи много времена док се у правима средњевјековне Европе (тзв. германским правима) напустило схваћање о престајању обвеза са смрћу дужника, те га се замијенило правилом да дужникови насљедници одговарају за његове обвезе. Сматра се да се тек у Sachsenspiegel-u (XIII ст.) појављује то правило по први пута. Но да оно још дуго времена није било широко прихваћено најбоље показује једна бургундијска сага из XV ст., из које се сазнаје да је пут којим су вјеровници умрлог дужника долазили до наплате свога потраживања још увијек био посредан. Они нису били овлаштени да истог потражују од дужниковог насљедника, али су били овлаштени да узму тијело умрлог дужника, те да га задрже тако дуго док им његова потраживања не буду подмирена (в. Martin P.: Die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten /diss./, Leipzig 1909, стр. 2 — 3);

(2) Службени лист СФРЈ бр. 29/1978. од 29. 5. 1978. Закон о обвезним односима је донесен и проглашен 30. 3. 1978. г., а на снагу ступа 1. 10. 1978.;

(3) ЗОО одређује аналогну примјену одредби о уговорима на све правне послове (чл. 25. ст. 3. ЗОО);

(4) Могло би се поставити питање, колико је било оправдано напуштање досад уобичајеног термина „правни сљедници", те замјењивање тог термина новим „правни сљедбеници". Термин „сљедбеник" се употребљавао у смислу — successor (фран. successeur, њем. Nachfolger) а назив „сљедник" у смислу ознаке за особу која слиједи неког вођу или идеју (франц. adhérent, partisan, disciple; њем. Anhänger);

дби није велик. Тако „пуномоћ престаје смрћу пуномоћника" (чл. 94. ст. 2. ЗОО), а „право првокупа покретних ствари не може се... наслиједити, ако законом није другачије одређено" (чл. 539. ЗОО).

Прихваћање овог начела, да се обвезноправни односи настављају с насљедником умрлог дужника, отвара питање — какав правни положај има дужников насљедник с обзиром на оставитељеве обвезе? Том питању ћемо посветити детаљније излагање.

Б) Проблем правног положаја дужниковог насљедника

Цивилистичка се знаност већ дуље времена сусреће с проблемом правног положаја дужниковог насљедника, наиме с проблемом — прелазе ли обвезе с умрлог дужника на његовог насљедника, или насљедник само постаје одговоран за оставитељеве дугове. (5) Традиционално се тај проблем третира као проблем науке о насљеђивању, па се и изражава као питање — улазе ли оставитељеве обвезе у састав оставине или не улазе? Одговор се тражио у правној нарави оставине, али се тим путем није успјело доћи до рјешења које би било опће прихваћено. На различитим концепцијама оставиче развили су се опречни ставови о томе улазе ли обвезе у оставину или не, а да ни један није успио задобити одлучујућу превагу над другим. Мишљења су остала строго подијељена. При томе се обично испуштало из вида, да се овом проблему може прићи и с друге стране — са стране науке о обвезноправним односима. Мислимо да управо с те стране треба прићи проблему правног положаја дужниковог насљдника, а откада је донесен Закон о обвезним односима постоји за то и чврста подлога у позитивном праву.

Несугласице око тог прелазе ли обвезе на насљедника или он само за њих одговара, потјечу од различитих схваћања о томе која је конструкција оставине. Док једни сматрају да оставина садржи и обвезе, дотле други тврде да су обвезе само терет на оставини. Па како на насљедника прелази оно што садржи оставина, то по првима на њега прелазе и оставитељеве обвезе, док по другима он само бива оптерећен тим обвезама тј. одговоран за њих. Све је то одраз спора око конструкције имовине, јер ако је оставина оно што је од имовине преостало након смрти, а обично је тако дефинира, тада је она једнако тако конструирана као што је конструирана имовина.

Спор између заступника тзв. романистичког и германистичког схваћања о конструкцији имовине, добро је познат. Зато ћемо се само у нај-

(5) Проблем је првенствено доктринарне природе, али његово рјешење је и те како од практичног значења, јер од њега овисе одговори на нека чисто практична питања. Тако о рјешењу тог проблема овиси на пр. одговор на питање — може ли насљедник кондиципрати оно што је оставитељевим вјеровницима исплатио преко границе своје одговорности? Јер ако су оставитељеви дугови постали његови дугови, тада он то не би могао: он није учинио нешто што није био дужан, него само нешто за што није био одговоран (чл. 213. ЗОО). Но ако оставитељеви дугови нису постали насљедникови, насљедник би могао потраживати назад оно што је исплатио преко граница своје одговорности (чл. 210 — 219. ЗОО);

општијим цртама осврнути на оба та схваћања. Као што знамо, према тзв. романистичком схваћању ([6]) имовина се састоји од двије различите групе — од активе и од пасиве. Активу чине права (права власништва на стварима, као и остала субјективна имовинска права) која припадају једној особи, док пасиву чине обвезе те особе. Универзални сукцесор постаје носилац како права тако и обвеза из састава имовине. Од имовине се разликује имовинска маса. Имовинска маса је заједнички назив за сва економска добра — ствари и права, која припадају једној особи. Та економска добра не улазе непосредно у састав имовине, него посредством права на та добра. Активу имовине неке особе чине права те особе на основу којих су та добра — њена добра тј. њене ствари и њена права. Кад нека особа стекне цијелу имовину друге особе, стекла је тиме све оно што чини активу и пасиву те имовине. Посредством права која чине активу, стекла је објекте од којих је састављена имовинска маса. Истовремено је стекла и пасиву, дакле — све обвезе. Према тзв. германистичком схваћању ([7]), имовина не садржи обвезе. Она се састоји једино од ствари и права једног носиоца (не у смислу активе, него у смислу имовинске масе). Тако је према овом схваћању имовина оно исто што и оставинска маса. Али то, да по овој концепцији у имовину не улазе обвезе, још увијек не значи да ће стјецалац имовине ову стећи бестеретно. Наиме, обвезе додуше нису саставни дио имовине, али оне су такође припадале оној особи којој је припадала та имовина. Та особа је за своје обвезе одговарала особно тј. својом имовином, па је тако њена имовина оптерећна одговорношћу за обвезе. Зато је онај тко је стекао имовину, уједно постао одговоран за обвезе, премда није стекао обвезе. Он је за њих одговоран оном имовином која је тим обвезама оптерећена. У новијем се развоју та његова одговорност проширује на одговорност цјелокупном властитом имовином (али само до границе вриједности оне имовине чији су терет биле те обвезе). ([7a])

Ова два различита схваћања о саставу имовине, одразила су се на схваћањима о саставу оставине. Они који прихваћају романистичко схваћање сматрају да се оставина састоји од активе и пасиве, док они који прихваћају германистичко схваћање сматрају да се састоји од ствари и права (односно у другој варијанти — од права на ствари одн. права), оптерећених одговорношћу за обвезе. На темељу тих различитих схваћања настала су и различита уређења насљеђивања. Главне практи-

([6]) То је схваћање било у општем праву општенито прихваћено (в. на пр. Regelsberger F.: Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893, стр. 361 — 365, посебно биљешка бр. 10; Brinz A.: Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, Erlangen 1873, стр. 445), а касније је пренесено у многа тзв. партикуларна права. Међу осталима и у аустријско право, а путем овога и у наше право;

([7]) О аргументима оних који су насупрот до тада владајућем романистичком схваћању истакли ово германистичко схваћање, те упуте на односну литературу в. код Enneccerus-Kipp-Wolff-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, стр. 843, а нарочито биљешку бр. 14;

([7a]) Став који смо горе изложили је екстреман германистички став. Постоје и такви ставови који су такође германистички, али су ипак нешто ближи романистичком схваћању. Тако многи не идентификирају имовинску масу с имовином, него као и романисти уче да се имовина састоји од права на добра из имовинске масе. Но за ово наше излагање то није од важности, јер нас овдје занима само једно — јесу ли обвезе дио имовине, а о томе сви заступници романистичког схваћања дају позитиван, а сви заступници германистичког схваћања негативан одговор;

чне разлике међу њима очитују се у погледу одговорности за оставитељеве обвезе. Наиме, по уређењу изграђеном на романистичкој концепцији, насљедник би стјецао све што оставина садржи, тако да би постајао носилац свих оних субјективних права што чине оставинску активу (а кроз то би му припадала сва добра оставинске масе), али би стјецао и све оставитељеве обвезе што чине оставинску пасиву. Он би насљеђивањем постајао дужник умјесто оставитеља. То је за њега могло бити веома непогодно, ако би пасива била већа од активе, јер како би морао испунити све оставитељеве обвезе, насљеђивање би за њега могло значити финанцијски губитак. Напротив, по уређењу изграђеном на германистичкој концепцији, насљедник би насљеђивањем стјецао оставитељеве ствари и права оптерећена одговорношћу за обвезе, али он не би стјецао те обвезе. Једино би за њих одговарао. Но та његова одговорност је била одговорност cum viribus hereditatis тј. одговорност оставинским добрима (оним стварима и правима што их је насљеђивао), дакле одговорност која није била особна, него је по пекулијарном систему била ограничена на реалну одговорност тим добрима. Тако се није могло догодити да насљедник претрпи финанцијски губитак тиме што је насљедио, али су могли бити оштећни оставитељеви вјеровници, јер би им се лако могло догодити да се тешко успију наплатити из оних добара која су припадала оставитељу. Кроз то је уређење засновано на германистичкој концепцији било погодно за насљеднике а непогодно за вјеровнике, док је оно романистичко било управо обрнуто — непогодно за насљеднике а погодно за вјеровнике. Но те разлике између ова два уређења су се у каснијем развоју смањиле. У уређењу заснованом на романистичком схваћању, отпале су непогодности по насљедника када је Јустинијановом реформом насљедник добио право да насљедство прими уз благодат пописа (cum beneficum inventarii). Наиме, ако би насљедник примио насљедство уз благодат пописа, тада би се оставинска актива пописала и процијенила, а насљедник не би одговарао за више обвеза него што је вриједност активе коју је добио. Дакле, насљедник би додуше стјецао све оставитељеве обвезе, али би за њих одговарао ограничено — до висине вриједности активе (одговорност је остала особна, али је постала квантитативно ограничена). С друге стране, према уређивању заснованом на германистичком схваћању, насљедник је и надаље насљеђивањем стјецао оставину у смислу ствари и права оптерећених обвезама, те није стјецао обвезе него је само био одговоран за њих, али је та његова одговорност претрпјела промјене. На мјесто раније реалне одговорности cum viribus hereditatis ступила је сада особна одговорност pro viribus hereditatis (тј. одговорност за оставинска добра). Насљедник је за оставитељеве дугове одговарао особно (тј. цјелокупном својом имовином), али не за већу вриједност тих дугова него што је вриједност ствари и права што их је насљеђивањем добио. Тако и по романистичкој и по германистичкој концепцији насљедници одговарају за оставитељеве обвезе особно, али ограничено — до висине вриједности наслијеђене активе. Једино што то ограничење одговорности по уређењу заснованом на романистичкој концепцији наступа само

ако га насљедник затражи (прихваћањем насљедства уз благодат пописа), док по уређењу заснованом на германистичкој концепцији то ограничење постоји већ ex lege. Тако су главне практичне разлике заправо нестале. (8)

Спор о томе, прелазе ли обвезе на насљедника или не, постоји и у погледу нашег права. Изгледа да је бивши савезни Закон о насљеђивању изграђен на германистичкој концепцији, јер чл. 2. ЗН каже: „насљеђивати се могу ствари и права...", а чл. 145. ст. 1 говори о одговорности за дугове: „насљедник одговара за дугове оставитеља...". Но док су неки наши теоретичари прихватили ту германистичку концепцију, (9) други су јој оспорили исправност те су ЗН тумачили у правцу романистичке концепције. (10) Ситуација се није измијенила доношењем нових републичких и покрајинских закона о насљеђивању, јер они у том погледу нису донијели ништа нова (чл. 2. и 143. ЗНБиХ; чл. 2. и 140. ЗНЦГ; чл. 2. и 144. ЗНМ; чл. 2. и 142. ЗДС; чл. 2. и 140. ЗНС; чл. 2. и 141. ЗНВ; ЗНК не садржи одговарајуће одредбе).

Мислимо да опречне ставове о томе прелазе ли обвезе умрлог дужника на његовог насљедника, треба испитати са становишта науке о обвезноправним односима, јер је цијели проблем првенствено обвезноправне природе. (11) Сматрамо да не може бити исправан онај став о том питању, који није у складу с науком о обвезноправним односима.

---

(8) Сматрамо да имовина заиста не садржи обвезе, али сматрамо и то да је случај оставине другачији. Сличности између оставине и имовине несумњиво постоје, али оставина није исто што и имовина, па чак није исто што и преостатак имовине. Оставина је заиста преостатак, али не само преостатак од имовине, него од уопће свега што је у правним односима припадало оставитељу. За оставитељева живота је постојала његова имовина, а постојале су и његове обвезе. Међу њима није било никакве непосредне везе. Веза је била само посредна — имовина је припадала истој особи, којој су припадале и обвезе (зато је та особа за своје обвезе одговарала својом имовином). С оставитељевом смрћу се то све мијења. Све што је преостало од онога што је у часу смрти припадало оставитељу, повезало се у оставину (у њој се налази и преостатак имовине и преостатак обвеза). Мислимо да у том смислу треба схватити када М. Ведриш дефинирајући правни појам имовине каже: „имовина је скуп субјективних имовинских права представљених једним носиоцем", а дефинирајући појам оставине каже „укупност права и обвеза које су објект насљеђивања назива се оставина" (в. Ведриш М.: Основе имовинског права, Загреб 1976, стр. 67 и 326);

(9) Став да оставитељеве обвезе улазе у састав оставине, усвојили су на пр. Благојевић (в. Благојевић Б. Т.: Наследно право у Југославији, Београд 1976, стр. 40 и 398), Финжгар (в. Финжгар А.: Дедно право у Југославији, Љубљана 1962, стр. 24 и 25, те *исти* у Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, Београд 1978, св. II, стр. 350), Силајџић А.: Насљедно право, Сарајево 1964, стр. 25 ј 244), Визнер (в. Визнер Б.: Грађанско право у теорији и пракси, св. II (Насљедно право), Осијек 1976, стр. 28), те други;

(10) Став да се обвезе не насљеђују него да дужников насљедник постаје одговоран за њих, усвојили су на пр. Павић (в. Павић Б. у Креч-Павић: Коментар Закона о насљеђивању, Загреб 1964, стр. 9 и 496 — 498), Марковић (в. Марковић С.: Наследно право у Југославији, Београд 1978, стр. 43), те други;

(11) Гледање на цијели проблем са становишта састава оставине је своје пуно оправдање имало онда, када се још насљеђивање сматрало за стјецање оставине у власништво. У то се вријеме учило да је оставина специфичан објект права власништва — universitas iuris (тј. правно јединство разноврсних појединачних правних ентитета — ствари, права и обвеза; јединство које је самосталан, од ствари, права и обвеза из свог састава различит правни објект). Насљедник је по том учењу стјецао власништво оставине (dominium hereditatis), а посредством тога је све оно од чега је оставина била састављена (ствари, права, обвезе) постало насљедниково. То је било и схваћање редактора ОГЗ-а. Но још у првој половини XIX стољећа је напуштено учење о universitas iuris (в. Hasse: Ueber Universitas iuris und rerum, und über Universal- und singular -Succession, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. V (1822), Hft. 1, s. 1 — 68; Mühlenbruch: Ueber die s.g. juris und facti universitates, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XVII (1834), Hft. 3, s. 321 — 379). Напуштање учења о universitas iuris, повукло је за собом и напуштање *учења по коме насљедник постаје власник оставине* (в. Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. III, Frankfurt a/M. 1906, стр. 477, биљешка бр. 12). Тиме је цијели проблем састава оставине изгубио на важности:

А чини нам се да с том науком није лако ускладити онај став, по коме обвезе умрлог дужника не прелазе на његовог насљедника него насљедник, само бива одговоран за оставитељеве дугове (стекавши оставитељеве ствари и права постао је одговоран за оставитељеве дугове). Јер ако тврдимо да обвезе умрлог дужника не улазе у састав оставине, те да не прелазе на дужниковог насљедника, тада ћемо се наћи пред несавладивим тешкоћама када ћемо са становишта науке о обвезноправним односима покушати наћи објашњење за то да насљедник за те обвезе одговара. Наиме, ако обвезе умрлог дужника заиста нису прешле на његовог насљедника, тада су морале престати с дужниковом смрћу, јер обвезе по својој правној природи не могу постојати а да никоме не припадају. Но како може дужников насљедник одговарати за обвезе којих више нема? А несумњиво је да за њих одговара. ([12]) Одговарати се може и за туђи дуг, али како се може одговарати за дуг којег нема? Тешко да се на то може наћи задовољавајући одговор, ако се инсистира на тврдњи како обвезе не прелазе на насљедника. То што је насљедник одговоран за оставитељеве дугове, упућује на закључак да ти дугови ипак постоје и након оставитељеве смрти. А јер дугови могу постојати једино ако некоме припадају, намеће се даљњи закључак да су они ипак прешли на насљедника. Дакле, ако цијели проблем гледамо са становишта науке о обвезноправним односима, тада нас то доводи до закључка да, без обзира говоре ли насљедноправни прописи о насљеђивању обвеза или само о одговорности за њих, обвезе умрлог дужника улазе у оставину и прелазе на насљедника (наравно, ријеч је само о оним обавезама које нису ненасљедиве). За дугове који су били оставитељеви одговара насљедник зато јер су то сада његови дугови. Овакав закључак је с доношењем Закона о обвезним односима добио и чврст темељ у нашем позитивном праву, јер како смо то већ горе навели — на основу одредбе чл. 359. ЗОО обвезе не престају (у начелу) услијед дужникове смрти, а на основу одредбе чл. 148. ст. 2. ЗОО обвезе производе оне исте (у начелу) правне учинке за дужниковог насљедника, какве су производиле за дужника.

В) Правни положај дужниковог насљедника према нашем правном уређењу

Ако прихватимо горе изложено становиште, тада бити дужников насљедник имплицира бити дужник умјесто њега (чл. 148. ст. 2. и чл. 359. ЗОО). ([13]) Оставитељеве су обвезе прешле на његовог насљедника ipso

([12]) То је несумњиво у свим суврeменим правним поретцима, без обзира јесу ли засновани на романистичком или германистичком схваћању.

([13]) То вриједи за све насљеднике (оставитељеве универзалне сукцесоре м.ц.), без обзира насљеђују ли на основу опоруке или на основу закона. То наравно вриједи и за нужне насљеднике, јер су по нашем насљедном праву и они оставитељеви универзални сукцесори м.ц. Треба споменути да су се ипак била појавила схваћања, да на нужног насљедника не прелазе оставитељеве обвезе, да он за њих не одговара. Таква схваћања су се одразила и у нашој судској пракси („Ако је нужни дио установљен пошто су се претходно одбили сви оставиочеви дугови, трошкови пописа и процјене оставине и трошкови сахране

iure, (14) самим тиме што је постао насљедником (15), (16) (дакле без преузимања дуга по одредбама чл. 446 — 450 — ЗОО). Зато је испуњавање (чл. 296 — 328. ЗОО), признавање (чл. 387. и 366. ЗОО), оспоравање, новирање (чл. 348. ЗОО) итд. оставитељевих дугова, ако је учињено у властито име а не за другога — pro herede gestio, па се насљедник који је нешто од тог подузео не може више одрећи свог насљедног права (чл. 133. ЗН; чл. 136. ЗНБиХ; чл. 133. ЗНЦГ; чл. 137. ЗНМ; чл. 135. ЗДС; чл. 133. ЗНС; чл. 119. ЗНК; чл. 134. ЗНВ). Од часа у коме је постао оставитељевим насљедником, оставитељеве обвезе су његове обвезе. (17), (18) Оне су на њега прешле цијеле, како дугови, тако и одговорност за њих.

остављоца, нужни насљедник не одговара за оставиочеве дугове имовином коју је добио као нужни насљедник.", Рјешење Врх. с. Југосл. бр. Рев-1517/64 од 20. 11. 1964., којим је укинута пресуда Врх. с. Хрв. бр. Гж-53/64 од 12. 2. 1964.; објављено у Наша законитост 1965, бр. 2, стр. 151, те у ЗСО 1964, св. 3. одл. бр. 322). Таква схваћања нису прихватљива, јер нису у складу с правном природом коју нужно насљедно право има у нашем правном уређењу. Нужни је насљедник увијек оставитељев универзални сукцесор, па чак и када је оставитељ одредио да му се нужни дио има исплатити у одређеним стварима, правима, или у новцу. Прихваћање става да нужни насљедник не одговара за оставитељеве дугове, значило би напуштање постулата да је нужни насљедник оставитељев универзални сукцесор. Осим тога, тај став је погрешан и зато, јер је изједначио двоје што се изједначити не може, он не разликује нужни дио од рачунске операције којом се утврђује колику би вриједност нужни дио требао имати. Зато теорија није никада могла прихватити такав став (в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 211 и 398; Финжгар А.: Једно право, стр. 137 и *исти* у Енциклопедији, стр. 375; Павић Б. у Креч-Павић, стр. 501; Силајџић А.: о. ц., стр. 246; Ude L.: Odgovornost nujnih dedičev za dolgove, Правник (Љ.) 1966, XXI, 1 — 3, стр. 109 — 111; Gavella N.: Одговорност за дугове оставиоца поЗакону о насљеђивању, Одвјетник 1972, бр. 1 — 2, стр. 5);

(14) Насљедник редовито неће ни знати које су све обавезе прешле на њега, јер наше право на жалост не познаје институт сазива вјеровника (в. Finžgar: Dedno pravo, стр. 138; *исти* у Енциклопедији, стр. 376; Павић Б. у Креч-Павић, стр. 497; Pajačić Č: Teorija nasljeđivanja (хабилитациона радња), Загреб 1958, стр. 61 — 62; Štempihar J.: Osnove civilnega prava, Obveznostno pravo Ljubljana 1962; Gavella N.: о.ц., стр. 14;

(15) Онај тко је наслиједио, али се потом ваљано одрекао насљедства (или се за њега ваљано одрекао његов предак), престао је ex tunc бити насљедником, па су оставитељеве обавезе престале бити обавезе тог насљедника, као да никад ни нису биле његове (чл. 145. ст. 2. ЗН; чл. 143. ст. 2. ЗНБиХ; чл. 140. ст. 3. ЗНЦГ; чл. 144. ст. 2. ЗНМ; чл. 142. ст.2. ЗДС; чл. 140. ст. 2. ЗНС; чл. 141. ст. 2. ЗНВ). Те су обвезе постале обвезе онога тко је насљедно умјесто насљедника који се одрекао. А ако умјесто овога није наслиједио нитко, па је оставина остала ошасна, те прешла у друштвено власништво, тада су те обвезе постале обвезе оне општине којој је припала оставина (в. Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 375, Павић Б.: о. ц., стр. 503—504). Али ако се насљедник није одрекао свог насљедног права, него је само свој удио у насљедничкој заједници уступио сунасљеднику, он није престао бити насљедник (чл. 139. ст. 2. и чл. 149. ЗН; чл. 137. ст. 2. и 147. ЗНБјХ; чл. 134. ст. 2. и чл. 144. ЗНЦГ; чл. 138. ст. 2. ЗНМ; чл. 136. ст. 2. и чл. 146. ЗДС; чл. 134. ст. 2. и чл. 144. ЗНС; чл. 120. ст. 2. и чл. 129. ЗНК; чл. 135. ст. 2. и чл. 146. ЗНВ). Зато су и након тога оставитељеве обвезе остале обвезе тог насљедника (в. Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 375; Павић Б.: о. ц., 503;

(16) Ако није познато или је спорно тко је насљедник, суд треба поставити старатеља оставине, који ће на терет оставинских добара испуњавати оставитељеве обвезе његовим вјеровницима (в. Марковић С.: о. ц., стр. 276). У вези с питањем — од кога могу вјеровници тражити да испуни њихова потраживања Павић каже: „Вјеровници нису дужни чекати с наплатом док се оставина расправи. Имају право без чекања захтевати исплату, намирење својих потраживања од сваког онога који се понаша као насљедник" в. Креч-Павић, стр. 497), но додаје да у крајњој линији „за остављоца одговара само дефинитивни насљедник . . ." (ibidem, стр. 498);

(17) Осим тога што су на насљедника прешле обвезе које су биле оставитељеве, насљедник је постао и дужник још неких обвеза тзв. дугова (отвореног) насљедства. Ријеч је о обвезама на испуњење оставитељевих записа и налога, надаље на плаћање трошкова оставитељевог погреба, исто тако и трошкова као и награде извршитеља опоруке, те трошкова и награде старатеља оставине. Све су то обвезе насљедника. Но то су обвезе које нису никада биле оставитељеве, него су за насљедника настале у вези с оставитељевом смрћу или с насљеђивањем. Зато оне нису прешле с дужника на његовог насљедника, него су настале за онога тко је насљедник (в. Марковић С.: Дугови заоставштине и редослед њихове уплате, Зборник радова ПФ Ниш VII/1968, стр. 91—109; *исти:* Наследно право, стр. 275 и 276; Финжгар А.: Једно право, стр. 135; *исти* у Енциклопедији, стр. 374).

(18) На основи одредбе чл. 140. ст. 2. ЗНЦГ „насљедник одговара за све издатке општине учињене у виду социјалних или других давања око издржавања оставиоца, ако она такав захтјев постави у року од мјесец дана од отварања насљеђа", а исто тако и на

Оставитељеви су дугови прешли на његовог насљедника онакви какви су били код оставитеља у часу његове смрти. Оставитељевом се смрћу није у погледу њих ништа измијенило (ријеч је, наравно, о оним дуговима који нису престали са дужниковом смрћу). Онако како је оставитељ дуговао, тако сада дугује његов насљедник. Тај насљедников дуг је и у погледу главне, а и у погледу свих споредних чинидаба, сачувао онај исти садржај којег је имао док је још био оставитељев дуг. ([18]) Оставитељева смрт није ни разлог због којег би престајало закашњење дужника — ако се оставитељ налазио у закашњењу с испуњењем, насљедник се нашао у том закашњењу. ([20]) Дакле, оставитељеви дугови су сада насљедникови дугови. Ако је правни положај насљедника јединствен (а то је редовито случај), ([21]) тада су ови дугови које је насљедник наслиједио дошли у везу с оним што иначе припада том насљеднику. Због тога, ако су то били дугови оставитеља насљеднику, они ће престати сједињењем, јер су се у истој особи сјединили дужник и вјеровник (чл. 353. ЗОО). ([22])

Заједно с дуговима на насљедника је прешла и одговорност за њих. ([23]), ([24]) Насљедник за те дугове одговара онако како је одговарао

основи одредбе чл. 142. ЗНВ „социјална и друга помоћ друштвене заједнице, коју је примао оставилац за живота сматра се, у смислу овога закона, дугом". То нису обвезе које су ча њега на основу закона настале јер је наслиједио. Марковић сматра да те обвезе имају приоритет пред оставитељским обвезама (в. Марковић С.: Насљедно право, стр. 276), док Благојевић напротив заступа мишљење да „при наплати ова потраживања општина имају исти правни третман као и други дугови оставиоца" (в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 398). Мислимо да нека потраживања могу имати приоритет пред другима једино, ако за то постоји правни основ. Без тога нема ни једно потраживање превенственo пред осталима. Ако се жели дати првенство овим потраживањима општина, тада то треба посебно прописати.

([19]) в. Павић Б.: о. ц., стр. 499;

([20]) Само сасвим изнимно долази у обзир дужникове смрти до неких промјена у погледу његових дугова. Таква је изнимка постојала у погледу поручанства (јамства) по § 1367. ОГЗ-а, који је одређивао: „ако погодба поручанства није утврђена хипотеком или покретним заложеним правом; престаје у три године послије смрти поручке, ако је вјеровник у то међувријеме пропустио искати по суду или ван суда доспјели дуг од насљедника". Након што ЗОО ступи на снагу, ова се одредба неће више моћи примјењивати као правно правило, па и та изнимка тиме нестаје;

([21]) Насљедников је правни положај јединствен, када не постоји подвојеност између онога што је иначе његово и онога што је његово зато јер је наслиједио;

([22]) Престанак сједињењем негира Финжгар (в. Финжгар А.: Придобитев дединчине, Правник (Љ) 1956, бр. 5—8, стр. 152). Чини нам се да одредбе чл. 353. ЗОО не омогућују усвајање овог става. Мислимо да би се сједињење могло избјећи једино тако да се насљедство одвоји. Постављањем старатеља оставини насљедство би било одвојено од онога тко је насљедник, па не би у истој особи били сједињени вјеровник и дужник;

([23]) Оставитељеви вјеровници имају против насљедника захтјев на испуњење. Оставитељ не може располагати с њиховим правима, па зато ни не може опоруком ваљано ограничити или искључити насљедникову одговорност за дугове. Но оставитељ би могао опоруком ваљано оптеретити свог насљедника с појачаном одговорношћу за дугове. (На интерну подјелу дугова међу сунасљедницима оставитељ може утјецати, в. доље у биљешци бр. 36);

([24]) Иако је насљедник постао особни дужник већ у часу када је наслиједио, ипак могућност наплате од њега фактично овиси о томе зна ли се да је наслиједио или се то не зна. Шта више, понекад је правна претпоставка за наплату оставитељевих дугова од насљедника — да је мјеродавно утврђено да је он насљедник. Тако: „Дозвола извршења правив другог лица, а не онога који је у извршном наслову означено као обвезник, може се издати само ако се јавним или јавно овереним исправама докаже да је обвеза утврђена у извршном наслову прешла од лица наведеног у том извршном наслову на онога против кога се тражи извршење. Без дозволе извршења против наведеног лица извршење се на његовој имовини не може проводити на основу дозволе издате према извршенику означеном у извршном наслову без обзира што је јавном или јавно овереном исправом доказано да је обвеза утврђена у извршном наслову прешла на то друго лице". (Гзс—34/76 од 25. 5. 1976., Билтен Савезног суда бр. 3/1976). То је у складу с чл. 22. Закона о извршном поступку (Службени лист СФРЈ бр. 20/1978);

оставитељ. То значи да за оне дугове за које је оставитељ одговарао особно, или и особно и реално (тј. особна одговорност му је била појачана кроз то што је одговарао и залогом, дакле с додатном реалном одговорношћу) — насљедник одговара исто тако. Ако је оставитељева одговорност била ограничена (било на реалну, по систему абандона или по пекулијарном систему; било да је његова особна одговорност квантитативно ограничена), тада је и насљедникова одговорност за те дугове тако ограничена. А ако оставитељ за неке дугове уопће није одговарао (јер су то били дугови из природних обвеза /натуралних облигација/), тада за њих не одговара ни насљедник. Тако, у правилу, насљедник наставља одговарати за дугове онако како је за њих одговарао оставитељ. Оставитељеву реалну одговорност за неки дуг, дакле одговорност с одређеном ствари или одређеним правом, наставља насљедник тако што сада он за тај дуг одговара с истом оном ствари односно с истим оним правом с којим је одговарао и оставитељ (наравно уз претпоставку да је ту ствар или право наслиједио). Насљедник наставља и оставитељеву особну одговорност, но код тога постоји разлика овисно о томе, је ли се оно што је насљедио повезало с оним што му иначе припада, или је од тога одвојено. У првом случају оставитељева особна одговорност наставља као насљедникова одговорност pro viribus hereditatis, а у другом као насљедникова одговорност cum viribus hereditatis. Насљедникова одговорност pro viribus hereditatis је особна, али ограничена одговорност за оне оставитељеве дугове за које је оставитељ особно одговарао. Оно што је насљедио повезало се с оним што иначе припада насљеднику, па кад насљедник за дуг особно одговара, он за њега одговара са свим својим имовинским добрима — како наслијеђенима, тако и осталима. Оставитељеви вјеровници могу своја потраживања намиривати из било којих насљедникових имовинских добара, како из оних која су била оставитељева, тако и из осталих. Но како су дугови за које насљедник овако одговара ипак дугови које није направио он сам него оставитељ, наш се правни поредак побринуо да насљедник услијед тога што је наслиједио не дође у лошији положај од онога којег би имао да уопће није наслиједио, па је насљедникову одговорност ограничио. Насљедникова одговорност за оставитељеве дугове је ex lege квантитативно ограничена. Граница насљидникове особне одговорности је укупна вриједност наслијеђених добара.(25) Зато када насљедник одго-

(25) Под укупном вриједношћу наслијеђених добара мисли се на зброј вриједности свих оних ствари и права, што их је насљедник стекао насљеђивањем. Вриједност дарова и легата које се насљеднику урачунавају у његов насљедни дио,овдје се не узима у рачун. Методе за утврђивање укупне вриједности наслијеђених добара су попис и процјена тих добара, али се вриједност наслијеђених добара у случају спора треба утврђивати у парници (то ће редовит бити случај, када у парници између вјеровника и насљедника ради плаћања оставитељевог дуга, насљедник стави приговор да није одговоран јер је већ исцрпљена његова одговорност за оставитељеве дугове). Ствари и права се процјењују по вриједности коју су имала у часу кад их је насљедник стекао насљеђивањем. То је редовито био час оставитељеве смрти.Једино ако се процјењује колика је вриједност добара што их је стекао онај тко је наслиједио под суспензивним увјетом или почетним роком, тада се у обзир узима вриједност коју су та добра имала у часу испуњења увјета односно у часу наступања рока (в. Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 375 и Павић Б.: о. ц., стр 499);

вара pro viribus hereditatis, тада он за оставитељеве дугове одговара особно тј. са свим својим имовинским добрима, али не за више од укупне вриједности наслијеђених добара (чл. 145. ст. 1. ЗН; чл. 143. ст. 1. ЗНБиХ; чл. 140. ст. 1. ЗНЦГ; чл. 144. ст. 1. ЗНМ; чл. 142. ст. 1. ЗДС; чл. 140. ст. 1. ЗНС; чл. 141. ст. 1. ЗНВ). [26] То значи да је насљедник дужан подмиривати оставитељеве дугове — сваког појединог у цијелости (тј. испунити главну чинидбу заједно са свим споредним — камата, пеналима, трошковима и сл.), све док не досегне постављену границу. [27] Али чим на подмиривање оставитељевих дугова потроши онолика вриједност колику је био стекао насљеђивањем, његова одговорност за оставитељеве дугове ex lege престаје. [28], [29], [30] Они оставитељеви дугови који су кроз то остали неподмирени (у цијелости или дје-

---

[26] в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 397; Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 374; Марковић С.: Наследно право, стр. 277; Павић Б.: о. ц., стр. 498 и сл.; Силајџић А. о. ц., стр. 245;

[27] У начелу не постоји између више потраживања неки однос, по коме би постојао приоритет код наплате или би се она наплаћивала пропорционално. За постојање таквог односа (и једне и друге врсте) потребан је посебан правни основ. (в. Марковић С.: Наследно право, стр. 276; *исти:* Дугови заоставштине и редослед њихове уплате, стр. 92);

[28] Између вјеровника више оставитељевих обвеза редвито не постоји никакав однос услијед којег би се њихова потраживања намиривала пропрционално, па ће зато насљедник намиривати свако појединo потраживање у цјелости, све док не досегне границу своје одговорности. Није потребно посебно истицати да се услијед тога може догодити да нека потраживања остану неподмирена. Ситуација је отежана тиме што ће вјеровнику често бити тешко утврдити која је особа насљедник, па пријети опасност да једном већ испуњено потраживање касније буде кондицирано. До часа кад ће вјеровник доћи у прилику да се ради наплате свога потраживања обрати на особу која је заиста оставитељев насљедник, остали вјеровници ће већ можда исцрпити имовину с којом тај одговара. Зато се била јавила мисао, да се путем стечаја насљедства омогући пропорционално намиривање свим вјеровницима. Наша судска пракса је то прихватила („Стечај се може отворити и у погледу оставине када за то постоје увјети и потребе ради сразмјерног намирења оставиочевих вјеровника.", рјешење Врх. с. Слов. бр. Гж.-178/61 од 30. 6. 1961., објављено у ЗСО 1961, св. 2, одл. бр. 129). Но могућност провођења стечаја над оставином је отпала с доношењем Закона о принудном поравнању и стечају из 1965. г. Наиме, по том закону се стечај може проводити једино над имовином правне особе, а над имовином физичке особе једино ако је та ималац радње (в. Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 376).

[29] Код намиривања из насљедничке имовине оставитељевим би вјеровницима могли конкурирати насљедникови вјеровници и легатари, те тиме смањити шансу оставитељевих вјеровника да своја потраживања намире у цјелости. Опасност коју за њихово намирење представљају потраживања насљедникових вјеровника могу оставитељеви вјеровници избећи тако, што ће затражити separatio bonorum — одвајање наслијеђених добара од осталих насљедникових добара. Након одвајања оставитељеви вјеровници се могу намирити из одвојених наслијеђених добара, а да им код тога не могу конкурирати вјеровници насљедника. Насљедникови ће се вјеровници моћи намиривати из насљеђених добара тек онда, када су оставитељеви вјеровници своја потраживања у цјетосли намирили или барем осигурали. Опасност коју би за намирење потраживања оставитељевих вјеровника могли претстављати захтјеви легатара, отклоњена је одредбом да оставитељеви вјеровници имају предност пред легатарима. Легатари ће се (како из наслијеђених тако и из осталих насљедникових добара) моћи намиривати тек након што потраживања оставитељевих вјеровника буду у цијелости намирена, или барем осигурана. Но велико је питање, може ли ова заштита осталевих вјеровника од насљедникових вјеровника и легатора бити ефикасна. Она се, као што смо рекли, састоји у томе да се ни насљедникови вјеровници (у погледу одвојених наслијеђених добара) ни легатари не могу намиривати тако дуго, док се не намире сва потраживања оставитељевих вјеровника. Али како у нашем правном систему не постоји институт сазива вјеровника, то није могуће утврдити која све потраживања оставитељевих вјеровника постоје. Зато се може догодити да насљедник, не знајући да постоје још нека неподмирена потраживања оставитељевих вјеровника, подмири своје вјеронике и легатаре, те тиме исцрпи своју имовину. Оставитељеви вјеровници који након тога затраже намирење својих потраживања, неће се имати одакле намирити. Зато мислимо да је штета што наше право не садржи институт сазива вјеровника (в. Gavella N.: о. ц., стр. 13 и сл;

[30] С тим у вези је занимљива одредба чл. 1008. ЗОО, која је изузетак од акцесорности јамства (поручанства), а која гласи: „Јамац одговара за цијели износ обвезе за који је јамчио и у случају кад би од дужникова насљедника могла захтијевати исплата само оног њезина дијела који одговара вриједности наслијеђене имовине.";

ломично), егзистирају и даље, али као природне обвезе. (31), (32) Само у изнимним случајевима када је оно што је насљеђено одвојено од онога што је иначе насљедниково, особна одговорност оставитеља се наставља тако, да насљедник за оставитељеве дугове одговара вјеровницима cum viribus hereditatis (чл. 146. ст. 3. ЗН; чл. 144. ст. 2. ЗНБиХ; чл. 141. ст. 3. ЗНЦГ; чл. 145. ст. 3. ЗНМ; чл. 143. ст. 2. ЗДС; чл. 141. ст. 3. ЗНС; чл. 126. ст. 2. ЗНК, чл. 143. ст. 3. ЗНВ). Када насљедник одговара cum viribus hereditatis, он тада за оставитељеве дугове одговара само с оним имовинским добрима која је стекао од оставитеља насљеђивањем. (33) С тим је добрима одговарао оставитељ за своје дугове, па сада за те дугове одговара насљедник с истим добрима (али у овим случајевима насљедник не одговара и са осталим својим добрима, јер не постоји веза између правног положаја што га има као оставитељев насљедник и оног правног положаја што га иначе има у правним односима). У таквим случајевима настаје привид да вјеровницима не одговара насљедник, него оставитељева добра. Но, наравно, онај тко одговара је и овдје насљедник, јер су оставитељева добра сада насљедникова добра, па онај тко се из њих намирује, намирује се од насљедника.

И у случају када су дужника наслиједиле двије или више особа као сунасљедници, вриједи све што смо горе изложили. Но како је оставитељ био само једна особа, а сунасљедника је неколико, обвеза која је с оставитеља прешла на њих постала је тиме плуралистичка. То значи, ако је чинидба која се дугује недјељива (чл. 412. ст. 1 ЗОО), сви сунасљедници постају судружници недјељиве обвезе (чл. 435. ЗОО). А ако је та чинидба дјељива, сунасљедници постају солидарни судужници те обвезе. Умјесто да се распала на онолико обвеза колико је сунасљедника, оставитељева је обвеза постала — солидарна обвеза свих сунасљедника (чл. 412. ст. 1. и 2. ЗОО). (34) Постала је солидарна на основу посебне одредбе закона (чл. 145. ст. 3. ЗН; чл. 143. ст. 3. ЗНБиХ; чл. 140. ст. 2. ЗНЦГ; чл. 144. ст. 3. ЗНМ; чл. 142. ст. 3. ЗДС; чл. 140. ст. 4. ЗНС; чл. 141. ст. 3. ЗНВ). Но тиме што су сунасљедници постали солидарни судужници, није ни мало помакнута граница одговорности сваког појединог од њих. Зато од појединог сунасљедника вјеровник додуше може наплатити већи дио обвезе него на овог отпада у интерном односу међу сунасљедницима (чл. 414. ст. 1. ЗОО), али то може једино у границама

(31) в. тако Марковић С.: Наследно право, стр. 247. Неки, напротив, сматрају да ти дугови престају постојати. Њихов би став био прихватљив у правном систему који попут њемачког не познаје натуралне облигације. Но у нашем правном систему постоје такве облигације (чл. 213. и 367. ЗОО);

(32) Благојевић заступа мишљење да би испуњење обвезе преко границе одговорности било бесплатни правни посао („поклон"), којег би могли побијати вјеровници насљедника, ако би услиједила такве исплате били онемогућени у наплати својих потраживања (в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 397—398). То би било побијање по одредбама чл. 280—285. ЗОО);

(33) в. Финжгар А.: Дедно право, стр. 137—138; *исти* у Енциклопедији, стр. 374; Марковић С.: Наследно право, стр. 274; Рајачић Ч.: о. ц., стр. 59—60; Силајџић А.: о. ц., стр. 247; Gavella N.: о. ц., стр. 4—5;

(34) в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 398; Финжгар А.: Дедно право, стр. 136 и 137; *исти* у Енциклопедији, стр. 375; Марковић С.: Наследно право, стр. 278; Павић Б.: о. ц., стр. 503; Силајџић А.: о. ц., стр. 246; Gavella N.: о. ц., стр. 4;

оне вриједности коју је односни сунасљедник стекао насљеђивањем.[35] Интерно, у односу међу сунасљедницима, обвеза се дијели на све сунасљеднике. Она се међу њима дијели првенствено онако како је то оставитељ одредио опоруком,[36] а ако нема такве опоручитељеве одредбе — на сваког сунасљедника отпада онолики дио колики је размјеран његовом насљедном дијелу (чл. 145. ст. 4. ЗН; чл. 143. ст. 4. ЗНБиХ; чл. 140. ст. 5 ЗНЦГ; чл. 144. ст. 4. ЗНМ; чл. 142. ст. 3. ЗДС; чл. 140. ст. 4. ЗНС; чл. 141. ст. 4. ЗНВ). Па ако је који од сунасљедника подмирио већи дио обвеза него на њега отпада, он има право да се регресира од осталих сунасљедника — од сваког за онолики дио плаћене обвезе, колики је отпао на односног сунасљедника (чл. 423. и 424. ЗОО).[37],[38]

У случају да је дужников насљедник постављен за насљедника под увјетом, роком, или уз налог,[39] такође вриједи правило — онај тко је насљедник, тај је дужник умјесто оставитеља. То значи да оставитељеве обвезе тако дуго не постају обвезе оне особе која је за насљедника постављена под суспензивним увјетом или под почетним роком, док се тај увјет не испуни односно док рок не наступи. Тек с испуњењем увјета односно с наступањем рока постаје та особа дужников насљедник, па је тек од тада она дужник умјесто оставитеља. И обрнуто — ако је нека особа била насљедник под резолутивним увјетом, завршним роком, или уз налог којег није извршила,[40] она је тиме престала бити насљедник оставитеља, па је и престала бити дужник умјесто оставитеља.[41] Када услиједе дјеловања увјета, рока, или налога дође до сукцесивног насљеђивања, дакле кад након што је дужников насљедник био једна особа (претходни насљедник) постане друга особа његов нас-

---

(35) в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 398—399; Финжгар А.: Једно право, стр. 137 *исти* у Енциклопедији, стр. 375; Марковић С.: Наследно право, стр. 278; Павић Б.: о. ц., стр. 503—504; Gavella N.: o. ц., стр. 4;

(36) Оставитељ може опоруком ваљано уредити међусобни однос сунасљедника у погледу наслијеђених обвеза — тј. одредити колики дио тих обвеза отпада на појединог сунасљедника (нужни насљедник ће те одредбе моћи побијати, уколико оне вријеђају његово право на нужни дио). Но тим ће опоручитељевим одредбама бити уређен само интерни однос међу сунасљедницима, али никако не и њихов однос према вјеровницима. У односу према вјеровницима сви сунасљедници су солидарни судужници свих оставитељевих обвеза (в. горе биљешку бр. 22);

(37) в. Благојевић Б. Т.: о. ц., стр. 399; Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 375; Марковић С.: Наследно право, стр. 279; Павић Б.: о. ц., стр. 503—504; Силајџић А.: о. ц., стр 246;

(38) Ака је нужни насљедник добио оставинска добра само у оној вриједности колико му припада као његов нужни дио, он ипак одговара вјеровницима за оставитељеве дугове, али тада има право да све што је њима исплатио регресира од својих сунасљедника (в. Финжгар А.: Једно право, стр. 137);

(39) О правним односима код одређивања насљедника уз увјет, рок и налог в. Рајачић Ч.: о. ц., стр. 97; Финжгар А.: Pogoi, rok in nalog v oslednovoljnih odredbah, Pravnik (Љ) 1957, бр. 11—12, стр. 477—485; Смоле А.: Učinak določitve dediča s pogojem ali z rokom na pravno usodo dediščine, Pravnik (Љ) 1959, бр. 5—8, стр. 206—216; *исти:* Posledovolina odredba uporabe zapuščinskog premoženja, Pravnik (Љ) 1961, бр. 12, стр. 373—384;

(40) Неиспуњење налога (модуса) дјелује слично као испуњење резолутивног увјета. Ипак, за разлику од резолутивног увјета „ако се налог точно испунити не може", па ако ни то није могуће „особа, којој је наложено, задржава ипак одређену јој заоставштину, ако се из воље опоручитеља не би противно видило". Но, „тко се је сам учинио неспособним испунити налог, губи остављену му заоставштину" (правна правила из § 710. бившег ОГЗ-а, за која мислимо да их треба примјењивати и надаље, јер нема нових прописа о налогу као једностраном правном послу. Одредбе чл. 749—740. ЗОО регулирају уговорне налоге, оне не омгу у свему замијенити правила о налозима као једностраним правним пословима;

(41) в. Финжгар А. у Енциклопедији, стр. 375; Павић Б.: о. ц., стр. 503;

љедник (потоњи насљедник),(42) настаје питање — који од њих је дужник, а и питање њихова међусобна односа. Дужник је увијек само онај од њих, који је насљедник у оном часу у коме вјеровник остварује своје право.(43) Неиспуњене, макар и доспјеле обвезе, прелазе на потоњег насљедника. Али ако је претходни насљедник испунио оставитељеву обвезу, а након тога је наслиједио потоњи насљедник, поставит ће се питање — има ли претходни насљедник одатле право да од потоњег насљедника потражује оно што је утрошио на испуњење те обвезе? Мислимо да има, али само у случају да је на испуњење утрошио своја добра (не она која је стекао насљеђивањем од оставитеља, него она која су му припадала с неког другог правног основа). Наиме, претходни је насљедник та своја добра употријебио на корист потоњег насљедника, јер када је на потоњег прешло насљедство оно је имало већу вриједност него што би је имало да претходни насљедник није из својих добара испунио ту обвезу. Зато претходном насљеднику на основу одредбе из чл. 217. ЗОО припада право да од потоњег насљедника потражује накнаду. То његово потраживање настаје у оном часу у коме је он престао бити дужников насљедник, а потоњи је то постао. Али уколико је претходни насљедник за испуњење оставитељевих обвеза утрошио наслијеђена добра, нити он има право потраживати накнаду тих добара од потоњег насљедника, а нити овај од њега (да обвезу није испунио претходни насљедник, морао би је испунити потоњи).(44)

Могуће је да на основу одредбе дужникове опоруке (ако таква одредба постоји, те у границама њене ваљаности) буде за дужникове обвезе (све или неке, у цјелости или дјеломично) одговоран који од легатара (један или више њих), а у граници вриједности легата(45) (чл. 98. ст. 2. ЗН, чл. 96. ст. 2. ЗНБиХ; чл. 93. ст. 2. ЗНЦГ; чл. 96. ст. 2. ЗНМ; чл. 92. ст. 2. ЗДС; чл. 93. ст. 2. ЗНС; чл. 84. ст. 2. ЗНК; чл. 94. ст. 2. ЗНВ). Како то утјече на обвезни однос? И у оваквом случају је односна обвеза ипак обвеза дужниковог насљедника, а не легатара.(46) Нити је легатар постао дужник умјесто насљедника (чл. 446 — 450. ЗОО), нити је постао дужник поред насљедника (чл. 451. ЗОО), јер је за обоје потребан пристанак вјеровника. Оставитељ не може својом опоруком, дакле својим једностраним очитовањем воље, извршити такву промјену у обвезном односу на страни дужника, која би се тицала вјеровника. Оно што опоручитељ може је једино то, да одредивши легат наложи легатару да

(42) Исти је однос ако је испрва оставина остала ошасна те припала општини, али се потом испунио суспензиван увјет или је наступио почетни рок за стјецање насљедног права; односно обрнуто — ако је прво дошло до насљеђивања, а потом је услијед наступања резолутивног увјета, завршног рока, или неиспуњења налога насљедно право престало, па је оставина остала те припала општини;

(43) У литератури се може наћи и мишљење, да су и претходни и потоњи наслиједник пасивно легитимирани у парници (в. Визнер Б.: Правни положај опоручног насљедника позваног на насљедство под увјетом, роком или налогом и начин расправљања оставине у оваковим случајевима, Одвјетник 1967, бр. 3—4, стр. 110). С таквим мишљењем се тешко сложити, јер пасивно легитимиран може бити једино онај тко је дужник, а не и онај тко то није. А дужник је онај тко је насљедник, дакле — или претходни или потоњи насљедник, а никако оба;

(44) в. Gavella N.: о. ц., стр. 5—6;

(45) Постоји и мишљење, да одговорност легатара треба увијек бити мања од вриједности легата (в. Марковић С.: Наследно право, стр. 277);

(46) в. Gavella N.: о. ц., стр. 6.

умјесто насљедника испуни неку обвезу, или да му право на легат увјетује тиме да испуни неку обвезу умјесто насљедника. Ако опоручитељ тако поступи, а онај коме је легат намијењен се не одрекне таквог легата, тада је између оставитељевог насљедника и тог легатора настао однос — као да су они уговорили да ће легатар преузети испуњење те насљедникове обвезе (чл. 453. ЗОО). Тиме за вјеровника није настало право да ишта потражује од тог легатора (чл. 453. ст. 3. ЗОО); вјеровник је само дужан да од легатара прими испуњење, ако му га овај понуди (чл. 296. ЗОО). Захтијевати од легатара испуњење може једино извршитељ опоруке, или насљедник (односно умјесто насљедника — старатељ оставине), али једино уз претпоставку да је опоручитељева одредба на основу које легатар треба испунити тај дуг — одредба о налогу. Јер ако је то била одредба о увјету, тада нитко не може захтијевати од легатара да испуни ту обвезу умјесто дужника. На испуњење налога се може силити, али се не може силити на испуњење увјета. Код увјета је присила индиректна — ако је опоручитељ стјецање права на легат био увјетовао испуњењем неке обвезе, тада онај коме је право на легат намијењено неће то право стећи све док ту обвезу не испуни; а ако је опоручитељ увјетовао постојање права на легат испуњењем те обвезе, легатару ће његово право престати ако обвезу не испуни (у потоњем ће случају морати вратити оно што је стекао на основу тог права на легат, јер је то стекао на основу који је касније отпао — чл. 210. ст. 4. ЗОО). А ако легатар не испуни ту обвезу вјеровнику, насљедник ће се моћи регресирати од легатара (чл. 453. ст. 2. ЗОО).

др Никола Гавела

РЕЗЮМЕ

Продолжение обязательных отношений после смерти должника в свете постановлений Закона об обязательных отношениях

Существует принцип, что обязательные отношения не прекращаются в следствие смерти должника, но продолжаются с его наследником. Этот принцип усвоил и югославской закон, что можно увидеть и из Закона об обязательных отношениях.

В связи с этим существует проблема — каково правовое положение наследника должника, т.е. проблема перехода обязательств на него оставившим их, или же он только становится ответственным за них. Несогласия по отношению к конструкции наследства происходят из отсутствия согласия по этому вопросу между сторочниками романистического и германистического понимания конструкции наследственного имущества. В связи с тем, что ни одному из этих пониманий не удалось получить решительный первес, то вопрос конструкции наследства остался спорчым, а с ним и вопрос о правовом положении наследника должника. При этом часто упускалось из вида, что вопрос перехода обязательств на наследника должника является в первую очередь вопросом науки об обязательных отношениях. А он и в самом деле это и есть, и поэтому оба эти понимания следует исследовать, исходя из этой точки зрения. После такого исследования сделан вывод, что не соответствует науке об обязательных отношениях то понимание, по которому обязательства умершего должника не входят в состав наследства, и потому не переходят на наследника должчика, а он становится только ответственным за них. Значит, если обязательства умершего должника не перешли на его наследника, то они перестают существовать со смертью должника, так как обязательства не могут существовать не принадлежа ни к кому. Но, может ли кто-либо отвечать за обязательства, которые больше не существуют? Нет сомнения, что не может. И однако не подлежит сомнению и то, что наследник должника отвечает за обязательства умершего. Это приводит к выводу, что обязательства должника не прекращаются, а остаются в наследстве после смерти должника т.е. перешли на его наследника. Долги переходят в таком виде, какими были при жизни должника. И ответственность за эти долги переходит на наследника точно такая же, какая была и для должника. Наследник продолжает нести особую ответственность за долги должника.

В случае, если несколько лиц являются наследниками умершего в качестве равноправных наследников, положение по сути то же, только что обязательства становятся плюралистическими. Если же наследство неделимо, то и обязательства равноправных наследников неделимы; если же оно делимо, тогда обязательства их солидарны. Во внутренних отношениях между равноправчыми наследниками обязательства делятся на квоти.

A SUMMARY

The Continuation of Obligation Relations after the debtor's Death in Respect of the Provisions of the Law on Obligation Relations

The principle is that the obligation relations do not cease due to the death of the debtor, but are continued by his successor. This principle has also been adopted by Yugoslav Law, which is evident from the provisions of the Law on Obligation Relations.

In this connection, there is the following problem — what is the legal position of the debtor's successor, that is, are the bequeather's obligations succeeded by him or does he merely become responsible for them. The misunderstandings over the concept of bequeathed property have their origin in the misunderstandings between the followers of the Romanistic and the followers of the Germanistic concept of property. Since neither concept succeeded in gaining the decisive advantage over the other, this question has remained in dispute, and along with it the question of the legal position of the debtor's successor. Having said that, it has frequently been omitted to take into account that the question of whether the obligations of the debtor are succeeded by his successor is primarily a matter for investigation and analysis by the science of obligation relations to deal with. And as it is, both concepts should be investigated from that aspect. After having undertaken such an investigation, we have arrived at the conclusion that one concept is not in alignment with the science of obligation relations: the concept stating that the obligations of deceased debtor are not included in the bequeathed property, and therefore cannot be passed on to his successor, but that he only becomes responsible for them. That is, if the obligations of the deceased debtor have not passed on to his successor, they must have ceased altogether, since obligations cannot exist without falling on someone. But, can anyone be held responsible for non-existant obligations? Obviously not. However it is equally obvious that the successor must be held responsible for the bequeather's obligations. That leads to the conclusion that the obligations of the debtor have not ceased, but have remained a part of his property after death, therefore, they have passed on to his successor.

The debts have been passed on to the successor just as they have been during the debtor's lifetime. Likewise the liabilities of the debtor. The successor continues in the bequeather's personal liability for the debts.

In the case where several people have succeeded the bequeather as co-successors, the situation is in essence the same, with the one exception that the bequeather's obligations will then necessarily become pluralistic. If the indebted action is indivisible — the obligation of the co-successors is likewise; il the indebted action is divisible, then the obligation is common to all the co-successors. In the internal relationships of the co-successors, the obligations are divided into quotas.

RÉSUMÉ

La continuation des rapports d'obligation apres la mort du debiteur a la lumière des dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation

Le principe établi est que les rapports d'obligation ne prennent pas fin par suite de la mort du débiteur, mais ils continuent avec son héritier. Ce principe est adopté aussi dans le droit yougoslave, comme on peut le voir de la Loi relative aux rapports d'obligation.

A ce sujet le problème se pose quelle est la condition juridique de l'héritier du débiteur, c'est-à-dire du transfert sur celui-ci de l'obligation du défunt, ou bien s'il devient seulement responsable de cette obligation. Les désaccords sur la construction de la succession tirent leur origine des désaccords entre les partisans de la conception romane et de la conception germanique sur la construction de la propriété. Comme aucune de ces conceptions n'a réussi à obtenir la prédominance décisive sur l'autre, la question de la construction de la succession est restée contestable, et en relation avec elle la question de la condition juridique de l'héritier. En ce qui concerne ce problème on perdait souvent de vue que la question — est-ce que les obligations se transmettent à l'héritier débiteur, est en premier lieu une question de la science relative aux rapport d'obligation. Ce qu'elle est, et c'est pourqoui il faut examiner les deux conceptions relatives à cette question sous cet aspect. Après cet examen nous avons tiré la conclusion qu'avec la science relative aux rapports d'obligation n'est pas en conformité la conception, selon laquelle les obligations du débiteur décédé n'entrent pas dans la structure de la succession, donc elles ne passent pas à l'héritier du débiteur, mais celu-ci devient seulement responsable de ces obligations. En effet, si les obligations du débiteur décédé ne sont pas passées à son héritier, elles devaient prendre fin avec la mort du débiteur, car les obligations ne peuvent pas exister et qu'elles n'appartiennent à personne. Or, est-ce que quelqu'un peut répondre des obligations qui n'existent plus, Incontestablement cela est impossible. Mais il est quand même incontestable aussi que l'héritier est responsable des obligations du défunt. En s'appuyant sur cette assertion on arrive à la conclusion que les obligations du débiteur n'ont pas pris fin, mais qu'elles sont restées dans la succession après la mort du débiteur, et elles sont passées à l'hériteur du débiteur.

Les dettes sont passées telles qu'elles étaient chez le défunt. Et la responsabilité pour ces dettes est passée à l'héritier telle qu'elle était chez le défunt. L'héritier continue la responsabilité personnelle du défunt pour les dettes. Dans le cas que plusieurs personnes ont hérité le défunt comme cohéritiers, la situation est dans le fond la même, seulement les obligations du défunt deviennent pluralistes. Si la prestation due est indivisible — l'obligation des cohéritiers est indivisible; et si prestation est divisible, alors l'obligation des cohéritiers est solidaire. Dans le rapport interne entre les cohéritiers, les obligations sont divisées par quotes.

УГОВОР О КОНТРОЛИ РОБЕ И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Друштвено-економске основе и значај контроле робе

У савременим, све сложенијим односима у унутрашњем и спољнотрговинском робно-новчаном промету све је чешће неопходно да се изврши одговарајућа стручна и непристрасна контрола робе и услуга у циљу унапређења робно-новчаног промета и избегавања непотребних спорних ситуација које отежавају и оптерећују што исправније правно регулисање робно-новчаног промета. Ова потреба се нарочито изражава код дистанционих уговорних односа код којих су уговорне стране просторно узајамно удаљене не само унутар једне земље јер се често њихова седишта налазе на територијама различитих држава. Пораст стручности и професионалности у контроли робе ствара неопходност ангажовања специјализованог и професионалног контролора робе и када се ради о уговорним странама који имају седиште у истом месту. Наиме, недовољно стручна оспособљеност је често сметња да уговорне стране самостално изврше контролу робе за сопствене потребе. Технички развој и све израженијим тенденцијама у погледу стандардизације рада и стручног деловања такође доприносе свакодневној појави да се контрола роба не може више лаички посматрати и универзално од свакога обављати на успешан начин у унутрашњем и спољнотрговинском робно-новчаном промету. Све ово указује на неопходност правног регулисања и респектовања приликом регулисања узајамних уговорних односа, све веће стручности и професионалности приликом контроле роба и услуга у робно-новчаном промету. Овај захтев за специјализацијом у погледу контроле робе и услуга се остварује оснивањем посебних контролних организација које у циљу зараде трајно и професионално обављају стручну контролу робе и услуга.

На основу обављене контроле роба и услуга контролна организација преузима одговорност према своме одговорном партнеру у погледу стручности и веродостојности обављања контроле робе и услуга. У савременим робно-новчаним односима на овај начин регулисани односи у погледу одговорности контроле организације најчешће нису довољни јер је често неопходно да се на основу одговарајућих докумената конституише одговорност контролне организације и према другим учесницима

у робно новчаном промету. Контрола роба и услуга значи, све чешће, није једино од правног дејства и значаја једино за уговорне партнере код уговора о контроли робе, него и за друге учеснике у робно-новчаном промету. Ова додатна одговорност контролне организације се најчешће заснива на исправи о обављеној контроли робе и стручном налазу до кога се дошло приликом контроле роба и услуга. Документат о обављању контроле роба и услуга треба стално да добија што ефикасније и строжија својства у циљу исправног регулисања односа на тржишту. Ова потреба и појава у савременом робно-новчаном промету се изражава у сталној и константној трансформацији исправе о извршеној контроли робе и услуга и њеном оспособљавању за задовољавање најразноврснијих и све сложенијих потреба.

Контрола робе и услуга се, историјски посматрано, у прво време јавља ради што исправнијег регулисања односа између продавца и купца робе код дистанционих уговорних односа. Уговор о куповини и продаји робе и односи између купца и продавца су били примарни у односу на контролу робе која је углавном имала извршни и егзекутивни карактер. Отуда се контрола робе појављује као саставни део купопродајних односа и уговора о куповини и продаји робе, а ангажовање контролне организације је у прво време била диспозитивна могућност купца у циљу заштите његових интереса према продавцу робе. Касније су се све чешће појављивали интереси и продавца за контролом робе или заједнички интереси купца и продавца или заједничка императивна законска обавеза у погледу одговарајуће контроле робе. У сваком случају, првобитни облици контроле робе су првенствено од контролне организације захтевали „пристрасност" у корист комитента контролне организације из уговора о контроли робе. У појединим ситуацијама оваква контрола робе је могла задовољавати само одређени круг потреба, јер „пристраност" је често угрожавала опште поверење у прецизност а често и у стручност обављања контроле робе. Управо због тога се у све већој мери удаљује и осамостаљује контрола робе од правних односа из уговора о куповини и продаји робе или се умањује а често и потпуно елиминише правно дејство уговора о куповини и продаји робе према контроли робе. Погрешан би међутим био закључак да је контрола робе увек у „општем интересу" за све учеснике у робно-новчаним односима јер би се на тај начин занемарили чести посебни интереси и посебне потребе комитента контролне организације коју она жели да оствари контролом робе и закључењем одговарајућег уговора.

Извори права о уговорима о контроли робе

У прво време ангажовањем контролне организације се правно регулисало одговарајућим одредбама о уговору о делу, а често и одговарајућим одредбама уговора о куповини и продаји робе. Ови правни оквири су веома брзо постали веома тесни јер су спречавали изражавање специфичности у погледу контроле роба и услуга којих је било све више

развојем посебних услужних делатности. У правној теорији се неоправдано релативно дуго негирала самосталност уговора о контроли робе у прилог неке опште теорије о општој обухватности правних правила о уговору о мандату када се радило о „пристрасној" контроли робе и о уговору о делу као општем правном оквиру за све посебне привредне услуге, а самим тим и за услугу у погледу контроле робе. Ово се веома брзо показало као недовољно у односу на потребе без обзира на владајући став у правној теорији, који се последњих десетак година све више напушта. Нормала аутономног привредног права и то првенствено у облику општих услова пословања и стандардних уговора, у све већој мери се правно изражавају специфичности уговора о контроли робе. Ова постепена кодификација пословних обичаја као правила струке је у спољнотрговинском промету у све већој мери изражена и у облику унификације у погледу једнообразности правила и отклањања све већих разлика у схватањима у појединим земљама. И поред тога, према овим аутономним нормама привредника се у судској пракси изражавају одговарајуће резерве јер су контролне организације у многим земљама у монополском положају док услуге у погледу контроле робе су у све већој мери неопходне, тако да контролне организације преко својих општих услова пословања могу да наруше неопходну равнотежу економских интреса уговорних партнера код уговора о контроли робе.

Истовремено, одговарајућа правна правила о контроли робе и услуга се све чешће појављују у билатералним конвенцијама којима се регулише узајамна привредна сарадња између појединих држава. Ових одредаба у двостраним конвенцијама је све више и те одредбе су све прецизније. Треба нагласити да се често контрола робе појављује као неопходност у општем интересу и која се самим тим регулише одговарајућим императивним законским одредбама.

Материјално правне одредбе о уговору о контроли робе су међутим, веома ретке у позитивном законодавству. Детаљније материјалноправне одредбе у погледу уговора о контроли робе се углавном појављују једино у Чехословачкој и Немачкој Демократској Републици и то у одговарајућим законима у којима се регулишу спољнотрговински уговори.

Овакво стање у погледу извора права за уговор о контроли робе у упоредном законодавству указује на изузетан значај и допринос одговарајућих одредаба Закона о облигационим односима из 1978. године у којима се регулише уговор о контроли робе и услуга. Ово је први Закон у упоредном законодавству у коме се регулише уговор о контроли робе и услуга на општи начин без обзира да ли се ради о уговорима у унутрашњем робно-новчаном промету или о уговорима у спољнотрговинском робно-новчаном промету. До сада су се једино као спољнотрговински уговори материјално правно регулисали односи код уговора о контроли робе у Чехословачкој и Немачкој Демократској Републици. Код нас се као актуелно поставља питање усаглашавања општих услова пословања контролних организација Југославије са одговарајућим одредбама Закона о облигационим односима из 1978. године, али исто тако

и њихово прилагођавање веома значајним променама у унутрашњем спољнотрговинском промету. Формално-правно, доношењем Закона о облигационим односима из 1978. године ван снаге су стављене само оне одредбе у општим условима пословања контролних организација Југославије које су у супротности са императивним законским одредбама у овом Закону. Суштински се међутим због напред наведених разлога морају мењати и низ других одредаба у овим општим условима пословања јер је низ нових веома значајних пословних обичаја у овој области, нарочито у спољнотрговинском промету. И ако су у Закону о облигационим односима из 1978. године прихваћена многа савремена правно теоретска схватања у погледу уговора о контроли робе и услуга, поједине одредбе у овоме Закону које се односе на уговор о контроли робе проузрокују различита схватања о вредности и оправданости правних правила.

Појам уговора о контроли робе

У нашем позитивном праву нису усаглашене законске одредбе у погледу појма уговора о контроли робе. Док се у смислу члана 847. Закона о облигационим односима из 1978. године под уговором о контроли робе сматра уговор којим се једна уговорна страна — вршилац контроле, обавезује да стручно и непристрасно обави уговорену контролу робе и изда цертификат о томе, а друга страна — наручилац контроле, се обавезује да за извршену контролу исплати уговорену накнаду. У члану 61. Закона о промету роба и услуга са иностранством из 1977. године се одређује да се под пословима уговорне контроле квалитета и квантитета робе у међународном промету, у смислу овога Закона, подразумева контрола квалитета, квантитета и других својстава робе која се врши на основу уговора закљученог између организације удруженог рада за вршење те контроле и комитента, првенствено ради утврђивања да квалитет, квантитет и друга својства робе испуњавају услове из уговора закључног између купца и продавца робе.

Сматрамо да је неопходно да се у нашем позитивном праву отклони овај дуалитет у погледу појма уговора о контроли робе, али исто тако и терминолошке неусаглашености које најчешће нису само терминолошке, него су и суштинске природе.

Поставља се као прво питање шта је исправније схватање у погледу назива овога уговора. Да ли је исправније говорити о уговору о контроли робе и услуга како је то учињено у Закону о облигационим односима из 1978. године, или је исправније схватање да се ради о уговору о контроли квалитета и квантитета робе. У правној теорији код нас и у низу других земаља прихваћено је једно друго схватање, то је схватање да се ради о уговору о квалитету и квантитету робе, а исто тако и схватање да је у питању уговор о контроли робе. Схватање у овом погледу у Закону о облигационим односима из 1978. године по коме је у питању уговор о контроли робе и услуга је ново јер се посебно истичу у називу

овога уговора и услуге. Сматрамо да то није потребно и да није правно теоријски исправно говорити истовремено о уговору о контроли робе и услуга када се у одговарајућим законским одредбама у ствари једино регулише уговор о контроли робе. Истовремено сматрамо да се не истичу никакве специфичности у погледу контроле услуга, а којих свакако има и које се морају поштовати, и да је самим тим много исправније говорити једино о уговору о контроли робе јер је у крајњој линији и услуга посебна врста робе.

Схватање да се ради о уговору о контроли квантитета и квалитета робе сматрамо да је у правно теоретском смислу превазиђено јер нема никаквих правних разлика између контроле квалитета робе и контроле квантитета робе, а истовремено је у савременим условима све теже утврдити разлику између квалитета и квантитета а истовремено та разлика у правном погледу није потребна.

Сматрам да је најисправније да се овај уговор назове уговором о контроли робе, док се уговор о контроли услуга може сматрати посебном врстом овог уговора, уз одговарајуће специфичности. Одредба у члану 857. Закона о облигационим односима из 1978. године којом се предвиђа да се одредбе о контроли робе примењују на контролу услуга свакако није довољна, а истовремено је у контрадикцији са називом овога уговора. С једне стране није довољна ова одредба јер се занемарују специфичности контроле услуга, а с друге стране оваква законска одредба непотребна је јер је назив Главе XXIII Закона о облигационим односима из 1978. године: „Уговор о контроли робе и услуга" што значи да се све одредбе ове главе односе на овај уговор.

Поставља се питање да ли се увек ради једино о контроли „робе" или се може радити о контроли других ствари које немају својства робе. Према члану 857. Закона о облигационим односима из 1978. године примењују се иста правила када се ради о контроли робе и када је у питању контрола ствари које нису намењене промету. Сматрамо због тога да се у суштини ради о контроли свих ствари јер се примењују иста правила о контроли и о уговору о контроли робе. У пословној пракси такође нема никаквих разлика да ли се ради о контроли ствари које су намењене промету или које нису намењене промету. Због тога сматрамо да се термин „контрола робе" треба тумачити као контрола свих ствари и да је због тога оваква формулација члана 857. Закона о облигационим односима из 1978. године непотребна јер само ствара нејасноћу у непотребној претпоставци да су све друге одредбе у погледу контроле робе прилагођене и изражене једино ради контроле ствари које су намењене промету а то није тачно нити је исправно. „Контрола робе" треба да се тумачи у најширем смислу као контрола свих ствари и самим тим члан 857. Закона о облигационим односима из 1978. године се појављује као непотребан. Контрола ствари или робе се не мора вршити и у пракси се не обавља једино ради захтева у погледу промета ствари или робе. То могу бити други интереси и циљеви као на пример, што је у пракси чест случај, у погледу класификације превозних средстава ради утврђивања различите висине премије осигурања за осигу-

рање тих ствари или те робе или ради разматрања да ли је у неком другом уговорном односу неки од уговорних партнера испунио своју обавезу у погледу превоза или неке друге привредне услуге коју треба да обави том ствари односно том робом.

У појму уговора о контроли робе на основу Закона о облигационим односима из 1978. године употребљавају се термини „вршилац контроле" и „наручилац контроле" у циљу означавања уговорних страна. У Закону о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године уговорне стране код овога уговора су организација удруженог рада за вршење контроле и комитент. Очигледно је да треба отклонити ове терминолошке разлике, али се истовремено поставља питање који су термини исправнији.

Употребљени термини у Закону о облигационим односима из 1978. године нису уобичајени у пословној пракси, а исто тако су веома ретки у правној теорији, и у упоредном законодавству. Истовремено ови термини „вршилац контроле" и „наручилац контроле" су прилично архаични и непрецизни јер непосредни вршилац контроле не мора бити уговорна страна код уговора о контроли робе, док наручилац контроле не наручује увек исту и стандардизовану услугу с обзиром да постоје велике разлике у могућностима и степену и обиму контроле робе. Значи, ови термини нису довољно јасни и могу створити непотребне правне непрецизности које треба избегавати. Сматрамо да су у начелу код ових питања бољи термини употребљени у Закону о промету роба и услуга са иностранством из 1977. године. По овоме Закону код уговора о контроли робе се ради о уговорном односу између „организације удруженог рада „за вршење контроле" и „комитента". Термин „комитент" је у општој употреби код нас и у низу других земаља. Због тога сматрамо да је исправнији од термина „наручилац контроле". У погледу другог уговорног партнера термин „организација удруженог рада за вршење контроле" из Закона о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године је бољи од термина „вршилац контроле", јер се првим термином одмах указује и на ту околност да послове контроле робе код нас могу обављати једино организације удруженог рада. У правној теорији се ради означавања ове друге уговорне стране често употребљавају термини „контролор" или „контролна организација" за које сматрамо да су јаснији и бољи, нарочито термин „контролна организација".

Поред ових, на први поглед терминолошких разлика, у нашем позитивном праву у погледу појма уговора о контроли робе, постоје и друге разлике између Закона о облигационим односима из 1978. године и Закона о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године а које су битније природе у правном теоретском смислу. Док се у Закону о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године још увек задржава превазиђено схватање о правној повезаности и акцесорној природи уговора о контроли робе у односу на уговор о купопродаји, у Закону о облигационим односима из 1978. године се превазилази ова правна повезаност уговора о купопродаји робе и уговора о контроли

робе. Сматрамо да је у овом погледу много исправније схватање које је изражено у Закону о облигационим односима из 1978. године, јер уговор о контроли робе није и не мора да буде у никаквим правним повезаностима са уговором о куповини и продаји. Између ове разлике у схватањима крије се у ствари једно друго правно теоретско опредељење у овим законима. Наиме, уколико би постојала повезаност код ова два уговора најчешће би контролна организација обављала контролу робе за рачун купца или продавца. У том погледу би се у много већој мери радило о некој врсти мандата а не о посебној и специјализованој контроли робе у циљу зараде. Сматрамо да је погрешан и супротни закључак до кога се дошло у одговарајућој одредби Закона о облигационим односима из 1978. године а то је да се код уговора о контроли робе увек ради о непристрасној контроли, пошто се у пословној пракси појављују случајеви да контролну организацију ангажује комитент у циљу стручне заштите његових интереса а не ради индиферентног и непристрасног контролисања робе од стране контролне организације. Сматрамо да је приликом одређивања појма уговора о контроли робе много исправније да се изостави ова тзв. „непристрасност" јер различити методи и различити обими контроле робе могу довести до различитих резултата а управо ова селективност обима и врсте контроле припада комитенту као уговорном партнеру контролне организације.

У члану 847. Закона о облигационим односима из 1978. године приликом утврђивања појма уговора о контроли робе се утврђује обавеза пословне организације да изда цертификат о извршеној контроли. Сматрамо да ово схватање није исправно јер уговор о контроли робе постоји и онда када контролна организација нема обавезу да изда цертификат о обављеној контроли робе, а таквих ситуација је доста у пословној пракси. Цертификат о извршеној контроли робе није увек потребна исправа код уговора о контроли робе, нити се постојање овог уговора у пословној пракси често повезује са издавањем цертификата. Цертификат је исправа која може бити од користи комитенту у правним односима са трећим лицима. Због тога је довољно констатовати да се цертификат о извршеној контроли робе издаје једино на захтев комитента, јер он најбоље познаје своје интересе и разлоге због којих је закључио уговор о контроли робе. Због тога сматрамо да се у члану 849. Закона о облигационим односима из 1978. године изражавају правила која је у правно-теоретском погледу веома тешко бранити ради се о ништавости одредаба уговора о контроли робе којима се контролној организацији налаже обављање појединих радњи којима се може утицати на непристрасност у вршењу контроле, а исто тако и правила да је контролна организација извршила своју уговорну обавезу тек издавањем цертификата. Уместо ове тзв. „непристрасне" много је исправније конституисати дужност стручног обављања контроле робе а извршење контроле робе издавањем цертификата може бити условљено једино у случају постојања одговарајућих захтева комитента. Значи, стручно и савесно обављање контроле робе не треба идентификовати са непристрасно-

шћу, док обавеза издавања цертификата о извршеној контроли робе не постоји у свим појединим облицима и појединим врстама уговора о контроли робе. У ставу 2. члана 61. Закона о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године је предвиђена могућност преузимања робе за рачун купца као комитента контролне организације. Ово преузимање робе за рачун комитента очигледно не може бити непристрасно, али мора бити обављено савесно и стручно. Постојање обавезе издавања цертификата од стране контролне организације не треба уносити у појам овога уговора јер та обавеза не мора постојати у сваком уговорном односу између контроле организације и комитента, и самим тим није битни елеменат појма уговора о контроли робе.

Поставља се питање да ли постоје, и да ли треба да постоје битније и значајније разлике у погледу појма уговора о контроли робе у унутрашњем и спољнотрговинском робно-новчаном промету. Сматрамо да се ради о истој делатности и о истом уговору, и да самим тим и не постоје никакве битне разлике у погледу уговора о контроли робе у унутрашњем и спољнотрговинском робно новчаном промету.

Контролна организација обавља контролу робе на основу уговора о контроли робе, стално и професионално, значи у циљу зараде. Поставља се питање да ли постоји уговор о контроли робе и у оним ситуацијама када у уговору није уговорено или када је у уговору укључена накнада контролне организације за извршену контролу робе. Сматрамо да је исправно схватање које је изражено у члану 852. Закона о облигационим односима из 1978. године по коме контролна организација има право на уобичајену накнаду и онда када је ова накнада изричито уговорена. Међутим, ова одредба је у супротности са чланом 847. Закона о облигационим односима из 1978. године у коме се одређује појам уговора о контроли робе јер се једино говори о обавези наручиоца контроле да исплати „уговорену накнаду". Оваквом формулацијом појма уговора о контроли робе елиминише се могућност захтева уобичајене накнаде за обављање контроле робе када то није уговорено, или исто тако се ограничава постојање уговора о контроли робе без „уговорене накнаде". Сматрамо да се ради једино о погрешној формулацији а не о неком посебном схватању о уговору о контроли робе. Исто тако сматрамо да уговор о контроли робе постоји и онда ако је у уговору изричито искључена накнада контролне организације јер се на тај начин могу остваривати неки економски интереси контролне организације. У пословној пракси су чести случајеви да се послови контроле робе обављају као уобичајени споредни послови уз неке друге привредне услуге. Тада се ови уобичајени, споредни послови могу обављати и бесплатно а да се при томе ипак конституишу све обавезе контролне организације, нарочито у погледу стручности и савесности приликом обављања контроле робе.

Посебне врсте уговора о контроли робе

У пословној пракси и у нашем и страном позитивном праву, а исто тако и у правној теорији, појављују се различите врсте уговора о контроли робе.

Поред специфичности у погледу контроле услуга, најчешће се појављују уговори о контроли робе са гаранцијом и уговор о контроли робе са преузимањем. Посебни правни односи и посебне врсте уговора о контроли робе се појављују ако у контроли робе учествује већи број контролних организација.

У члану 61. Закона о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године, поред уговора о контроли робе са преузимањем, предвиђа се и контрола паковања и отпремања робе, контрола утовара, истовара, претовара, транспорта и слагања робе у транспортно средство, контрола складишног простора, контрола транспортних средстава, вршење експертиза итд.

У Закону о облигационим односима из 1978. године у члану 855. је делимично регулисана контрола робе са вршењем појединих правних радњи, у члану 856. контрола робе са гаранцијом, а у члану 854. поверавање контроле робе другом вршиоцу контроле. Сматрамо да су правила о контроли робе са вршењем појединих правних радњи сувише архаично постављена, јер се не указује директна повезаност између контроле робе и преузимања робе а која је неопходна код ове посебне врсте уговора о контроли робе.

Контрола робе са гарнцијом је у члану 856. Закона о облигационим односима из 1978. године исправно регулисана иако је можда могла да се употреби боља реч од „непромењивости својства" јер се често у пракси гарантује не само непромењивост својстава него и исправност контролисања контролисане робе.

Поверавање контроле робе другом контролору робе је у смислу члана 854. Закона о облигационим односима из 1978. године увек допуштено ако није изричито у уговору забрањено. Потпуна исправна уговорна контрола организација у случају поверавања контроле робе другоме према своме комитенту у потпуности треба да одговара за рад друге контролне организације.

Ова правила о појединим врстама о контроли робе нису довољна. Због тога треба очекивати њихову много детаљнију разраду у пословној пракси, нарочито у општим условима пословања контролних организација, али су свакако добра основа за ове облике конкретизације у пословној пракси.

Закључна разматрања

Уговор о контроли робе је у нашем позитивном праву први пут детаљније правно регулисан у Закону о облигационим односима из 1978. године. У томе погледу ове одредбе су од изузетног значаја за даљи раз-

вој правно-теоретских схватања о овом уговору, а исто тако и у свакодневној пословној пракси.

У Закону о промету робе и услуга са иностранством из 1977. године се у приличној мери на друкчији начин одређује појам уговора о контроли робе у односу на одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима из 1978. године. Не ради се једино о терминолошким разликама, него и о веома значајним суштински различитим теоретско-правним опредељењима.

Сматрамо да разлике у појмовном одређивању уговора о контроли робе у нашем позитивном праву треба отклонити, али исто тако сматрамо да треба у много већој мери респектовати и прихватати новија правно-теоретска схватања о уговору о контроли робе него што је то учињено у нашем позитивном праву.

Без обзира на изузетан значај одговарајућих правила о уговору о контроли робе која су изражена у Закону о облигационим односима из 1978. године, сматрамо да ова правила нису довољна и да је неопходно доношење јединствених општих услова пословања пословних организација Југославије у којима би се у највећој мери кодификовали постојећи пословни обичаји у овој привредној делатности, али исто тако предвидела и много прецизнија и конкретнија правила о уговору о контроли робе него што је то тренутно учињено у нашем позитивном праву.

др Славко Царић

РЕЗЮМЕ

Договор о контроле товара и Закон об облигационных отношениях

Договор о контроле товара в нашем утвержденном законе впервые был подробнее регулирован с юридической стороны в Законе об облигационных отношениях от 1978 года. В этом отношении эти постановления имеют большое значение для дальнейшего развития теоретических понятий об этом договоре, а также и для повседневной деловой практики.

В Законе о товарообороте и услугах с заграницей от 1977 года определяется в некоторой степени иначе понятие о контроле товара по отношению к соответствующим постановлениям Закона об облигационных отношениях от 1978 года. Здесь идет речь не только о терминологических отличиях, но и об очень значительных существенных разных теоретически-правовых дефинициях.

Считаем, что следует отклонить разницу в понятийном определении договора о контроле товара в нашем утвержденном законе, но также считаем, что следует в большей степени уважать и принимать новые теоретическиправовые понятия о договоре о контроле товара, нежели это имеет место в нашем утвержденном законе.

Несмотря на исключительное значение соответствующих правил о договоре о контроле товара, содержащихся в Законе об облигационных отношениях от 1978 года, считаем, что эти правила не являются достаточными и, что в связи с этим необходимо принятие единственных общих условий делопроизводства деловых организаций Югославии, в которых в наибольшей степени кодифицировали бы существующие деловые обычаи в этой хозяйственной деятельности, но и предвиделись и более точные и конкретные правила о договоре о контроле товара, нежели это в настоящее время сделано в нашем утвержденном законе.

A SUMMARY

The Contract of Control of Goods and the Law on Obligation Relations

The contract of control of goods has been legally regulated in detail in our standing law through the Law on Obligation Relations of 1978. for the first time. In that respect, these regulations are of extraordinary significance for the further development of the legal and theoretical con ceptions about contract, as well as the day to day business practice.

In the Law on Turnover of Goods and Services with Foreign Countries of 1977, the concept of the contract of control of goods is determined to a considerable extent in a different way in comparison to the corresponding regulations in the Law on Obligation Relations of 1978. It is not only a matter of terminological disparity, but also a matter of very significant and essentially different theoretical and legal concepts.

The author feels that the differences in the conceptual determination of the contract of control of goods in our standing law should be eliminated, but also that newer legal and theoretical concepts of the contracts of control of goods should be respected and accepted to a far greater extent than has been done in our standing law so far.

Regardless of the extraordinary significance of the appropriate regulations about the contract of control of goods laid down in the Law on Obligation Relations of 1978, the author thinks that these regulations are not sufficient and that it is necessary to establish uniform general conditions of business activity for all business organisations in Yugoslavia, in which the existing business customs would be codified to the greatest possible extent, and also envisage many more precise and concrete regulations concerning the contract of control of goods than it has been done in our standing law so far.

RÉSUMÉ

Le contrat de contrôle des marchandises et la Loi relative aux rapports d'obligation

Le contrat de contrôle des marchandises dans notre droit positif a été pour la première fois réglementé avec plus de détails dans notre Loi relative aux rapports d'obligation de 1978. A ce point de vue ces dispositions sont d'une importance exceptionnelle surtout pour le développement ultérieur des conceptions juridico-théoriques sur ce contrat, et de même dans la pratique des affaires quotidiennes.

Dans la Loi relative au commerce des marchandises et des services avec l'étranger de 1977 est déterminée dans une large mesure d'une manière différente la notion du contrat de contrôle par rapport aux dispositions correspondantes de la Loi relative aux rapports d'obligation de 1978. Il ne s'agit pas uniquement des différences terminologiques, mais aussi de très importantes déterminations juridico-théoriques essentiellement différentes.

Nous considérons que les différences dans la détermination de la notion du contrat de contrôle des marchandises doivent être éliminées dans notre droit positif, mais de même nous considérons qu'il faut respecter dans une bien plus large mesure et adopter les nouvelles conceptions juridico-théoriques sur le contrat de contrôle des marchandises que cela n'a été effectué dans notre droit positif.

Sans égards à l'importance exceptionnelle des règles correspondantes du contrat de contrôle des marchandises qui sont énoncées dans la Loi relative aux rapports d'obligation de 1978, nous considérons que ces règles ne sont pas suffisantes et qu'il est indispensable d'adopter des conditions générales uniques de la gestion des affaires des organisations économiques de la Yougoslavie dans lesquelles seraient codifiées dans la plus large mesure les coutumes d'affaires existantes dans cette activité économique, mais de même il serait nécessaire de prévoir des règles beaucoup plus précises et plus concrètes sur le contrat de contrôle des marchandises, que cela n'a été effectué présentement dans notre droit positif.

НОВИНЕ У ПОСТУПКУ ПРИНУДНОГ ИЗВРШЕЊА ОБЛИГАЦИЈА

Нови Закон о извршном поступку (даље: ЗИП), који је донет истовремено са Законом о облигацијама (1), предвиђа више нових решења. Свако од тих решења заслужује пажњу, а то, у овом моменту, уз ступање ЗИП на снагу, важи свакако за она његова решења која су принципијелнијег значаја. Ради се о неким битно новим решењима у нашем извршном праву, која, ради тога, заиста претстављају новине у поступку принудног извршења облигација у нас, у правом смислу речи. За њих, као уосталом и за ЗИП у целини, може се већ уводно рећи, да претстављају средство за брже и ефикасније разрешење спорних поверилачко-дужничких односа, а тиме и средства кроз која ће се осмишљавати и сам Закон о облигацијама, као основна регулатива којом су уређени такви, поверилачко-дужнички односи.

1. Нови основи за одређивање извршења

У нашем извршном праву до ЗИП било је стриктно поштовано правило, да се извршење може одредити (дозволити) само на основу извршног наслова, који је увек и редовно био извршна одлука суда односно другог надлежног органа или судско поравњање. Утврђујући могуће основе за одређивање извршења, наш се је законодавац показао еластичнијим, тако да је ЗИП заправо одступио од поменутог правила.

а) Веродостојна исправа — нови основ за одређивање извршења

И према ЗИП, суд одређује извршење на основу извршне исправе (чл. 16, ст. 1). (2) Извршним исправама, према овом Закону, јављају се следеће јавне исправе: (1) извршна одлука редовног и самоуправног суда и поравнање закључено пред овим судовима; (2) извршна одлука донета у управном поступку, поравнање закључено у управном поступку,

---

(1) Закон о извршном поступку усвојен је 30. III 1978, објављен је у „Службеном листу СФРЈ" бр. 20 од 21. IV 1978, а ступио на снагу 1. X 1978. године.

(2) Нумерације у загради односе се на одредбе ЗИП.

као и извршна одлука донета у прекршајном поступку, уколико су у њима утврђене обавезе које се гласе на новчани износ; (3) друга одлука која је законом предвиђена као извршна исправа (чл. 16, ст. 2; чл. 17 — 19).

Одредбом из чл. 21 ЗИП, међутим, предвиђено је, да се извршење одређује и на основу веродостојне исправе. То уз следеће претпоставке: (1) ratione materiae — да је у питању остваривање новчане тражбине, и (2) ratione personae — да се ради о странкама које су организације удруженог рада које врше привредну делатност. Веродостојне исправе на основу којих може да се одреди извршење су само фактура, меница и чек. Ако доспелост потраживања није видљива из веродостојне исправе, извршење се одређује уколико поверилац поднесе писмену изјаву о доспелости потраживања и уколико у тој изјави означи дан доспелости (чл. 21).

Одређивање извршења на основу веродостојности исправе одговара издавању платног налога према Закону о парничном поступку. Ипак, између ова два института (и поступка) постоје извесне разлике које нису безначајне. Пре свега, као што је наведено, код одређивања извршења на основу веродостојне исправе постоји наглашено ограничење ratione personea: овакво се извршење може одредити за остварење новчаних потраживања *само између организација удруженог рада које врше привредну делатност*, каквог ограничења нема код платног налога. (3) Осим тога, круг веродостојних исправа је таксативно одређен и сведен само на следеће три исправе: фактуру, меницу и чек, док је круг веродостојних исправа према Закону о парничном поступку отворен (набрајање веродостојних исправа је у овом Закону само егземпфликативно), (4) чак и у привредним споровима. (5) Ако новчано потраживање гласи на износ мањи од 500 динара, плани налог се издаје и без приложених веродостојних исправа, (6) док, на другој страни, ако је у питању менични односно чековни дуг, тражи се протест одчосно повратни рачун, (7) чега нема у ЗИП (чл. 21, ст. 2).

Одређивање извршења на основу веродостојне исправе може се без резерве оценити ефикасним и економичним средством, јер се њиме прескаче парница, чиме се, брзо и јефтино, уређује спорни поверилачко-дужнички однос. Ако дужник не прихвата обавезу он може изјавити приговор на решење о извршењу. Кад приговор буде истакнут — суд ставља ван снаге решење о извршењу и укида све спроведене радње. То и тада, када приговор дужника није образложен (у чл. 55, ст. 2 изричито је одређено да приговор дужника не мора бити образложен). Може се мислити да ова законска солуција „баца извесну сумњу" на сврсисходност самог института. Ствари ипак не стоје тако.

---

(3) В. чл. 446 Закона о парничном поступку.
(4) В. ст. 2. чл. 446 Закона о парничном поступку.
(5) В. чл. 501, ст. 2 Закона о парничном поступку.
(6) Чл. 447 Закона о парничном поступку; отступање у привредним споровима — в. чл. 501, ст. 3 истог Закона.
(7) В. чл. 446, ст. 2, тач. 3 Закона о парничном поступку.

ЗИП је предвидео да поверилац може још у свом предлогу за извршење на основу веродостојне исправе захтевати, да се тај његов предлог сматра тужбом, уколико и када дужник истакне приговор на решење о одређивању извршења (чл. 55, ст. 3). Поступак по оваквој тужби спроводи исти суд, а ако није надлежан — предмет доставља надлежном суду. Треба сматрати да по оваквој тужби не долази у обзир издавање платног налога, јер је захтев (потраживање) оспорен. Законско решење да се предлог за извршење сматра тужбом на захтев повериоца, заправо, отклања могућност за изигравање, тако да тиме поверилац практично не губи ништа. Пракса ће, уосталом, показати вредност овог института. Али већ и сада број правоснажних платних налога у привредним споровима изгледа потврђује оправданост његовог увођења. Законодавац је савако имао у виду ту праксу када се одлучио за овакву новину у нашем извршном праву.

б) Утврђивање облигација одлуком суда у извршном поступку

Друго правило у нашем извршном праву, када се радило о извршењу за остваривање извршних потраживања, било је да — акт (исправа) на основу које се одређује извршење не потиче (не настаје) у извршном поступку, већ да настаје у неком другом судском поступку или у поступку неког другог надлежног органа односно да је прописани диспозитивни акт самих странака (судско поравнање). Другим речима, у извршном поступку није се утврђивало постојање потраживања, већ су се принудно извршавала потраживања која су била утврђена актом насталим изван овог поступка. Ово правило важи и према ЗИП; то правило важи како у односу на извршне исправе тако и у односу на веродостојне исправе. ЗИП је, ипак, предвидео неколико значајних одступања: у неколико случајева, наиме, постојање (настајање, заснивање) облигација утврђује се актом који доноси суд у извршном поступку.

Ту, пре свега, треба споменути *одлуку о плаћању судских пенала.* Према чл. 187 ЗИП, којим се регулише плаћање судских пенала, претпоставља се следећа правна ситуација: на основу правоснажне пресуде дужник је обавезан на неновчану обавезу, коју, треба да испуни добровољно у одређеном року. Ако он не испуни ту своју обавезу, *поверилац може захтевати да суд у извршном поступку донесе одлуку којом ће обавезати дужника на плаћање судских пенала у смислу правила о облигационим односима.* Такав се захтев може поднети само ако (док није) поднет предлог за извршење на основу правоснажне пресуде (за принудно испуњење неновчаног захтева); то је изричито прописано у ст. 4, чл. 187 ЗИП. Одлука којом је у извршном поступку утврђена обавеза за плаћање судских пенала, међутим, није решење о извршењу, већ titulus egsecutionis, на основу кога, касније, када та одлука постане правоснажна, на (други) предлог повериоца, суд који је донео ту одлуку — доноси другу, тј. решење о извршењу. После тога следи спровођење

извршења за наплату новчаног потраживања — плаћања досуђених судских пенала. Овим се, притом, не дира у право повериоца да поднесе суду и захтев за одређивање извршења неновчаног потраживања које му припада према правоснажној пресуди, али, како је већ поменуто, у том моменту када он поднесе предлог за извршење неновчаног потраживања — у том моменту губи право на плаћање судских пенала (чл. 187, ст. 4).

Слично плаћању судских пенала, у поступку враћања радника на рад суд може, на предлог повериоца (радника), донети *одлуку о накнади личног дохотка.* Поступање суда у ова два поступка, ипак, није исто. И овога пута извршна исправа гласи само на неновчану обавезу — враћање радника на рад. Поверилац (радник), који је поднео предлог за извршење да буде враћен на рад, такође, може у том поступку, касније, али још и у самом предлогу за извршење, ставити предлог да суд донесе решење којим ће обавезати дужника (организацију удруженог рада, односно друго лице које је задужено вратити радника на рад) да му, на име накнаде личног дохотка, исплати (исплаћује) месечне износе, који су доспели до правоснажности пресуде (за враћање радника на рад), док он не буде враћен на рад (чл. 232, ст. 1 и 2). Одлука којом се дужник обавезује на исплату накнаде личног дохотка, међутим, према изричитој одредби Закона (чл. 232, ст. 3), није само tutulus egsecutionis (она има и такав карактер), већ је уједно (а управо то је налгашено у Закону) и решење о извршавању. Другим речима, у извршном поступку (за враћање радника на рад), суд доноси једну одлуку (о накнади личног дохотка), која је уједно и извршни наслов и решење о извршењу. Одлука о накнади личног дохотка је titulus egsecutionis, зато што се њоме одређује износ (висина) накнаде личног дохотка,[8] док само право радника на накнаду (основ) није предмет расправљања и одлучивања у овом случају. Ова је одлука решење о извршењу (што је и изричито наглашено у Закону), зато што се на основу ње проводи извршење за наплату њоме утврђене накнаде личног дохотка. То је прва разлика ове одлуке у односу на одлуку за плаћање судских пенала.[9] Даља се разлика између ове две одлуке исказује у томе, што своју одлуку о накнади личног дохотка суд, на предлог дужника, може доцније ставити ван снаге, ако су се измениле околности на основу којих је та одлука била донешена (чл. 232, ст. 4), чега нема код одлуке о плаћању судских пенала. Разлике између ових двеју одлука исказују се, такође, и у томе, што се одлуком о накнади личног дохотка у поступку за враћање радника на

---

[8] Ова се накнада одређује у износу који би радник остварио на име личног дохотка да је био на раду (чл. 232, ст. 5).

[9] Може се сматрати да нема правог разлога због чега је ЗИП код плаћања судских пенала предвидео доношење две посебне одлуке, осим да се тамо може очекивати добровољно испуњење утврђене обавезе. То — добровољно испуњавање утврђене обавезе може се очекивати и код накнаде личног дохотка. Прави разлог што у одредби из чл. 187 ЗИП није предвидео доношење једне одлуке је вероватно у томе, што је доношење одлуке која би била и извршни наслов и решење о извршењу још радикалније отступање од концепције на којој је изграђен извршни поступак, да се постојање обавеза утврђује изван тог поступка. Ово радикално отступање треба схватити као настојање законодавца да се и у овом случају, кроз извршни поступак за враћање радника на рад (што се увек утврђује изван извршног поступка), пружи ефикаснија заштита права радника на лични доходак.

рад не дира и право радника да о исплати личног дохотка поднесе захтев пред надлежним судом, ([10]) као и у томе, да суд (у поступку за враћање радника на рад) може само делимично усвојити захтев за накнаду личног дохотка, а за остваривање разлике упутити повериоца на поступак пред надлежним судом, што не долази у обзир кад је плаћање судских пенала утврђено одлуком у извршном поступку. Коначно, разлика код доношења поменутих одлука јавља се и у томе, што се паралелно уз поступак за враћање радника на рад проводи и поступак за наплату досуђеног личног дохотка, чега такође нема код плаћања судских пенала: тамо, наиме, један поступак искључује други. ([11])

У три случаја у поступку за предају и испоруку покретних ствари суд, такође, утврђује својом одлуком обавезу дужника, која је различита од обавезе како је она утврђена у извршној исправи, која је иначе повод за покретање поменутог извршног поступка. Ти случајеви су следећи: *исплата вредности одређених ствари које нису пронађене ни код дужника ни код трећег лица* (чл. 214), *полагање износа за набавку заменљивих ствари на другој страни* (чл. 216) и *исплата вредности заменљивих ствари које нису могле бити набављене на другој страни* (чл. 217). У сва три случаја, дакле, обавеза дужника је неновчана и гласи на предају одређених покретних ствари односно на испоруку заменљивих покретних ствари. У сва та три случаја долази до трансформације извршења за остварење неновчаних потраживања у извршење за наплату новчаних потраживања. У прва два случаја (чл. 214 и 216), разлог томе је исти: ствар, тј. ствари које је дужник обавезан предати односно испоручити нису биле пронађене ни код њега ни код трећег лица, док је разлог у трећем случају (чл. 217) немогућност да се заменљиве ствари набаве на другој страни. У прва два случаја, поверилац је дужан ставити предлог суду да изврши процену одређених ствари и да обавеже дужника на исплату износа процењене вредности у одређеном року, односно да обавеже дужника да положи износ за набавку заменљивих ствари на другој страни — у року од осам дана од дана обавештења са стране суда да покретне ствари нису пронађене ни код дужника, ни код трећег лица, тј. да се ради тога није могло спровести извршење за предају одређених односно за испоруку заменљивих ствари. Ако у том року поверилац не стави одговарајући предлог, суд ће обуставити извршење. Кад суд на предлог повериоца донесе потребне одлуке, а дужник не поступи добровољно по њима, поверилац може предложити извршење за наплату новчаних потраживања (тј. за исплату износа вредности одређених ствари, односно за исплату износа потребног за набавку заменљивих ствари на другој страни). Уколико је одлука по чл. 216 ЗИП спроведена, али се у одређеном року заменљиве покретне ствари нису могле набавити на другој страни, поверилац може ставити предлог да суд,

([10]) У извршном се поступку накнада личног дохотка одређује само у висини аконтације коју би радник остварио да је био на раду, јер се коначни износ његовог личног дохотка може утврдити тек завршним рачуном.

([11]) Плаћање судских пенала се може захтевати (само) док се не предложи извршење (неновчане) обавезе на коју се гласи извршни наслов, односно — право на судске пенале поверилац губи чим поднесе предлог за извршење његове извршне (неновчане) тражбине.

исто као и у случају из чл. 214, процени вредности тих ствари и да задужи дужника да исплати износ њихове вредности, која се одлука, на даљи предлог повериоца, исто тако извршава принудним путем (чл. 217). Одредбама из чл. 214, 216 и 217 ЗИП се, иначе, не дира у право повериоца да у парници захтева од дужника накнаду која му је нанета тиме, да му није била извршена предаја одређених односно испорука заменљивих покретних ствари (чл. 218).

Не би се могла оспорити ефикасност и економичност при остварењу права у горе наведеним, новим решењима из чл. 187, 214, 217 и 232 ЗИП, ради тога што се, прескакањем парнице тј. одлучивањем о обавезама директно у поступку извршења, заиста, брже и јефтиније долази до остварења одређених права. Ипак, може се добити утисак, да се тиме, што се о обавезама одлучује у извршном поступку, овај поступак оптерећује. Може се добити утисак, да се на тај начин доводи у питање и само остваривање права, с обзиром да извршни поступак није организован на стриктној примени оних начела, на којима су оргачизовани судски поступци у којима се расправља и одлучује о спорним правним односима, а која начела представљају и једну од главних гаранција при остваривању субјективних права субјеката (контрадикторност и непосредност у првом реду). Може се коначно добити и утисак, да ће се судови у извршном поступку, ради тога, теже сналазити. Ипак, чини се, да свим овим подозрењима нема места.

Треба пре свега приметити, да се у свим наведеним случајевима, наиме, не расправља и не одлучује о правном основу, јер је одговарајуће право повериоца изричито признато самим Законом. У свим тим случајевима, према томе, суд у извршном поступку одлучује само о новчаном износу, тј. само о висини захтева, тако што је, понекад, дужан извршити и одговарајућу процену. Имајући у виду да је према ЗИП суд у више наврата (у више случајева принудног извршења) дужан вршити процене, само по себи, то и није неко оптерећење извршног поступања суда, које би било уведено вишенаведним новим решењима.

2. *Наглашена заступљеност начела о заштити дужника*

Циљ поступка принудног извршења је задовољење извршних потраживања поверилаца, чиме се, уједно, остварује и сам правни поредак, утолико више што су та потраживања утврђена актима надлежних органа. У том смислу извршење, када је допуштено законом и одређено одлуком суда, требало би се спровести без ма каквог обзира према дужнику. То и јесте тако, када је у питању остварење новчаних потраживања, јер је њихов објекат увек тачно одређен, а и сам је предмет самог извршења. Ствари стоје другачије, када је у питању остварење новчаних потраживања: за задовољење ових у смислу наведеног, према томе, дужник би одговарао свом целокупном имовином, односно друштвено правно лице као дужник — свим средствима у друштвеној

својини у свом саставу. Стриктно схватање циља принудног извршења, како је наведен, значило би да би се у поступку извршења новчаних потраживања врло често стварали социјални односно друштвено-економски случаји, које би друштво сâмо морало решавати. Такво схватање циља принудног извршења није у сагласности са модерним схватањима, ради чега се свако организовано друштво ограђује и заштићује на одређен начин, утолико више ради тога што извршна новчана потраживања, више или мање, извиру из диспозитивних односа самих субјеката. Ради тога се и наше друштво мора оградити и заштити када прописује поступак принудног извршења. И не само ради тога — већ и због уставом прокламованог начела солидарности.

Заштити дужника је нови ЗИП придао дужну пажњу. Томе су посвећене две основне одредбе: чл. 5 — заштита дужника и чл. 6 — заштита делатности одређених правних лица. У првој одредби (чл. 5) одређује се, да се извршење ради остварења новчаног потраживања (као и обезбеђење таквог потраживања) не може спровести на стварима или правима који су неопходни за задовољење основних животних потреба дужника и лица које је он по закону дужан да издржава (минимум за опстанак) или за вршење самосталне делатности која је дужников главни извор средстава за живот (минимум за рад и опстанак). Другом одредбом (чл. 6) прописује се, да се на стварима и правима у друштвеној својини у саставу друштвеног правног лица (дужника) не може спровести извршење и обезбеђење ради остварења новчаног потраживања, ако су те ствари и права услов за вршење његових задатака, односно услов његовог рада.

Да не би ове две основне одредбе остале обичне декларације у ЗИП је предвиђен обиман инструментаријум. С тим у вези не треба изгубити из вида и одредбу из чл. 29 ЗИП — о ограничењу средстава и предмета извршења (једна од уводних одредби за поступак извршења), али свакако већу пажњу заслужују оне одредбе Закона, које, у поступку извршења ради наплате новчаног потраживања, значе конкретно спровођење начела из чл. 5 и 6 тога Закона. Ради се о одредбама којим се одређује који делови имовине дужника и када не могу бити обухваћени извршењем.

Треба приметити да се је у погледу дела имовине дужника који не би смео бити обухваћен извршењем дуго време у раду на доношењу новог закона о извршном поступку провлачила идеја, да се то питање треба разрешити тако, што ће се предвидети једно опште правило (општа формула), на основу које би суд сâм, у сваком конкретном случају, одређивао круг ствари и права дужника који би били изузети од извршења. У новом Закону ипак је прихваћен метод таксативног набрајања свега онога што се изузима од извршења, чиме се треба обезбедити минимум за рад и за опстанак дужника. Ради тога, у ЗИП нема једне, већ више посебних одредби којима се одређују ствари и права што су изузети од извршења. У поступку извршења на покретним стварима — то је чл. 71; у извршењу на новчаним потраживањима дужника — то су чл. 92. и 93; при извршењу на непокретностима — то

је чл. 152, али такође и чл. 149. И за извршење на друштвеним средствима ради наплате новчаног потраживања, исто тако, предвиђена су разна изузимања и ограничења, све на линији да се друштвеним правним лицима као дужницима обезбеде (тј. — не захватају извршењем оне ствари и она права, који су услов за вршење њихових задатака, односно услови њиховог рада.[12]) Томе су посвећене одредбе из чл. 188 — 191, 196 и 209. Коначно, одредбом из чл. 246 предвиђено је, да није дозвољено обезбеђење на оним стварима и правима који, према ЗИП или по другом закону, не могу бити предмет извршења.

Заштита дужника, односно заштита делатности одређених правних лица (чл. 5 и 6), не исцрпљује се само наведеним одредбама ЗИП, у којима су одређене ствари и права на којима се не може спровести извршење или у односу на које је извршење ограничено. Заштита из поменутих основних одредби остварује се, даље, и кроз друга решења новог Закона. Већ у поменутој одредби за поступак извршења (чл. 29), у којој је најпре утврђено да суд одређује извршење ради остварења новчаног потраживања оним средством и на оним предметима који су наведени у предлогу за извршење, прописано је, даље, да ће суд, када је поверилац предложио више средстава или више предмета извршења, ограничити извршење само на нека од тих средстава или предмета, ако су довољни за остварење потраживања. И још више: суд може, на предлог дужника, одредити друго средство извршења, уместо оног које је предложио поверилац, ако је то средство довољно за остварење потраживања. У вези последњег заслужује пажњу, на пример, одредба из чл. 143 ЗИП, према којој, код већ одређеног извршења на непокретности, суд може, на предлог дужника, одредити друго средство — извршење на личном дохотку, пензији, инвалиднини или другом сталном новчаном примању, ако је дужник учинио вероватним да ће потраживање бити намирено у року од једне године од дана доношења решења о дужниковом предлогу. То (заштита дужника о којој је реч) је још израженија код извршења на друштвеним средствима: ту су првенствен предмет извршења ради наплате новчаног потраживања новчана средства која се воде на рачуну дужника код Службе друштвеног књиговодства и на девизном рачуну код банке,[13] док се извршење на другим друштвеним средствима може одредити само ако поверилац поднесе потврду Службе друштвеног књиговодства да дужник нема новчаних

---

[12] Код одредби из чл. 188 и 190 ЗИП, мотив изузимања су и шири друштвени интереси.

[13] Као што се види у првенствени предмет извршења према корисницима друштвених средстава спадају и средства која ова лица имају на својим девизним рачунима код банака. Када ће ова средства бити заиста захваћена извршењем одређује се законом, али али поштује се и воља дужника: дужник, ако је организација удруженог рада (само ова врста друштвених правних лица), може унапред одредити другачији редослед (захватања) средстава, т.ј. може одредити да се извршењем захвате њена средства на девизном рачуну, а не она на другим рачунима (чл. 204). Девизна средства дужника, према томе, не уживају посебни третман, са наведеним изузетком, ако је дужник друштвено-политичка заједница, (чл. 208, ст. 3). Напротив, у неким случајевима, када се извршно потраживање гласи у страној валути, извршење се и спроводи само на девизним средствима дужника (чл. 208). То онда ако на девизном рачуну дужника има средстава у валути на коју се гласи и извршно потраживање (конверзија није допуштена, в. ст. 1, чл. 208), а ако такве валуте нема — извршење се може спровести као да је у питању новчано потраживање које се гласи на динарски износ.

средстава на рачуну, а и овога пута извршење се може спровести првенствено на покретним стварима и правима и тек на крају и на непокретностима (чл. 192). У погледу новчаних средстава на рачуну (рачунима) дужника, према томе, нема никаквих заштитних мера: будући да се ради о првенственом предмету извршења — сва новчана средства на рачуну дужника захватају се извршењем. Али, то није тако када се извршење спроводи на средствима друштвено-политичке заједнице и њеног органа: извршење на новчаним средствима на рачуну друштвено-политичке заједнице (и њеног органа) код Службе друштвеног књиговодства, као и на динарској вредности девизних средстава што их та заједница односно њен орган имају на рачуну код банке, не може се одредити извршење, ако су та средства неопходна за вршење основних задатака друштвено-политичке заједнице (чл. 196).

Одредбама о заштити дужника, како је то већ поменуто, остварује се уставно начело о солидарности. У тим одредбама, истовремено, међутим, садржана је и одређена порука за понашање субјеката приликом заснивања облигационих односа: управо се обзиром на решења садржана у тим одредбама требали би будући повериоци бити боље информисани о имовинском стању својих партнера, како не би, доцније, западали у тешкоће при принудном остварењу својих потраживања.

3. Административна забрана има правно дејство решења о извршењу

Лични доходак је, као и до сада, и по ЗИП један од могућих предмета извршења (као новчано потраживање дужника).[14] С обзиром на његов значај (личног дохотка) за егзистенцију дужника, као и лица које је он дужан по закону да издржава, а у сагласности са начелом о заштити дужника о чему је било речи, извршење на личном дохотку је и по ЗИП, такође као и до сада, само ограничено: ово се извршење може спровести само на једној трећини личног дохотка, а само за тачно одређена привилегирана потраживања (за потраживања по основу законског издржавања, накнаде штете настале услед нарушења здравља или умањења, односно губитка радне способности и накнаду штете услед смрти даваоца издржавања) — такво се извршење може спровести и на половини личног дохотка (чл. 93). ЗИП одређује да дозвољено извршење захвата и повећање личног дохотка које настане после достављања решења о извршењу (чл. 120). Поред ове, ЗИП уводи и другу новину у вези намирења наведених привилегираних потраживања: ако има више поверилаца таквих потраживања, код намирења не важи принцип првенства, већ принцип сразмерног намирења, а то и у случају да је извршење већ започело (чл. 121).

Интересантна је и заслужава пажњу одредба ЗИП којом се утврђује одговорност друштвеног правног лица код кога је дужник у рад-

[14] То важи и за пензију, накнаду уместо личног дохотка, плату војних лица и за нека друга повремена примања (в. чл. 93).

ном односу дужник за пропуштену обуставу и исплату доспелих оброка: поверилац има право тужбом да захтева да му друштвено правно лице измири све оброке које је пропустило да обустави и да му их исплати из личног дохотка дужника, према решењу о извршењу (чл. 124). Одговорност друштвеног правног лица је, даље, предвиђена и за случај, да то лице не поступи на законом одређени начин приликом престанка радног односа дужника (чл. 123, ст. 2 и 3). ЗИП, наиме, прописује обавезу друштвеном правном лицу код кога дужник више није у радном односу да без одлагања, препорученом пошиљком, достави решење о извршењу друштвеном правном лицу код кога је дужник засновао радни однос и да о томе обавести суд, односно ако му није познато код кога је дужник засновао радни однос, да о томе без одлагања обавести суд: за пропуштање испуњења ових обавеза друштвено правно лице [15] одговара повериоцу за штету (чл. 124, ст. 2).

Најзначајнију новину код извршења на личном дохотку ЗИП је увео одредбом којом регулише правно дејство забране на личном дохотку по пристанку дужника (административна забрана). [16] У досадашњој пракси је преовладало схватање да решење о извршењу на личном дохотку одлаже обуставу доспелих оброка по административној забрани до намирења потраживања по одређеном извршењу. ЗИП, сада, прописује да *административна забрана на личном дохотку дужника има правно дејство решења о извршењу на личном дохотку* (чл. 125, ст. 1). Према томе, за редослед намирења повериоца по административној забрани и по решењу о извршењу, сада важи правило — prior tempore, potior iure. Другим речима: ранија административна забрана одлаже обуставу оброка по решењу о извршењу, до коначне исплате дуга према административној забарни. ЗИП је предвидео само једно одступање: административна забрана (ранија, а и уопште) нема утицаја на спровођење извршења на личном дохотку ради намирења више већ наведених привилегованих потраживања (чл. 125, ст. 2).

Чини се уским тумачење, да се значај одредбе из чл. 125, ст. 1 ЗИП своди само на изједначење ранга административне забране са рангом решења о извршењу на личном дохотку у смислу, да ранија административна забрана има утицаја на доцније решење о извршењу, како је то горе наведено. Будући да је у правном дејству изједначена са решењем о извршењу на личном дохотку, требало би сматрати да и у односу на административну забрану постоји одговорност лица код којег дужник остварује лични доходак ако не поступа по административној забрани, односно ако редовно не обуставља и не исплаћује оброке [17] или, ако дође до престанка радног односа дужника — не проследи административну забрану лицу код којег је дужник засновао радни однос или не обавести повериоца да му није познато где је дужник

---

[15] Све наведено за одговорност друштвеног правног лица односи се и на свако лице с ким је дужник у радном односу.

[16] Законски израз.

[17] Будући да је равна решењу о извршењу, треба сматрати да ни вољом дужника лице с ким је он у радном односу не сме обуставити исплате доспелих оброка по административној забрани.

засновао радни однос, како је то прописано за случај спровођења извршења на личном дохотку. Ако се одредба из чл. 125, ст. 1 ЗИП овако схвати, онда је њен значај заиста већи, него што је само утицај административне забране на извршење на личном дохотку. Поимање поменуте одредбе да она ствара обавезу за лице код којег је у радном односу дужник према административној забрани, каква за то лице проиизлази уколико не поступи на законом одређени начин по решењу о извршењу, значи да ће та одредба имати знатног утицаја на дисциплину испуњења преузетих новчаних обавеза, а то би, даље, деловало на смањење броја судских спорова. (18) У томе би био тај шири значај одредбе из. чл. 125, ст. 1 ЗИП. Такво схватање поменуте одредбе чини се одговарајућим нашим друштвено-економским приликама.

4. Заложно право на непокретности као средство за обезбеђење новчаног потраживања

Заложно право на непокретности није средство које по први пут уводи ЗИП. Ово је срдство познато већ и по правним правилима. Разлика се јавља само у томе, што према правним правилима заложно право на непокретности је средство за намирење новчаног потраживања, док по ЗИП то је средство за обезбеђење таквог потраживања.

За разлику од средстава за намирење новчаних потраживања, како оних која су била позната према правним правилима, тако и оних што су предвиђени ЗИП, карактеристика заложног права на непокретности као средство за намирење новчаног потраживања била је та, да се њиме, заправо, није постизало намирење новчаног потраживања, када је то било одређено и спроведено за односно потраживање. Заснивањем заложног права на непокретности по правним правилима, наиме, поверилац је само стицао право првенственог намирења уколико (и када) касније дође до уновчења непокретности по било чијем предлогу, односно да његово заложно право дејствује према сваком каснијем стицаоцу непокретности, тј. да се извршење на непокретности може спровести према трећем лицу. С тога, и према правним правилима, заложним правом се је постизало само обезбеђење новчаног потраживања, и ако је то средство номинално било средство за намирење таквог потраживања. ЗИП је учинио потребну исправку и ово средство уврстио систематски на право место: међу средства за обезбеђење.

Дејству заложног права на непокретности као средству за обезбеђење посвећена је одредба из чл. 251 ЗИП: уknњижба заложног права има то дејство да се извршење на непокретности може спровести и према трећем лицу које је ту непокретност доцније стекло. У глави у којој су садржане одредбе о заложном праву на непокретности (као средство за обезбеђење новчаног потраживања, — XXII) нема одредбе

(18) Ако лице код којег дужник остварује лични доходак не сме ни на захтев дужника престати са исплатом доспелих оброка по административној забрани, то значи да поверилац не мора да води парницу како би дошао до извршне исправе за своје потраживање.

о дејству заложног права на извршење на непокретности, које је предложено и одређено после заснивања тога права, тако да се може добити утисак да заложно право и нема дејства на касније извршење на истој непокретности. У глави XXII ЗИП нема такве одредбе и не треба да је има, зато што је то питање решено одговарајућим одредбама о извршењу на непокретности. У чл. 146 ЗИП, наиме, речено је, да се у поступку извршења на непокретности намирује и заложни поверилац који није предложио извршење, а у чл. 173 — да се потраживање обезбеђено заложним правом рангира у исти ред са потраживањем предлагача извршења на непокретности и да се намирује, сагласно правилу prior tempore, potior iure. Законом је, даље, одређено, да се заложно право укњижено на непокретности гаси даном правоснажности решења о предаји непокретности купцу, и ако заложни повериоци нису потпуно намирени, али се купац непокретности и заложни поверилац могу споразумети да заложно право остане на непокретности и после правоснажности решења о предаји непокретности, с тим да купац преузме дужников дуг према том повериоцу у износу који би му припао у извршном поступку, у ком би се случају куповна цена умањила за износ преузетог дуга (чл. 147).

Као средство за обезбеђење, заложно право на непокретности разликује се од других средстава за обезбеђење новчаних потраживања предвиђеним ЗИП (претходне мере, привремене мере). Та је разлика, пре свега, видљива код услова за одређивање свакога од тих средстава за обезбеђење. Док се заложно право на непокретности може одредити (засновати) само на основу извршне исправе (чл. 248), претходна мера се може одредити на основу одлуке која није правоснажна или није извршна (чл. 253), а привремена мера се може одредити и пре покретања и у току судског или управног поступка, све док извршење не буде спроведено (чл. 263)). Поред овога, разлика се јавља, даље, у томе, што је за одређивање претходне и привремене мере потребан још и услов, да постоји вероватна опасност да ће извршење бити осујећено или отежано, а за привремену меру још и да нема услова за одређивање претходне мере, којом би се постигао исти циљ (чл. 253, 264, 265, 267), какви се услови не траже код заснивања заложног права. Разлика између заложног права, с једне, и привремне и претходне мере, с друге стране, показује се и у дејству сваког од ових средстава: заложно право увек дејствује erga omnes, што није случај са сваком од претходних односно привремених мера. У вези дејства сваког од средстава за обезбеђење, разлика се показује и тако, што привремене и претходне мере дејствују само на одређено време, а то није случај са заложним правом. Коначно, одређена претходна или привремена мера се може касније укинути као таква, док заложно право може престати само брисањем из јавне књиге у коју је било укњижено. Заједничко за заложно право и за друга два средства обезбеђења је то, што се ниједно од тих средстава не може одредити на предметима који према ЗИП или према другом закону не могу бити предметом извршења (чл. 246).

др Стефан Георгиевски

РЕЗЮМЕ

Новинки в процедуре принудительного исполнения облигаций

Закон об исполнительном делопроизводстве от 30. III 1978. года отводит значительное место осуществлению самого Закона об облигациях, так как предписывает процедуру принудительного исполнения облигаций. Особое внимание привлекают новые решения этого Закона.

Значительным является решение, которое обойдя тяжбу, ускоряет и сокращает процедуру защиты права. В первую очередь это достоверный документ (вексель, чек, фактура) на основании которого можно назначить исполнение платежа денежного иска, если тому не противится должник. Сюда входят и случаи, когда исполнительный суд по поводу исполнения осуществления неденежного иска, вменяет в обязанность должника уплату денежного иска, и то: 1. уплата судебных пени (за неисполнение недежного иска), 2. возмещение заработной платы (при возвращении работника на работу) и 3. выплата стоимости определенных т.е. заменяемых предметов (при передаче или доставке передвижных предметов, которых нет возможности приобрести на другой стороне).

При исполнении и обеспечении денежых исков подчеркивается наличие начела защиты должника. Исполнение невозможно по отношению к предметам или правам одиночки, необходимым для удовлетворения основных потребностей или для осуществления деятельности, являющейся главным источником существования (минимум для существования и работы). Исполнение также невозможно по отношению к общественным средствам в составе общественного правового лица, когда речь идет о предметах и правах, являющихся условием для осуществления деятельности или заданий того лица. Все эти решения являются выражением принципа социальности и солидарности в исполнительной процедуре.

Новым Законом положительно решен и вопрос об одинаковой правовой силе наложения запрета на зароботную плату по воле должника (административный запрет), а залоговое право на недвижимости является только средством для обеспечения денежного иска. Эти решения имеют значение для кредитных отношений.

A SUMMARY

Novelties in the Procedure of Coercive Execution of Obligations

The Coercive Procedure Law of 30. 3. 1978. occupies a significant position in the realisation of the Law on Obligations as such, as it provides the procedure for the coercive execution of obligations. Great attention has been paid to the new solutinos contained in this Law.

One of these solutions is the one which avoids lawsuites and accelerates and shortens the procedure of the safeguard of rights. Primarily this is achieved by the introdution of the credible instrument (bill of exchange, cheque, invoice), forming a sound basis for the determination of value to be executed for payment of the claim in cash (or otherwise), if not objected to by the debtor. This includes cases where the coercive court, in connection with the execution for realisation of a non-financial claim, obliges the debtor to pay out his obligation in money, such as: 1) the payment of court penalties for the non-fulfilment of non-financial claims; 2) compensation of wages (salary) in connection with the reinstatement of a person to his former post; 3) payment of values or replacable articles (in connection

with the hand-over or delivery of movable property, which has not been recovered or cannot be replaced at another place).

In connection with the execution and the ensuring of money claims, there has been underlined the principle of protection of the debtor. Execution is not possible in respect of articles and rights of persons necessary for the satisfaction of their basic needs or their business activity representing their main source of income (minimum for survival). Execution, is furthermore not possible in respect of means of production in social ownership, within a social (public) legal person, when articles and rights forming the basic conditions for the functioning of the business activity or the carrying out of a task of that person are concerned. All these solutions are the expression of the principle of solidarity and socialness in the executive procedure.

The new Law has solved the question of equal legal power (force) of the ban placed on salary (wages) according to the will of the debtor (administrative ban) in a favourable way, while mortgage rights on real estate are simply means of security of the money claim. These solutions are significant for credit relations.

RÉSUMÉ

Les nouveautés dans la procédure de l'exécution coercitive des obligations

La Loi relative à la procédure obligatoire du 30 mars 1978 occupe une place importante dans la réalisation de la Loi des obligations, car elle prescrit la procédure de l'exécution coercitive des obligations. Une attention particulière attirent les nouvelles solutions de cette loi.

La solution est importante par laquelle, en passant outre les procès, on accélère et raccourcit le procédure de la protection du droit. En premier lieu c'est la pièce authentique (la lettre de change, le chèque, la facture), en vertu de laquelle on peut déterminer l'exécution pour l'encaissement des avoirs en argent, pour autant que le débiteur ne s'y oppose. Dans cette sphère se trouvent aussi les cas quand le tribunal exécutoire, à l'occasion de l'exécution pour la réalisation des avoirs qui ne sont pas stipulés en argent oblige le débiteur au payement des avoirs en argent, tels que: (1) le payement des pénalités judiciaires (pour la non-exécution de la revendication qui n'est pas stipulée en argent), (2) la compensation du revenu personnel (dans la réintégration des ouvriers eu travail) et (3) le payement de la valeur des objets déterminés ou des objets qui peuvent être remplacés (dans la remise ou la livraison des biens mobiliers, qui n'ont pas été trouvés ou qu'on ne pouvait pas se procurer d'un autre côté).

Dans l'exécution et l'assurance des avoirs en argent est accentuée la présence du principe relatif à la protection du débiteur. L'exécution n'est pas possible sur les biens et les droits de l'individu qui lui sont indispensables pour la satisfaction des besoins élémentaires ou pour l'exercice de l'activité qui est sa principale source de l'entretien (le minimum d'existence et de travail). L'exécution, de même, n'est pas possible sur les moyens sociaux qui forment partie intégrante de la personne morale sociale, lorsque les biens et les droits sont en question qui sont la condition pour l'exercice de l'activité c'est-à-dire des devoirs de cette personne. Toutes ces solutions sont l'expression du principe relatif au caractère social et à la solidarité dans la procédure exécutoire.

Par la nouvelle Loi la question est résolue positivement concernant la force juridique égale de l'interdiction sur le revenu personel selon la volonté du débiteur (l'interdiction administrative), et le droit de gage est seulement le moyen pour assurer les avoirs en argent. Ces solutions présentent de l'importance dans les rapports de crédit.

ОДГОВОРНОСТ ЗА МАТЕРИЈАЛНЕ НЕДОСТАТКЕ ПРОДАТЕ СТВАРИ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА О МАТЕРИЈАЛНИМ НЕДОСТАЦИМА УОПШТЕ (чл. 478 — 487)

Национална права на европском континенту одвајају две основне обавезе продавца: обавезу предаје (односно испоруке) и обавезу гаранције за мане (garantie des vices) са посебним санкцијама. Мана је у већини тих права дефинисана као одсуство својства ствари неопходних за њихову редовну употребу (тзв. објективна мана). Само на те мане примењују се, у начелу, посебне санкције предвиђене за повреду „гаранције за мане" (actio redhibitoria и actio quanti minoris). Судска пракса је, међутим, проширила примену ових санкција и на случајеве одсуства својства потребних за нарочиту употребу предвиђену уговором, као и на одступања од уговором обећаних својстава. Разлози за ову тенденцију судске праксе налазе се у кратким роковима застарелости који су предвиђени за ову одговорност. С друге стране, тиме се проширила обавеза стављања приговора, који су услов за коришћење санкција из одговорности за мане. Ово проширење појма мане и на одступања од својстава потребних за нарочиту употребу предвиђену уговором као и на одступања од уговором обећаних својстава нарочито је дошло до изражаја у германској групи права (немачком [1]) и швајцарском праву). У неким трговинским правима (немачки ХГБ — параграф 378) је чак обавеза приговора проширена и на квантитативна одступања.

Данас се више не може ни у једној земљи спровести јасно и једноставно разликовање одговорности због физичких мана и одговорности због неиспуњења. У теорији је све више заступано мишљење да продавац не дугује само предају ствари, него предају *исправне* ствари. На тај начин се предаја и гаранција спајају у јединствену обавезу испуњења.

Ова „интеграција" одговорности за предају и одговорности за мане достигла је своју кулминацију у Једнообразном закону о међународној купопродаји покретних телесних ствари од 1964. године. Обавеза продавца да изврши испоруку обухвата према ЈЗ два битна елемента: 1. обавезу продавца да преда ствар у утврђено време и у утврђеном месту и 2. обавезу продавца да преда ствар саобразно уговору. Своју обавезу испоруке продавац може да повреди било тако што у пред-

(1) БГБ — параграф 459, ст. 1.

виђено време не преда ништа или преда ствар у неком другом месту, а не у предвиђеном, било да преда ствар, али да она није саобразна уговору. Ново решење Једнообразног закона добило је свој терминолошки изражај у речи „несаобразност". Ствар је несаобразна уговору не само кад садржиману у класичном смислу речи, већ и кад одступа и у погледу врсте и количине од ствари предвиђене уговором.

Скица за Закон о облигационим односима је била инспирисана овим „авангардним" решењем Једнообразног закона, мада је у њега унела знатне модификације, којим је ублажен претерани радикализам овог решења. Она је правила разлику између грађанске продаје и продаје у привреди и за ону прву задржала појам мане који се примењује у правима свих земаља европског континента. Зо продају у привреди Скица је била усвојила појам недостатка који приближно одговара појму несаобразности Једнообразног закона. Међутим, и овде су биле унете извесне корекције. Наиме, Скица није усвојила врло радикално решење ЈЗ по коме се предаја алиуд-а сматра несаобразношћу и повлачи обавезу купца да стави приговор на такву предају под претњом губитка санкција због овакве повреде уговора. Алиуд је представљао, према Скици, материјални недостатак који повлачи посебну одговорност и обавезу стављања приговора само уколико продата ствар није толико различита од уговорне ствари да разуман човек не би могао очекивати да ће је купац примити.

Коначан текст Закона о облигационим односима (чл. 479) чини корак назад у односу на Скицу и дефинишеману („материјални недостатак") на исти начин ка што је то учињено у већини националних права европског континента. Предаја алиуд-а или предаја мање количине од уговорене не представља, према томе, „материјални недостатак", већ неиспуњење обавезе предаје — доцње — која повлачи опште санкције за неизвршење уговора.

Материјални недостатак постоји, према чл. 479 Закона, у следећим случајевима:

а) ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу или за промет;

б) ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која је била позната продавцу, или му је морала бити позната;

в) ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене односно прописане;

г) кад је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавештења.

Размотрићемо посебно сваки од ових елемената дефиниције материјалног недостатка.

1. Недостатак својства ствари потребних за њену редовну употребу или за промет

Овај елеменат дефиниције материјалног недостатка одговара функционалном и објективном појму мане („законска" мана). Без обзира да ли је то предвиђено уговором или не продавац одговара ако ствар нема својства потребна за њену редовну употребу. Недостатак мора бити такав да смањује корисност, функцију, ствари; ако умањује само њену естетску страну, онда то није недостатак у законском смислу.

У Закону су предвиђене алтернативно две особине чији недостатак повлачи одговорност за материјалне недостатке: 1. подобност за редовну употребу и 2. подобност за промет.

Одређујући недостатак подобности за редовну употребу као један од елемената дефиниције материјалног недостатка, Закон само усваја оно што је заједничко за сва континентална права. Наиме, сва ова права предвиђају гаранцију у случају недостатка подобности за редовну употребу. За редовну употребљивост продавац одговара иако уговор не садржи никакве одредбе о својствима ствари.

Подобност за промет — друга особина коју ствар по самом Закону мора да има — изазива дилеме. Пре свега, овај термин није био познат у нашим ранијим изворима права, а — колико је аутору познато — ни у националним изворима права других земаља европског континента, са изузетком енглеског права. С обзиром на новину коју овај појам представља у нашем праву, тешко је одредити његову тачну садржину. Да ли, на пример, одговорност за „подобност ствари за промет" значи да ће купац моћи да примени санкције према продавцу ако ствар не успе да прода због тога што је она демодирана? Или, можда, подобност за промет ствари значи да она има одређену прометну вредност и да ће продавац бити одговоран ако она због одсуства неких својстава нема ту вредност? Или, најзад, и то би изгледало највероватније, овај захтев да ствар има особине потребне за промет треба применити само на продаје у привреди, где би ова особина требало да обезбеди могућност пласмана продате ствари?

Нама изгледа да су редактори Закона, „чистећи" Скицу од утицаја Једнообразног закона једноставно пропустили да елиминишу овај термин који је у Скицу био преузет из чл. 33 ЈЗ. У Једнообразни закон је овај термин био укључен због тога што се желео постићи компромис између континенталних права (civil law-a) и англосаксонских права (common law-a). Наиме, англосаксонска права предвиђају гаранцију за једну општу особину — подобност за искоришћавање у трговини (merchanbility) (2). Међутим, ови закони предвиђају овакву одредбу само за продавце који тргују стварима односне врсте. Доктрина (3) је проширила примену ове одредбе на све продавце, а сам појам „подобности за искоришћавање у трговини" јако приближила европском појму употреб-

(2) SGA — чл. 14, ст. 2, UCC чл. 2 — 314, Unif SA — чл. 15, ст. 2.
(3) Willston, S., On sales, I, стр. 582.

љивости за редовну употребу (fitness for ordinary use) С обзиром на несигурност овог појма Uniform Commercial Code (чл. 2 — 314) даје његову прецизнију дефиницију (4). С обзиром на то да је и у англосаксонским правима подобност за промет тумачена претежно као подобност за редовну употребу, није било никаквог разлога да се подобност за промет укључује као посебна особина ствари у наш Закон о облигационим односима. У Једнообразном закону је то морало бити учињено да би се његов текст учинио приступачним и континенталним и англосаксонским правницима. Такав разлог отпада када се ради о унутрашњим изворима права.

2. *Недостатак својстава потребних за нарочиту употребу за коју је купац набавља*

Према овом елементу дефиниције Закона материјални недостатак постоји и када је ствар неподобна за уговором обећану или претпостављену употребу. За утврђивање постојања овог недостатка неопходно је, према томе, одредити употребу ствари са којом купац на основу уговора рачуна. Док се продавац може учинити одговорним за редовну употребљивост ствари и без посебног споразума, јер је она опште позната, са нарочитом употребом којој је ствар намењена, продавац мора бити упознат. Посебне тешкоће изазива утврђивање нарочите употребе која је продавцу „морала бити позната", тј. која је „прећутно" предвиђена уговором. Како утврдити употребу на коју купац рачуна, а продавац треба да познаје на основу околности под којима је уговор склопљен или на основу постојећих обичаја? Овде треба избећи, с једне стране, да продавац буде остављен на милост купца, а с друге стране задовољити и оправдана очекивања купца. У оквиру ових граница, кад не постоји изричита клаузула у уговору која би обавестила продавца о нарочитој намени ствари, треба имати у виду објективну могућност да продавац за ту употребу дозна и оправдана очекивања купца која произлазе из садржине уговора.

3. *Недостатак својства и одлика које су изричито или прећутно уговорене односно прописане*

Продавац гарантује за она својства која је уговором обећао. То опште правило прихватио је Закон као један од елемената одговорности

(4) „Да би добра била трговинског квалитета морају бити бар таква да:
а) пролазе без примедби у трговини према уговорном опису и
б) у случају фунгибилних добара буду просечног квалитета у оквиру описа; и
в) да су подобна за редовну сврху за коју се та добра употребљавају; и
г) буду, у оквиру варијација дозвољених споразумом, једнаке врсте, квалитета и количине у оквиру сваке јединице и између свих обухваћених јединица, и
д) да су адекватно пакована, амбалажирана и обележена како споразум захтева, и
ђ) сагласна обећањима или тврдњама чињеница учињеним на амбалажи или етикети, ако је има",

за материјалне недостатке ствари. Укључивањем недостатка уговором обећаних својстава у оквир ове одговорности, Закон је нашао решење за низ спорних питања око правног карактера овог обећања и правних средстава које трба применити при његовој повреди.

Правни карактер овог обећања је посебно спорaн у савременим континенталним правима (5). Док се у неким од њих (швајцарском и аустријском) обећања продавца сматрају једностраним гаранцијама чија се обавезност заснива само на закону или, пак, на посебним споредним уговорима (француско право), у другим правима се она сматрају делом купопродајног уговора. Према првом схватању, за одговорност продавца довољна је његова изјава, без обзира на то да ли ју је купац прихватио и да ли га је она навела да закључи уговор. Напротив, према супротном схватању, тражи се за правно дејство обећање да је оно прихваћено од стране купца односно да га је навело да закључи уговор. Закон о облигационим односима усваја друго схватање и предвиђа одговорност за материјалне недостатке само у случају ако су својства била изричито или прећутно предвиђена уговором о купопродаји. Продавац, према томе, не одговара за било каква једнострана обећања, која нису ушла у оквир уговорених услова. Одговорности продавца неби било краја, ако би се свакој његовој изјави о предмету уговора давао карактер уговорних обећања одређених својстава! Позната или уобичајена претеривања о хваљењу робе не повлаче одговорност за материјалне недостатке ни у једном праву (посебно је питање одговорности по основу нелојалне конкуренције и повреде добрих пословних обичаја). Да ли је обећање продавца укључено у уговор или не, фактичко је питање и зависи од тога да ли се купац, с обзиром на околности, могао ослонити на продавчеву изјаву и да га је она навела да закључи уговор.

Остаје отворено питање на шта се могу односити уговором предвиђена својства. Закон говори о „својствима и одликама", али не каже ништа да ли се ради само о физичким својствима (квалитету) или се уговором могу предвидети и привредна својства (нпр. могућност продаје, вредност и сл.). Немачки BGB (параграфи 459 и 480) говори о недостатку „гарантоване особине", а не о „мани" у смислу одсуства одређене физичке особине. Захваљујући таквој формулацији немачки судови су појам недостатка својстава проширили и на привредне односе у вези са купљеним предметом (поркло робе, могућност продаје, одређени приход од посла). Међутим, судска пракса не сматра гаранцијом податке о вредности или тржишној цени робе. Швајцарска пракса такође сматра да гаранција не мора да се односи само на телесне мане. Исто важи и у Аустрији. (6) Према Almén-u (7) скандинавско право посебно широко схвата изрично обећање: оно се односи на сваки довољно одређен податак у погледу робе, који је продавац дао на питање купца или по сопственој иницијативи, а не представља просто хваљење. Мислимо да је исправно тумачење чл. 479 Закона да се својства и одлике не ограни-

(5) V. Rabel, E., Das Recht des Warenkaufs, II, стр. 149.
(6) E. Rabel, S.: op. cit., II.
(7) Almén, T.: Das skandinawische Kaufrecht, II, стр. 3.

чавају само на физичка својства (квалитет); да су то ограничење желели, редактори би то изричито назначили. Ипак би одговорност за уговором предвиђена привредна својства требало ограничти с обзиром на могућност злоупотреба оваквих клаузула. Ово ограничење би се могло постићи било оцењивањем оваквих клаузула полазећи од начела поштења и савесности или применом добрих пословних обичаја.

4. Купопродаја према узорку или моделу

Посебна врста изричне гаранције постоји у случају одређивања својства ствари према узорку. У овом случају основно спорно питање је у ком степену својства ствари морају одговарати узорку односно моделу. Предата ствар мора бити у начелу у потпуности сагласна са узорком односно моделом. Међутим, ако се ради о тзв. типском узорку, који треба само да означи род ствари или да пружи само један општи преглед о њеним својствима, онда предата ствар може по својим својствима одступити од њега у већој мери. Неки аутори сматрају да при купопродаји генеричних ствари постоји увек типска мустра. (8) Поред тога, узорак односно модел може бити меродаван само за извесне особине ствари (рецимо за боју), па су у том случају, разуме се, дозвољена одступања у другим својствима. Закон о облигационим односима не каже ко је дужан, продавац или купац, да докаже да је узорак или модел показан купцу само ради обавештења. Из општих правила о уговорној одговорности произилази да терет доказа лежи на продавцу.

Ако су странке поред позивања на узорак односно модел описале ствар у уговору, поставља се питање шта је меродавно — опис или узорак. Ако опис и узорак не показују противречне особине, меродавно је обоје. Ако противрече, већина права даје предност узорку, па мислимо да то решење треба усвојити и у примени чл. 479 Закона.

Техничка спецификација, као посебна врста одређивања својстава ствари у уговору, није предвиђена у Закону. Она се најчешће јавља при купопродајама нефунгибилних ствари. Саобразност ствари техничкој документацији мора бити потпунија неголи саобразност генеричних ствари узорку. Према неким правима (9) техничка спецификација је меродавнија од противречног узорка или модела или језичког описа.

*
* *

Мада регулисање појма материјалног недостатка у Закону о облигационим односима изгледа сасвим одређено, његова практична примена ће сигурно изазвати извесне тешкоће. Основна тешкоћа је, пошто је усвојено различито поступање у случају материјалног недостатка ствари

(8) Прица, Богдан: Купопродајни уговор у спољној трговини, стр. 63.
(9) UCC — § 2 — 317.

да ли се ради о материјалном недостатку или о ствари другог рода. Да ли је на пр., жупско вино ствар другог рода у односу на опленачко или се ради само у разлици у квалитету, да ли је сарајевска „Морава" ствар другог рода у односу на нишку итд.? У вези са овим питањем постоји обимна казуистика у правосуђу свих земаља, али сигуран критеријум за одређивање граница између мане и алиуд-а није утврђен. Разграничење између материјалног недостатка и алиуд-а изазваће посебне тешкоће при регулисању спорова насталих из уговора о продаји у привреди. Да би се избегле ове тешкоће у практичној примени правила о одговорности за мане, појавиле су се у модерном праву тенденције за уклањањем разликовања у третману мане ствари и алиуд-а, који су добиле свој изражај у регулисању немачког трговинског законика и у решењима Једнообразног закона о међународној купопродаји. Проширење одговорности за мане ствари и на алиуд прихвата Almén [10] за скандинавско право, а исто, тако и пракса француских трговинских судова [11] као и Законик, међународне трговине ЧССР (параграф 297). У нашем праву пледира за ово изједначење др Владимир Капор [12], док др Стеван Јакшић [13] сматра да у погледу мана које немају значај и последице квалитативних мана не треба купца везивати формалностима (мисли се на обавезу приговора), чије би занемарење доводило и до губитака одређених права.

Исте практичне тешкоће у примени чл. 479 Закона јавиће се и при одступањима у количини. Да ли је, на пример, одступање тежине пшенице по хектолитру од уговорене материјални недостатак или одступање у количини, на које се примењују правила о неизвршавању уговора (Исто важи, и при одступањима у погледу ширине штофа, димензије грађевинског материјала и сл.). У литератури [14] се често наглашава да квантитативни недостаци могу бити истовремено и квалитативни. Неки аутори [15] заступају чак мишљење да би у погледу поступка са квантитативним недостацима требало правити разлику између „чистих" квантитативних недостатака и оних који истовремено представљају и квалитативнуману. Прве би требало третирати као делимичну неиспоруку, а са другима би требало поступати као са квалитативним манама. Као и у случају алиуд-а, нека национална права су изједначиле у погледу обавезе на приговор квантитативне и квалитативне недостатке (HGB — параграф 378, Законик међународне трговине ЧССР — параграф 297). Слично решење било је садржано и у нашим Општим узансама (уз. бр. 151). Тиме су се хтеле превазићи тешкоће које ствара разликовање квалитативних одступања и квантитативних недостатака.

Закон о облигационим односима је, као што је већ више пута било наглашено, остао консеквентно на разграничење одговорности за

---

[10] Almén, op. cit., II, стр. 7.
[11] Hamel, J., La vente coomerciale des marchandises, стр. 343 и сл.
[12] Капор, В., Уговор о куповини и продаји према Општим узансама, стр. 141.
[13] Јакшић, С., Мане ствари, гаранције и приговори због скривених мана, стр. 8.
[14] Капор, В., op. cit., стр. 120.
[15] Јакшић, С., op. cit., стр. 8.

материјалне недостатке од одговоронсти за предају алиуд-а односно мање или веће количине, као одговорности за неизвршење обавезе предаје. Несумњиво да у прилог оваквог решења постоје јаки аргументи: „апсолутизирање" захтева за благовременим приговорима на сва одступања од уговорених својстава ствари наметнуло би купцу непотребне формалности чије би пропуштање довело до губитка одређених правних средстава. Тиме би купац био стављен у неравноправан положај према немарном продавцу, који је по правилу свестан недостатака ствари, када је у питању предаја алиуд-а или мање односно веће количине. Овај аргуменат има несумњиво своје оправдање кад је у питању грађанско-правна купопродаја, али у односима међу професионалцима, као што је то случај са привредницима, можда би увршћење алиуд-а и квантитативних одступања у појам материјалних недостатака олакшало судској пракси решавање спорова из ове области.

Тренутак постојања материјалног недостатка

Закон о облигационим односима (чл. 478 ст. 1 и 2) усваја модерно решење у погледу одређивања тренутка у коме треба да постоји недостатак да би продавац био за њега одговоран. Старији законици су тренутак постојања мане везивали за тренутак преласка својине, па је тако у аустријском праву меродаван тренутак предаје, а у романским (СС чл. 1614) и англосаксонским правима тренутак закључења уговора. Према модернијим правним системима, да би продавац био одговоран, мана мора постојати у тренутку преласка ризика.(16) Овакво решење је логично, јер појам мане улази у појам оштећења, за које се одговорност у свим правима везује за тренутак преласка ризика. Поред тога, тренутак преласка ризика је обично везан за тренутак предаје, што значи за тренутак кад је ствар обично изашла из продавчевог чувања, па и то оправдава овакво решење. Пре тог момента материјални недостатак може бити отклоњен, а после се он може приписати другима. Према томе продавац сноси одговорност за материјални недостатак који је настао пре преласка ризика, а купац за онај после преласка ризика. Довољно је да је материјални недостатак постојао у тренутку преласка ризика само у клици (да је последица узрока који су постојали пре преласка ризика).

При дистанционој купопродаји узимају се у обзир својства у време одашиљања, јер тада прелази ризик, а не приспећа, и поред тога што обавеза прегледа наступа тек кад је ствар приспела у место опредељења. Купац нема начелно захтев према продавцу за материјалне недостатке који су настали за време превоза, изузев уколико они нису последица продавчеве кривице.

(16) Швајцарски законик о облигацијама — чл. 185, скандинавски Закон о купопродаји — параграф 44, грчки ГЗ — параграфи 522 и 534 итд.

Материјални недостаци за које продавац не одговара

Продавац је одговоран за материјалне недостатке продате ствари без обзира да ли је он за њих знао или не (чл. 478 ст. 1 Закона). Његова савесност или несавесност има значаја само за обим његове одговорности, али не и за њено постојање.

Међутим, Закон, као и већина националних система права, искључују одговорност за материјалне недостатке:

1. Кад су материјални недостаци били у тренутку закључења уговора познати купцу „или му нису могли остати непознати" (видљиви недостаци),

2. кад је материјални недостатак безначајан („у границама толеранције").

1. С обзиром да је очигледност материјалног недостатка сасвим релативна категорија и да је у одређивању његовог тачног значења казуистика изванредно бројна и разноврсна, веома је значајна и корисна одредба става 2 чл. 480 Закона у којем се утврђује критеријум за одређивање да ли је недостатак могао остати непознат купцу. Утврђивање овог критеријума је једно од врло спорних питања у доктрини. Сувише строго тумачење скривености недостатка могло би фаворизовати продавца на терет купца. Напротив, ако се веже за појам скривеног недостатка сувише широк смисао, постоји опасност да се омогуће злоупотребе купца, који би онда сувише лако држао продавца под претњом санкција које су предвиђене за одговорност за материјалне недостатке.

Судска пракса у нашој и у другим европским земљама је на различите начине тумачила појам „скривености" недостатака. Једна група пресуда сматра отвореним само мане које се запажају на први поглед, при површном истраживању. Други сматрају познатим недостатке који се могу открити при редовном (уобичајеном, „пригодном") прегледу такве врсте робе (није довољно само да се роба осмотри). Немачко правосуђе тражи да купац мора да зна не само за недостатак, него и за његово дејство, тј. да зна да ће мана довести до неупотребљивости ствари односно смањити је. Специфичност анго-саксонских права (в. чл. 14/1 SGA) представља испитивање да ли се купац ослањао на продавчеву стручност или мишљење. Ако је купац подједнако стручан као и продавац, искључује се одговорност, јер се претпоставља да се он није ослањао на продавчеву стручност.

Закон о облигационим односима пружа у том погледу један врло добро одмерен критеријум. Према чл. 480 ст. 2 сматра се да нису могли остати непознати они недостаци које би брижљиво лице са просечним знањем и искуством лица истог занимања и струке као купац могло лако опазити при уобичајеном прегледу ствари. Критеријум је субјективан, јер води рачуна о ситуацији купца и о његовој брижљивости. Он је истовремено и објективан јер узима у обзир само просечна знања и искуства лица истог занимања и струке, као и „уобичајен" преглед

ствари. Купац мора познавати недостатак ако је он ноторан или вероватан. Ако је недостатак својствен природи ствари, за коју се претпоставља да је знају сва лица која њоме тргују, онда је такав недостатак ноторан и купац се не може позивати на његово непознавање. Исто тако, вероватност постојања недостатка произилази често из околности правног посла (куповина на распродаји, куповина по повољној цени, куповина половне ствари). Купац овде мора бити довољно разуман да очекује да ће роба имати недостатака. Најзад, купац може познавати недостатак само ако је имао прилике да прегледа ствари. Ако он није могао проверити ствари, недостатак — без обзира на његову објективну очигледност — остаје скривен. Најзад, провера може бити неефикасна. Ако су поступци провере били уобичајени за одређену ствар и одређено место, а недостатак није откривен, примењују се санкције из одговорности за материјалне недостатке.

Правило о искључењу одговорности за материјалне недостатке због тога што су они купцу били познати у време закључења уговора не примењује се у случају ако је продавац изјавио да ствар нема никакве недостатке или ако постоји изричито обећање продавца о постојању својстава или одлика које недостају (чл. 480 став 3 Закона). Закон тиме прихвата опште усвојено правило у свим националним правима да злонамерни продавац увек одговара за мане ствари.

2. Закон такође усваја правило заступљено у већини националних права да се законска одговорност продавца искључује у случају кад је материјални недостатак незнатан. То је примена начела de minimis non curat praetor. Међутим, између националних права постоје извесне разлике у погледу дејства незнатности мане. У немачком и француском праву се незнатно смањење вредности или подобности за употребу не узима у обзир кад не постоји продавчева кривица (одговорност се у потпуности искључује), док у осталим правима купац губи због незнатности само право да одбије робу и раскине уговор, док му остала правна средства остају.

Критеријум „незнатности" недостатка („границе толеранције") споран је и питање да ли је недостатак незнатан решава се у сваком конкретном случају сагласно интересима купца и постојећим обичајима.

Понашање купца као услов за остварење права која проистичу из одговорности за материјалне недостатке

У свом члану 481 Закон доноси иначе опште усвојено правило о националним правима да купац, коме је предата ствар са недостацима, може да користи правна средства по основу одговорности за материјалне недостатке једино ако предузме извесне радње (акта вигиланције) које су услов за коришћење правних средстава. То су: 1. преглед ствари и 2. обавештење о недостацима (стављање приговора, рекламације).

Преглед ствари

Купац дугује начелно куповну цену тек кад је имао прилику да прегледа ствар (чл. 475 Закона). Изузетке представљају предаја уз повуку и плаћање уз документа, али, и у тим случајевима, он задржава право одбијања ствари све док не буде у могућности да их прегледа. Национална законодавства свуда штите његово право да прегледа продату ствар.

Међутим, национална права нису јединствена у одговору на питање да ли је купац и обавезан да прегледа ствар да би могао остварити своја права из одговорности за материјалне недостатке. Нека национална права ([17]) садрже у својим изворима формулације из којих би се могао стећи закључак да је преглед ствари од стране купца sine qua non за остваривање његових права по основу одговорности за материјалне недостатке. Напротив, француско и италијанско право прописују само обавезу стављања приговора односно подизања тужбе у кратком року (у италијанском праву у року од 8 дана). Англосаксонска права ([18]) предвиђају купчево право, али не и обавезу на преглед. Наш Закон о облигационим односима је у том погледу сасвим одређен: купац је дужан да прегледа примљену ствар уз санкцију губитка права која му припадају по основу одговорности продавца за материјалне недостатке. Тиме Закон прихвата решење које боље одговара потребама привреде. Обавезни преглед пружа низ преимућстава: резултат прегледа је у том случају дефинитиван и обавезан за странку која га је извршила (а то је, по правилу, купац); пошто се овакви прегледи врше непосредно пред предају или одмах после ње, питање постојања недостатака брзо се ликвидира а спорови избегавају; с обзиром на непосредност прегледа не постављa се питање идентичности ствари (смањује се опасност подметања других, лошијих, ствари), нити продавац може доказивати да су недостаци последица догађаја који су наступили после преласка ризика; купац је у могућности ако због недостатака не тражи раскид уговора — да ствар после прегледа употребљава или њоме даље располаже.

Време и место прегледа. — Купац своје право на преглед не може користити без ограничења у погледу времена или места. Преглед се мора обавити „чим је то према редовном току ствари могуће" (чл. 481 Закона). Место прегледа се у начелу поклапа са местом пријема. При дистанцној купопродаји је место прегледа, према томе, место опредељења, јер купац тек тамо стиче могућност да прегледа ствари. Ако купац нема могућност да прегледа ствар на истоварној станици или у луци, он ће то бити дужан да учини тек у свом седишту. Међутим, и у том месту се преглед мора извршити тек пошто је то објективно било могуће (препреке из техничких разлога, због изванредних догађаја и сл.).

([17]) HGB — параграф 377, аустријски Грађански законик — чл. 347. Закон међународне трговине ЧССР — параграф 302.

([18]) SGA — чл. 34., UCC — чл. 2 — 513.

Треба скренути пажњу да се у уговорима о купопродаји у привреди врло често одређује као место прегледа место отпреме. У неким гранама трговине је то и предвиђено општим условима пословања или, пак, уобичајено. Преглед у месту отпреме пружа низ предности. У том месту продавац губи власт над стварима, па је после тешко утврдити да ли је недостатак његов или је последица транспорта. Поред тога, место отпреме је ближе стоваришту продавца, па је евентуални недостатак лакше отклонити. Ако купац одбије пријем робе, продавац ће у овом случају повољније моћи да пласира робу на другом месту. И купац има извесне користи од прегледа пре отпреме: избегава бригу, трошкове и ризике са приспелим мањивим стварима; обезбеђује се од наплате, при документарној предаји, за евентуалну робу са недостацима; ако терет доказивања постојања недостатка пада на купца, он ће врло тешко моћи утврдити, кад се преглед врши у месту пријема, стање ствари у часу утовара, тј. тешко ће моћи доказати да је недостатак последица узорка који су постојали пре транспорта.

Посебан проблем представља место прегледа у случају ако је купац ствар одмах даље отпремио без претовара. Ко ће бити овлашћен за преглед у месту приспећа: први или други купац? У националним законодавствима не постоје законска регулисања овог питања, али је судска пракса имала у великој мери јединствен став. Решење је зависило од тога да ли је продавац знао за даљу отпрему робе или не. Ако је продавац био према уговору само обавезан да робу пошаље на купчеву адресу, а купац пошаље робу даље без прегледа, онда купац сноси све последице овог пропуштања прегледа ствари. Обрнуто, ако је продавац знао да ће купац даље отпремити ствар без претовара или је, по захтеву купца, директно одаслао ствар трећем, онда се преглед одлаже до приспећа трећем, који је обавезан да одмах извести купца, а овај продавца о утврђеним недостацима. Закон (чл. 481 став 3) усваја ово решење судске праксе. Супротно решење нанело би озбиљну штету трговини која је усмерена ка убрзавању препродаје.

Начин и поступак прегледа. — Начин и поступак прегледа се разликују према врсти робе. Стога је практично бескорисно и бесмислено свако детаљније регулисање овог питања. Закон једноставно упућује у погледу начина прегледа на обичаје (чл. 481 ст. 1).

Обавештење о материјалним недостацима (стављање приговора)

У већини правних система купац је, да би одржао своја права из одговорности за мане, обавезан да стави приговор због недостатака које је уочио. Изузетак представљају романска права (француско и шпанско) која одговорност за мане везују за скривене мане. Она не познају никакве приговоре него постављају на место обавезе приговарања обавезу да се у кратком року по откривању мане поднесе тужба због мане

ствари. (19) Ипак, учињени приговори и у тим правима нису без значаја: мада не замењују тужбу, они ипак утичу на одређивање дужине рока за тужбу.

Сва остала законодавства (20), па и наш Закон о облигационим односима (чл. 481 до чл. 485), познају приговоре као обавезу која је строго санкционисана преклузијом. Међутим, међу законодавцима постоје и овде извесне разлике: 1. у погледу домена примене ове обавезе, 2. рокова за њено извршење и 3. у погледу последица њеног неизвршења.

1. У континенталним правима (21) обавеза приговарања ограничена је само на физичке мане у ужем смислу. Ако је продавац испоручио робу друге врсте (алиуд) или је испоручио неисправну количину приговор није обавезан. Напротив, у англосаксонским правима (22), која не познају посебну одговорност за мане, купац мора да приговори свим одступањима од уговорених особина, ако жели да раскине уговор.

Закон о облигационим односима предвиђа обавезу обавештавања само за случајеве постојања материјалних недостатака, онако како су они дефинисани у чл. 479. При предаји алиуд-а или при квантитативним одступањима, обавештење о њима није услов за коришћење правних средстава купца. Изузетак од обавезе приговарања предвиђен је за случај да је продавац био несавестан, тј. ако је недостатак био познат продавцу или му није могао остати непознат (чл. 485 Закона). Продавац се у том случају не може позивати на обавезу приговора.

2. Правила о обавези приговора предвиђају свуда кратке рокове за приговор односно, у романским правима, за тужбу. Ово је потребно, с једне стране, због тога што би свако одуговлачење са приговорима могло отежати или осујетити доказ о стању робе, а с друге стране што продавац брзо стиче извесност о судбини посла и може према томе диспонирати. Најзад, тиме се онемогућују и шпекулације са развојем конјуктуре. На неблаговременост приговора се позива продавац. Уколико он без ограде узме у разматрање неблаговремени приговор, не може се — према ставу наше судске праксе (23) — накнадно користити чињеницом да је приговор био поднет неблаговремено.

Закон прави разлику између видљивих и скривених недостатака у погледу рокова за обавештавање о недостатку. Исто тако, Закон различито одређује рокове обавештавања за грађанско-правне купопродаје и за купопродаје у привреди. Наиме, према чл. 481 ст. 1, купац је обавезан да обавести продавца о постојању недостатка у року од 8 дана при грађанско-правној купопродаји, а „без одлагања" при купопродајама у привреди. Закон не одређује од ког тренутка се ти рокови рачунају, али из формулације цитираног члана јасно произилази да се ти рокови имају рачунати од тренутка извршеног прегледа. Кад је преглед извршен

(19) CC — чл. 1648.
(20) Немачки HGB — параграф 377, швајцарски Законик о облигацијама — чл. 201, италијански CC — чл. 1495, Грађански законик RSFSR — чл. 247 итд.
(21) Са изузетком немачког HGB — параграф 378 и скандинавског права.
(22) Williston, S. op. cit., III, стр. 37 и сл.
(23) Збирка судских одлука, књ. V., св. 1, 1960, бр. 123.

у присуству обеју странака, купац је дужан своје примедбе због видљивих недостатака саопштити продавцу одмах (чл. 481 ст. 2 Закона). За видљиве мане купац, који је пропустио да у наведеним роковима обавести продавца, губи право које му припада по основу одговорности за материјалне недостатке.

Кад се ради о скривеним недостацима у свим правима важе посебна правила. Ако се после пријема ствари од стране купца покаже да ствар има неки недостатак који се није могао открити уобичајеним прегледом, купац је опет дужан да стави приговор у року од 8 дана односно без одлагања, али се ти рокови рачунају од дана кад је купац недостатак открио (чл. 482 ст. 1). Закон (чл. 482 ст. 2), у интересу правне сигурности, предвиђа и крајње преклузивни рок за обавештавање продавца. Продавац не одговара за недостатке који се покажу пошто протекне шест месеци од предаје ствари.

Нама изгледа, да је преклузивни рок од шест месеци за стављање приговора на скривене недостатке, који је био предвиђен и у Општим узансама, сувише кратак. На то нас наводе неки случајеви из наше праксе, где су купци били оштећени краткоћом преклузивног рока, јер се — с обзиром на природу ствари — скривени недостаци нису могли испољити у томе року. Тенденција је у модерним изворима права да се овај рок продужи (види, на пр., Једнообразни закон о међународној купопродаји, који у чл. 47 предвиђа чак рок од две године од дана предаје ствари). Истина, Закон пружа неке могућности за продуживање овог рока. Одредба о преклузивном року је диспозитивног карактера и уговором може бити предвиђен дужи рок (в. чл. 482 ст. 2). Поред тога, кад је због неког недостатка дошло до оправке ствари, испоруке друге ствари, замене делова и сл., преклузивни рок почиње да тече од предаје оправљене односно замењене ствари (чл. 483 Закона).

3. Закон (чл. 484) усваја општи став националних права да није довољно да обавештење садржи само општу изјаву о постојању недостатака („ствар не ваља", „квалитет не одговара" и сл.), већ купац мора „ближе описати недостатак и позвати продавца да прегледа ствар". Оштрина овог захтева зависи, разуме се, од стручног познавања које се купцу може приписати. Досадашњи став наших судова да се могу остварити права само у погледу недостатака назначених у приговору, сматрамо сувише оштрим, с обзиром на обавезу неодложног стављања приговора. Само обавештење, према нашем Закону, не мора да садржи и захтеве које купац намерава да постави. Овај став произлази из чињенице да купац мора да пошаље обавештење у кратком року, па се не може тражити да се он тако брзо определи у погледу средстава. Према томе, купцу остаје и даље, све до рока застарелости тужбе, избор између расположивих правних средстава.

Према члану 481 ст. 1 Закона купац који не обавести у предвиђеним роковима продавца о материјалним недостацима, „губи право које му по том основу припада". И у другим националним правима купац у том случају губи захтеве из одговорности за мане. Међутим,

у неким правима (24) роба на коју није стављен приговор важи као одобрена и купац губи све захтеве, а не само оне који почивају на одговорности за мане. Енглеско право изједначава такође ћутање купца са прихватом робе, али ипак оставља купцу захтев за накнаду штете све до рока застарелости. Наш Закон је ближи у овом погледу решењу англосаксонских права, јер у члану 488 став 3 предвиђа да продавац независно од обавештења одговара купцу за штету коју је овај због недостатка ствари претрпео на другим својим добрима, и то према општим правилима о одговорности за штету. Купац се, дакле, пропуштањем да пошаље обавештење, лишава само права да захтева уклањање недостатака, замену ствари, снижење цене и раскид уговора, али не и права на накнаду штете која је услед недостатка резултирала на његовим добрима.

Закон усваја начело да чињеница што је обавештење о недостатку задоцнило или није стигло у место опредељења не лишава купца права да се на обавештење позива, ако га је он благовремено послао препорученим писмом, телеграмом или на неки други поуздани начин. Писмено обавештење, које је послато на поуздани начин, путује, према томе, на ризик продавца. Има националних права у којима је усвојено супротно становиште (швајцарско, америчко), али је, по нашем мишљењу решење Закона (чл. 484 ст. 2) логичније, јер је обавеза обавештавања установљена у интересу продавца, па зато обавештења треба да путују на његов ризик.

Уговорно ограничење или искључење продавчеве одговорности за материјалне недостатке

Одогворност за мане (материјалне недостатке) је диспозитивног карактера. Ово је универзално признати принцип. Према свим националним правима уговором се може предвидети ослобођење продавца, потпуно или делимично, од одговорности за одступање од закона одређених својстава робе. Овај принцип је усвојио и Закон (чл. 486). Он је, исто тако усвојио и веома широко прихваћени изузетак од овог принципа по коме продавац, који зна за недостатак, па ипак отклони или ограничи своју одговорност, поступа долозно и не може се ослободити своје одговорнсти. (25) По Закону, таква уговорна одредба је ништава. Ништавим се сматра таква одредба и у случају кад ју је продавац наметнуо користећи свој посебан монополски положај.

Треба напоменути да судска пракса у свим земљама тежи да ограничи ове споразуме о искључењу одговорности. Тако, на пр., наша судска пракса није дозвољавала искључење одговорности кад је оно противно добрим обичајима у промету. (26) Такав став ће судска пракса

(24) Немачки HGB — параграф 377, Законик међународне трговине ЧССР — параграф 304.

(25) BGB параграф 476, швајцарски Законик о облигацијама — чл. 199, грчки ГЗ — чл. 538, итал. СС — чл. 1490 итд.

(26) Збирка судских одлука, књ. V, св. 3, бр. 465.

морати да заузме и у примени Закона о облигационим односима, с обзиром на начело (садржано у чл. 21) о обавези странака да поступају у складу са добрим пословним обичајима. Уговорно искључење и ограничење одговорности су судије ограничавале такође рестриктивним тумачењем ових клаузула (као што су клаузуле „tel-quel", „виђено-одобрено" итд.).

Врло су раширене клаузуле у уговору којима се одговорност не искључује потпуно него се модификује. Тако се, на пример, уговором могу ограничити рокови за приговоре или рокови одговорности за појаву скривене мане. Нарочито је честа клаузула којом се искључује право купца да одбије пријем робе и раскине уговор. Закон (чл. 486 ст. 3) сматра потребним да прецизира да купац који се одрекао права да раскине уговор због недостатка ствари задржава остала права због тих недостатака. Купцу у том случају остаје само право на уклањање недостатака односно замену ствари, као и право на снижење цене.

Најзад, Закон (чл. 487) предвиђа један случај искључења одговорности за материјалне недостатке ex lege. Ималац, чија је ствар продата на принудној јавној продаји, не одговара за недостатке ствари.

др Младен Драшкић

РЕЗЮМЕ

Ответственность за материальные недостатки проданного предмета согласно Закону об облигационных отношениях

О недостатках вообще (ст. 478—487)

В статье проанализированы постановления Закона об облигационных отношениях, принятого в 1978 году, о материальных недостатках проданного предмета, за который отвечает продавец. Особенно рассматривается каждый компонент дефиниции материального недостатка (ст. 479 Закона), и то: 1. недостаток качеств предмета, необходимых для его регулярного употребления или для оборота; 2. недостаток качеств необходимых для особого употребления, для чего его покупатьли приобретает; 3. недостаток качеств и формы, которые категорически предписываются или подразумеваются по договору; 4. несоответствие предмета его образцу или модели.

Кроме дефиниции материального недостатка, анализу которой посвящена значительная часть настоящей работы, в ней еще разработаны и следующие вопросы: время существования материальчого недостатка, материальные недостатки, за которе продавец не отвечает, поведение покупателя как условие для осуществления права, проистекающего из ответственности за материальные недостатки (просмотр предмета: время и место осмотра, способ и процедура осмотра, сообщение о материальных недостатках — внесение приговора) и договорное ограничение или изъятие ответственности продавца за материальные недостатки.

Автор считает, что практичесоке применение постановлений Закона о материальных недостатках вызовет ряд затруднений, особенно при продажах в хозяйстве потому, что разграничить понятие материального недостатка от аliуда? и количественных отступлений.

A SUMMARY

Liability for the Material Defects of Sold Goods according to the Law on Obligation Relations

On Material Defects in General (art. 478 — 487)

The article represents an analysis of the regulations of the Law on Obligation Relations effective as of 1978, concerning the material defects of sold goods for which the seller is liable. Particular emphasis has been laid on the discussion about every component defining the material defect (Article 479), that is: 1) defect of the essential features of the goods necessary for regular utilisation or turnover; 2) defect of features necessary for special utilisation because of which the buyer has obtained it; 3) defect of features and shape which have been expressly or tacitly contracted for or prescribed; 4) inconsistency of goods to their model or specimen (sample).

In addition to the definition of the material defect, to the analysis of which there has been devoted the prevalent part of this article, some attention has also been paid to the following questions: moment of the coming into existance of the material defect, the material defects of goods for which the seller is not liable, behavior of the buyer as the condition for the realisation of rights derivative from the liability for material

defects of goods (examination of goods: time and place of examination, method and procedure of examination, regular information about the material defects — submission of complaint) and the contractual limitation or exemption from liability of the seller for the material defects.

In this article, the author stands on the point of view that the regulations of the Law concerning material defects will create difficulties, especially in the selling trades in the economy, as it will be hard to distinguish the concept of material defect from „aliud" and quantitative deviation.

RÉSUMÉ

La responsabilité pour les défauts de la chose vendue d'après la Loi relative aux rapports d'obligation

Des défauts matériels en général (articles 478—487)

Dans cet article sont analysées les dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation, qui a été adoptée en 1978, sur les défauts matériels de la chose vendue pour laquelle le vendeur est responsable. En particulier l'examen a été effectué de chaque composante de la définition du défaut matériel (article 479 de la Loi), à savoir: 1) les défauts des propriétés de la chose nécessaires pour son utilisation normale ou pour l'échange, 2) le défaut des propriétés nécessaires à l'utilisation spéciale, pour laquelle l'acheteur l'a acquise, 3) le défaut des propriétés et des formes qui étaient expressément ou tactitement stipulées par le contrat c'est-à-dire prescrites, et 4) la discordance de la chose avec l'échantillon ou le modèle.

A part la définition du défaut matériel, à l'analyse de laquelle est consacrée la plus grande partie de ce travail, de même les questions suivantes ont été élaborées: le moment de l'existence du défaut matériel, les défauts matériels pour lesquels le vendeur n'est pas responsable, le comportement de l'acheteur en tant que condition de la réalisation des droits qui découlent de la responsabilité pour les défauts matériels (l'inspection de la chose: le temps et la place de l'inspection, le mode et le procédé de l'inspection, l'information sur les défauts matériels — formulation de l'exception) et la limitation contractuelle ou l'exclusion de la responsabilité du vendeur pour les défauts matériels.

L'auteur soutient l'opinion dans son travail que l'application pratique des dispositions de la Loi relative aux défauts matériels provoquera des difficultés, surtout à l'occasion de la vente dans l'économie, parce que il ne sera pas facile de délimiter la notion du défaut matériel du reste et des fluctuations quantitatives.

УГОВОР О ОСИГУРАЊУ У НОВОМ ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

(Нека питања из Главе XXVII Закона о облигационим односима)

После уговора о продаји Закон о облигационим односима највише простора посвећује уговору о осигурању (чланови 897 — 965). Ово није необично када се има у виду да је посао осигурања данас јако развијен тако да су у појединим земљама донети посебни закони о уговору о осигурању и то само у односу на копнено осигурање (Француска, Немачка, Аустрија, Швајцарска), док се поморско осигурање регулише посебним прописима (обично у оквиру трговачких законика). Поред тога што се масовно закључује, овај уговор привлачи пажњу законодаваца и по томе што је то алеаторан уговор и истовремено уговор по приступу, који, међутим, има за сврху да обезбеди економску сигурност осигураника (грађана и правних лица), што у крајњој линији представља и економску сигурност националне економије. Уз ове мотиве, својствене законодавствима готово свих земаља, у нашем праву је била присутна и потреба попуњавања једне велике празнине у законодавном регулисању уговора о осигурању, јер су — ако се изузме десетак одредаба Основног закона о осигурању и осигуравајућим организацијама, од 1967. године (односно Закона о основама система осигурања имовине и лица од 1976. год. који је преузео ове одрдбе са важношћу до доношења Закона о облигационим односима) — основни извори права облигационих односа осигурања представљали су општи услови осигуравајућих организација, обичаји и судска пракса, као и правна правила предратних прописа (као што су аустријски Закон о уговору о осигурању, од 1917. године или чак Трговачки закон важан за Хрватску и Славонију, од 1875. године).

Пред нашим законодавцем су, међутим, стајале знатне тешкоће при приступању регулисања уговорних односа осигурања. Најпре у погледу обима регулисања: да ли истим законом захватити све облике осигурања (имовине, лица, транспорта, кредита, реосигурање, итд), или само неке од њих? Затим, у погледу метода регулисања: да ли и које односе регулисати императивним, а које диспозитивним нормама? У погледу разуђености законских норми питање се поставило да ли дати принципе који су заједнички за све врсте осигурања које се регулише (на пример, осигурање имовине), или, пак улазити у специфичности појединих врста овог осигурања (на пример: посебне одредбе посветити оси-

гурању пожара, града, животиња, одговорности — случај немачког Закона о уговору о осигурању)? Другим речима, какав значај дати општим условима осигурања и развијању пословне праксе осигурања која не сме да буде закочена неким крутим законским решењима.

Наш закон је прихватио и низ решења која указују на оригиналну физиономију уговора о осигурању, који се у много чему разликује од осталих уговора облигационог права. Закон о облигационим односима заиста и садржи читав низ решења која ово потврђују. На пример, уговор о осигурању је формални правни посао за чије закључивање је потребна по правилу писмена форма; затим, општи услови осигурања које објављује осигурач не представљају генералну понуду (према нашем закону, понуда за закључивање уговора чини се осигурачу); полиса осигурања може имати и својства хартије од вредности и као таква бити пренета на лице после наступања осигураног случаја; поред посебних рокова застарелости специфичан је и почетак тока застарелости; својство титулара права на накнаду код имовинског осигурања везано је за поседовање интереса да се осигурани случај не догоди; груба непажња, која се традиционално изједначава са намером, у неким врстама осигурања може бити покривена (код осигурања од одговорности, на пример); осигураникова права према одговорном лицу (суброгација) не могу да пређу на осигурача ако је ово лице радник осигураника, то јест, нема права регреса и када је штета проузроковача грубом непажњом радника; код осигурања лица, пак, суброгација осигурача је у принципу искључена, али не и онда када је осигурање од несрећног случаја уговорено као осигурање од одговорности — што значи да се и осигурању лица некада може дати одштетни карактер; у свим врстама осигурања од одговорности (не само у обавезном — као до сада) оштећено лице улази у непосредни однос са осигурачем и користи сва права из уговора о осигурању иако је овај уговор за њега res inter alios acta. И тако даље.

Ми нећемо моћи обзиром на карактер овог рада свим овим питањима да посветимо пажњу, већ ћемо се задржати само на некима од њих водећи рачуна више о њиховом практичном, а мање о теоријском изгледу.

Област примене закона (члан 899)

Одредбе Закона о облигационим односима које се односе на уговор о осигурању неће се примењивати на пловидбено осигурање, на осигурање потраживања као ни на односе реосигурања. Наведене врсте осигурања се у толикој мери разликују од осталих осигурања својим специфичностима, да је на њих тешко применити исте норме које се примењују на остала осигурања. Пловидбена осигурања су стога кад час регулисана посебним законима (Закон о поморској и унутрашњој пловидби, од 15. марта 1977. године, Сл. лист СФРЈ, бр 22/1977, регулише уговор о пловидбеном осигурању, а Закон о облигационим и основним материјално-правним односима у ваздушној пловидби, од истог датума,

објављен у истом сл. листу, регулише уговор о осигурању у ваздушној пловидби).

Практично је питање шта све спада под појам „пловидбено осигурање", на које се не примењује Закон о облигационим односима. Да ли се под тим појмом подразумева и пловидба унутрашњим воденим путевима (рекама, језерима) или само поморска пловидба; како је у случају тзв. комбинованог превоза, тј. када превоз робе започне на пример, бродом, а настави са камионом или железницом; да ли се осигурање бродова у изградњи или робе која чека у складишту да буде утоварена на брод такође сматра пловидбеним осигурањем? Одговоре на ова питања даје сам Закон о унутрашњој и поморској пловидби. По њему, правила која се односе на уговор о пловидбеном осигурању, поред чисто пловидбених осигурања (осигурање брода, робе која се њиме превози, возарине, разних трошкова насталих у вези са пловидбом — осигурања, опремања брода, заједничке хаварије, итд, одговорност власника или корисника брода и робе за штету трећим лицима), могу се односити и на комбинована пловидбено-копнена осигурања, затим на чисто копнена транспортна осигурања (ствари које се пре или после превоза бродом налазе у складиштима, стоваришгима, које се превозе камионом или другим копненим превозним средствима), па чак и на комбинована транспортно-имовинска осигурања (на пример, бродова у изградњи, машина и опреме пре њиховог уграђивања у брод). Закон, међутим, примену својих одредаба на ова осигурања условљава постојањем воље уговорних страна да се примене ови прописи, а она се, изражава тако што се уговор закључује по полисама и општим условима који су уобичајени за транспортна осигурања (*члан 689. Закона о унутрашњој и поморској пловидби*).

Питање када ће уговорне стране желети да се на њихове односе осигурања примене прописи пловидбеног осигурања, а не прописи Закона о облигационим односима, повлачи и одговор на још шире постављено питање: који су разлози за издвајање пловидбених осигурања из режима Закона о облигационим односима? Они су бројни, а најзначајнији се огледају у следећем: огромне штете које настају у транспорту (које достижу и десетине милиона долара) захтевају врло широку заједницу ризика који се изравнава посебном техником (саосигурањем и реосигурањем) на светском тржишту осигурања док је копнено осигурање прилагођено националним потребама и више је у режиму националног права; уговори се у транспорту закључују много брже и без формалности, јер то захтевају потребе превоза — покриће се, на пример, обезбеђује телексом, јер брод одмах креће, итд; у транспорту постоји велика подела рада и потреба обезбеђења сигурности свим учесницима промета: роба сукцесивно прелази из руке у руку разних превозника, шпедитера, складиштара, бродских слагача; затим, превоз обично прате и разне трговачке и банкарске операције, полиса се појављује и као инструменат за акредитив; пошто постоје носиоци разних интереса (власник, остали носиоци стварних права на осигураном предмету, посредници и агенти, превозници, возари, шпедитери... често се уговор закључује за туђ рачун или за рачун кога се тиче; време трајања уговора о осигурању

је прилагођено операцији превоза (позната клаузула „од складишта до складишта"); у употреби је генерална полиса са бројним модалитетима; постоји и потреба покривања тзв. ратних и политичких ризика; не постоји, као у другим врстама осигурања, велика неравноправност у економском положају између осигурача и осигураника, што укида потребу интервенције законодавца изражене у императивним нормама којима би се штитила слабија уговорна страна од леонинских клаузула које би јој могле бити наметнуте.

Што се осигурања кредита тиче, оно захтева посебно регулисање већ и стога што је по својој правној природи врло блиско банкарским гаранцијама; осим тога, овде је врло много присутно субјективно понашање осигураника на проузроковање осигураног случаја. Са друге стране, појављује се и као средство извозне политике једне земље, па је и ангажовање државе — нарочито у покрићу од политичких ризика, врло много изражено — што указује на извесну разлику од чистих облигационих односа.

Реосигурање такође не спада у режим уговора о осигурању који регулише Закон о облигационим односима, јер се овде односи заснивају између два осигурача (од којих је један у улози осигураника а други у улози осигурача) и то према принципима који нису у свему својствени директном осигурању, као на пример: у реосигурању нема суброгације, постоји начело истовремености судбине осигурача и реосигурача, грешке осигурача не ослобађају реосигурача од обавезе, премије се одређују на друкчији начин, итд.

Треба, најзад, поменути да поред осигурања која су искључена у члану 899. Закона о облигационим односима, постоје и обавезна осигурања (осигурање сопственика моторних возила од одговорности за штету трећим лицима, осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја и осигурања сопственика ваздухоплова за штете нанете трећим лицима употребом ваздухоплова), у којима су и нека питања облигационо-правног карактера регулисана на друкчији начин него што је то случај у Закону о облигационим односима. На пример, оштећеном лицу употребом моторних возила, не могу се истаћи никакви приговори од стране осигурача коме се он обрати директном тужбом, без обзира да ли су настали пре или после осигураног случаја (за разлику од чл. 921. ст. 2. Закона о облигационим односима); или, осигурач који је исплатио осигурану суму путнику у случају незгоде, може да се суброгира у његова права према лицу које је проузроковало штету (само не према превознику који је закључио уговор о осигурању), другим речима, путник не може да кумулира накнаду из осигурања са накнадом штете — што је супротно правилу из члана 948. Закона о облигационим односима. — Иако у суштини облигационоправног карактера, правила обавезних осигурања услед посебног друштвеног интереса представљају предмет посебног регулисања, и подложна су чешћим променама, јер се путем њих брже остварује политика заштите интереса ради чега су и установљена (на пример, увођење неограниченог или ограниченог покрића, про-

мене осигураних сума, разне статусне промене у вези начина на које се ова осигурања спроводе, итд.).

Метод законског регулисања (члан 900)

Између начела императивности прописа о уговору о осигурању (прихваћеног, на пример, у француском и пољском праву) и начела диспозитивности (на пример, у швајцарском праву — али, уз бројне изузетке), наш Закон о облигационим односима определио се за прво начело: „Уговором се може одступити само од оних одредаба ове главе у којима је то одступање изричито допуштено, као и од оних које пружају уговарачима могућност да поступе како хоће" (члан 900. ст. 1.).

Познати су разлози због којих се у конченом осигурању традиционално прихвата начело императивности законских прописа: то је потреба очувања равноправности уговорних страна од којих је једна (осигурач) по правилу економски јача и у могућности да путем адхезионог уговора (чију садржину она одређује унапред својим општим условима) другој страни наметне услове који јој не одговарају. Ови разлози, међутим, у нашем праву нису на исти начин изражени као у другим правима. Код нас је задњих година дошло до суштинских промена у организацији осигурања на начин да сами осигураници, и искључиво осигураници, управљају средствима и пословима осигурања: они у скупштинама заједнице осигурања и заједница ризика доносе опште услове осигурања и тарифе премија, тако да у ствари сами себи одређују услове уговора које ће појединачно закључивати. Дакле, не постоји више однос двеју уговорних страна које се сусрећу на тржишту, свака са својим посебним интересима и тежњом да постигне што повољније услове за себе. Отуда је и логична претпоставка да општи услови осигурања на такав начин донети не могу да садрже леононске клаузуле које би осигуранике довеле у подређени положај. А то другим речима значи да не постоји ни потреба да законодавац императивним нормама штити осигураника као економски слабију уговорну страну. — Овакав закључак би, ипак, био једностран. Прво, не морају интереси свих осигураника да буду идентични, па се може поставити питање заштите како појединих осигураника од заједнице осигураника (осигурача), тако и обрнуто, заједнице осигураника од несавесних поступака појединих осигураника. Друго, наше заједнице осигурања и заједнице ризика самостално доносе услове осигурања без икакве спољне контроле (за разлику од ранијег периода нашег права осигурања, као и решења познатих у упоредном праву), а усаглашавање тих услова је на чисто добровољној основи, те се може догодити да у неким битним одредбама буду различити. Треће, и најважније, није сврха императивних прописа само заштита једне уговорне стране — они такође треба да обезбеде примену неких основних принципа на којима почива делатност и посао осигурања и чијом повредом би била доведена у питање сама суштина осигурања. То су, на пример: правило да се већ наступели ризик не може покрити осигурањем ако

је заинтересованој страни то било познато — јер се онда уклања алеаторни карактер уговора о осигурању (члан 898 ст. 2 Закона о облигационим односима); намерно проузроковани осигурани случај од стране осигураника, уговарача или корисника осигурања не обавезује осигурача ни на каква давања (члан 920 закона); права из имовинских осигурања могу имати само лица која су у часу настанка штете имала материјални интерес да се штета не догоди — у супротном сврха осигурања не би била заштита од ризика него средство хазардирања са случајем (члан 924. закона); износ накнаде из осигурања не може бити већи од штете коју је осигураник претрпео наступањем осигураног случаја — осигурање не сме да се претвори од средства накнаде изгубљених добара у средство за богаћење (члан 925. ст. 2.); осигурач се ослобађа обавезе да кориснику исплати осигурану суму ако је он намерно изазвао смрт осигураника (члан 950); ништаве су одредбе уговора које лишавају осигураника права на накнаду само зато што после наступања осигураних случаја није испунио неку од прописаних или уговорених обавеза — јер таква санкција представља казну, што није својствено имовинском праву где може бити предвиђена само накнада штете (члан 918 закона). И тако даље.

Одредба члана 900. Закона о облигационим односима умногоме олакшава тумачење карактера законских норми о уговору о осигурању, јер је претпоставка да су оне императивне уколико: 1 — није изричито допуштено да се од њих може одступити, и 2 — уколико оне не пружају могућност уговорницима да поступе како хоће. Тако, може се и друкчије уговорити од онога што предвиђа закон у случају одговорности осигурача за штету на осигураној ствари која потиче од њених недостатака (члан 930); за покриће штета које су проузроковане услед ратних операција или побуна (члан 931); у погледу примене правила пропорционалности код подосигурања (члан 936); код преноса уговора о осигурању на прибавиоца осигуране ствари (члан 937); код обавеза осигурача у случају када је несрећни случај или смрт осигураника наступила услед ратних операција.

Међутим, специфичност је уговора о осигурању у односу на остале уговоре које регулише наш закон, што поред чисто императивних и диспозитивних норми постоји и трећа група правних норми — тзв. полупринудних норми. Према тексту члана 900. ст. 2. Закона: „Одступање од осталих одредаба, уколико није забрањено овим или којим другим законом, допуштено, је само ако је у несумњивом интересу осигураника". Не може се, према томе, одступити од оних одредаба којима се штите основни принципи установе осигурања (од којих су неки горе наведени). Међутим, од осталих императивних норми може се одступити ако је то у интересу осигураника. На пример, закон предвиђа да је рок у коме је осигурач дужан да исплати накнаду из осигурања највише четрнаест дана од дана када је утврђено постојање његове обавезе — пошто је у интересу осигураника да што пре добије накнаду, овај рок би могао уговором да буде и скраћен. — Када је, пак, неко одступање у интересу осигураника, а када није, биће посао суда да то утврди

јер ће ове несумњиво долазити до спорова. Вероватно ће се најчешће постављати питање овог тумачења код извршења неких уговорних обавеза осигураника.

Општи и посебни услови осигурања и њихово место у рангу извора права (члан 902. ст. 3 — 5)

Општи услови осигурања су до доношења Закона о облигационим односима имали изузетан значај као извор права: они су попуњавали празнину која је постојала услед недостатка законских извора (регулисали су, на пример, питања закључивања уговора, почетка и престанка обавеза осигурача, обавезе уговорних страна, надосигурање, подосигурање, прелаз уговора на прибавиоца осигуране ствари, суброгацију, итд.). И поред тога што су сада многа питања регулисана законом, њихов значај остаје нарочито у оном делу материје коју закон није захватио. Управо путем услова осигурања могу се изразити све промене које настају у креирању нових решења које пракса захтева, а које би закон, пошто се теже мења, могао да омета.

Значајно је да је Закон о облигационим односима јасно указао на правну природу општих и посебних услова осигурања — што собом повлачи веома важне практичне последице. Наиме, између два схватања о природи општих услова осигурања — то јест, да су они или уговорног карактера или законског карактера, наш закон је потврдио већ устаљено схватање у задњем периоду развоја нашег права осигурања, а наиме, да су услови осигурања саставни део уговора о осигурању. Закон захтева да осигурач упозори на ову чињеницу осигураника, да му преда текст општих и посебних услова осигурања (уколико они већ нису одштампани на самој полиси), као и да извршење ове његове обавезе мора да буде констатовано на полиси (члан 902. ст. 3. и ст. 4.).

Практичне последице уговорне природе општих услова осигурања су бројне. Пре свега, они не представљају правила која уговорне стране обавезно морају да прихвате — стога је пуноважан и уговор који је закључен противно постојећим општим условима. Од њих уговорне стране увек могу да одступе у целини или делимично. У нашој судској пракси је суђено да је допуштено закључивање осигурања у смислу општих услова који ће тек бити донети (Врх. привредни суд, Сл. 2928/70, од 10. IX 1971). Осигураника могу везивати само они услови са којима је упознат у моменту закључивања уговора — отуда све измене услова до којих може доћи у току трајања осигурања, на њега се не примењују. (Истиче, према једном схватању у судској пракси касније промене општих услова имају утицаја ако је реч о одредбама које су за осигураника повољније — Врховни суд Хрватске, Гж 3517/68, од 12. III 1969, и Гж 4224/72, од 1. XI 1973. Мишљења смо да се овакво решење може прихватити, јер услове осигурања доноси једнострано осигурач). Даље, у погледу тумачења општих услова осигурања примењују се правила уговорног права. На нека од њих указује и сам закон: „У случају неслагања

неке одредбе општих или посебних услова и неке одредбе полисе примениће се одредба полисе, а у случају неслагања неке штампане одредбе полисе и неке њене рукописне одредбе, примениће се ова последња" (члан 902. ст. 5). Дакле, основно правило тумачења уговорног права: утврђивање права воље уговорних страна, примењује се и при изналажењу правог смисла услова осигурања. Такође и старо правило „In dubio contra stipulatorem" примењује се у тумачењу уговора о осигурању тако што се нејасне, противуречне, двосмислене, итд. одредбе тумаче на штету њиховог састављача, то јест у корист осигураника.

У погледу места општих и посебних услова осигурања у рангу извора права, ситуација је следећа: будући да представљају део уговора о осигурању, они се примењују пре диспозитивних законских норми (уколико су, наравно, изричитим или прећутним споразумом постали део уговора, то јест, ако су прихваћени). Унутар, пак, самих услова осигурања, посебни услови (то су у ствари одредбе полисе) примењују се пре општих услова и када не постоји специјална клаузула која на то упућује; унутар општих услова специјалне клаузуле имају првенство над општим; општи услови на које се у посебним условима упућује примењују се пре осталих општих услова; клаузуле у условима писане руком примењују се пре оних које су дактилографисане или штампане.

Форма као битан услов за закључивање уговора о осигурању (члан 901. ст. 1.)

Једна од најкрупнијих промена које Закон о облигационим односима доноси у односу на уговор о осигурању јесте претварање уговора од консенсуалног у формални правни посао. Заправо то је поновно враћање на формалност овог уговора која је била прихваћена у првом послератном периоду код нас. Наиме, судска пракса је тада, вероватно полазећи од правних правила наших бивших трговачких закона (као што је, на пример, правило из § 468. Трговачког закона за Хрватску и Славонију, по коме „За ваљаност посла асекурацијалног потребит је писмен уговор") захтевала форму као битан услов за закључење уговора о осигурању. Касније је, међутим, ово схватање напуштено и судови су прихватали консенсуалност као особину овог уговора и тако потврђивали схватање прихваћено у пракси осигурања (условима осигуравајућих организација) у којој је у читавом послератном периоду преовлађивало правило консенсуалног карактера уговора о осигурању. То схватање је преовлађивало и у правној теорији, а њега је коначно прихватило и наше законодавство: према Основном закону о осигурању и осигуравајућим организацијама, од 1967. године, осигуравајући завод је био дужан да „О закљученом уговору... изда полису осигурања односно другу исправу о осигурању" (члан 64. ст. 2.). Према томе, уговор је био закључен онда када је постигнута сагласност уговарача о битним елементима, а писмена исправа је издавана само као доказ о закљученом уговору и није представљала услов за пуноважност посла

Схватање о консенсуалном карактеру уговора о осигурању било је у складу са опште прихваћеним принципом имовинског права по коме се уговори закључују простом сагласношћу воља (solo consensu). Оно је такође претежно прихваћено и у страном праву (на пример, у немачком, швајцарском, француском, итд). Треба напоменути, међутим, да принцип консенсуалности није крут принцип који не трпи изузетке. Саме уговорне стране увек могу да се сагласе о томе да њихов уговор буде закључен у некој форми која им одговара. Управо у нашем праву осигурања, у осигурању живота, на пример, уговор је увек закључиван у писменој форми. Уговорници такође могу предвидети и неку од реалних форми: предаја полисе осигурања, плаћање прве премије, итд.

Закон о облигационим односима недвосмислено прихвата формалност уговора о осигурању: „Уговор о осигурању је закључен кад уговарачи потпишу полису осигурања или листу покрића" (члан 901. ст. 1.). Захтев за формом у писменом облику, међутим, није искључив: „Условима осигурања могу бити предвиђени случајеви у којима уговорни однос из осигурања настаје самим плаћањем премије" (чла 903). — Шта је условило ову значајну промену коју доноси нови закон, какав је домашај ових одредаба, какав је значај полисе и листа покрића — то су питања на којима ћемо се укратко задржати.

У прилог неформалности уговора о осигурању истичу се разни аргументи, међу којима нарочито потреба брзог и једностваног закључивања уговора, до које може доћи у различитим ситуацијама. Наиме, може се изненада указати потреба да се обезбеди покриће од ризика који се, опет сваког тренутка може реализовати, те се условљавање постојања покрића писменом формом појављује као отежавање положаја осигураника (посебно онда када се осигураник и осигурач налазе у просторној удаљености). Постоје и уговори о осигурању који се масовно закључују у ситуацијама када је физички немогуће сваки од њих обући у писмену форму: на пример, осигурање путника или пртљага у јавном саобраћају — у неким земљама се ова осигурања закључују путем аутомата.

Најважнији аргумент у прилог формалности уговора о осигурању полази од заштитне функције форме. Пошто је осигурање сложен посао, из кога произилази читав низ права и обавеза за уговорне стране, корисно је да сви елементи о којима је постигнута сагласност буду назначени у писменом облику. Са друге стране, сачињавањем писменог уговора јасно се раздваја фаза преговора од момента закључења уговора, те на тај начин престаје неизвесност да ли је о нечему постигнута сагласност или није. Када су уговорници правна лица, онда је корисност форме и у томе да после извесног времена, када лица која су учествовала у закључењу уговора не буду више присутна, буде обезбеђен сигуран доказ о ономе што је уговорено. — Желимо да приметимо да све ове предности могу бити обезбеђене и издавањем писмена које би потврђивало већ закључен уговор, које би било сачињено одмах после закључења уговора а што се може предвидети и као обавеза осигурача (као у неким правима), а да све то не значи да уговор мора бити формалан и тиме услов-

љена његова пуноважност. Уосталом и код неких других уговора који су такође сложени правни послови, није предвиђена писмена форма као услов пуноважности посла, иако се писмена исправа нормално издаје — на пример, код уговора о превозу, товарни лист, који увек прати превоз робе, не утиче на пуноважност и постојање уговора о превозу (члан 657. Закона о облигационим односима).

Уговор о осигурању према томе, дели судбину формалних уговора према правилима које Закон о облигационим односима предвиђа за ове уговоре (чл. 67 — 73). Тако, одређена форма захтева се и за све доцније измене или допуне уговора о осигурању; међутим, пуноважне су доцније усмене допуне о споредним тачкама ако се то не противи циљу ради кога је форма установљена, или ако се њима олакшавају или смањују обавезе једне или обеју страна; уговор о осигурању може бити раскинут и неформалним споразумом — мислимо да циљ ради кога је предвиђена форма код овог уговора то не спречава; такође мислимо да се уговор о осигурању може сматрати пуноважним иако није закључен о одређеној форми, ако су уговорне стране извршиле у целини или у претежном делу обавезе које из њега настају (осигураник је платио премију а осигурач накнаду из осигурања после наступања осигураних случаја) — јер се то такође не противи циљу форме код овог уговора.

Полиса осигурања сада представља писмену форму уговора — она није више само доказ о закљученом уговору. Закон предвиђа и обавезну садржину полисе. Она мора да садржи: уговорне стране, осигурану ствар односно осигурано лице, ризик обухваћен осигурањем, трајање осигурања и период покрића, своту осигурања или да је осигурање неограничено, премију или допринос, датум издавања полисе и потпис уговорних страна (члан 902, ст. 1.). Закона не поставља никакве услове у погледу форме у којој полиса треба да буде сачињена (у неким правима се у циљу заштите осигураника захтева да извесне клаузуле, као на пример, о губитку права или о трајању осигурања, буду на посебан начин означене да би биле уочљиве и да би осигураник на њих обратио пажњу. Што се потписа уговорних страна тиче, он може да буде стављен и механичким путем — тзв. факсимил потпис, јер закон не захтева да то буде својеручан потпис.

Обзиром да је уговор о осигурању формалан, а да се не може увек сачинити полиса (јер, на пример, недостају неки потребни елементи) у значају добија лист покрића који закон помиње. Закон одређује да полиса може привремено да буде замењена листом покрића у коју се уносе битнији састојци уговора (члан 902. ст. 2). Закон не наводи који су то битни састојци уговора (Пројект професора Константиновића је предвиђао да у листу покрића морају бити наведени: ризик, премија, почетак дејства осигурања и његово трајање — члан 879. ст. 7.).

Лист покрића може, иначе, имати двоструко дејство. Он, најпре, може да представља потврду дефинитивно закљученог уговора о осигурању, тако да, без обзира што ће касније бити замењен полисом, осигурање почиње да дејствује од издавања листа покрића, а не од изда-

вања полисе. Из тога произилазе следећа својства: датум издавања листа покрића представља датум закључивања уговора; на листе покрића примењују се они исти општи и посебни услови осигурања који се примењују и на полису; пријава околности од значаја за процену ризика цени се према датуму издавања листа покрића, а не полисе која ће касније бити издата. — На другом месту, лист покрића може да представља само привремени споразум између уговорних страна са ограниченим дејством (најчешће између осигураника и заступника осигурања) док не стигне дефинитиван одговор о прихватању понуде, када ће полиса заменити лист покрића. — Наш закон очигледно прихвата прво становиште, јер је циљ да се што пре осигуранику обезбеди заштита из осигурања а истовремено испуни услов постојања форме за закључивање уговора.

Осигурање од одговорности (чл. 940, 941)

1. — Значај осигурања од одговорности и место у систему законодавног регулисања. — Осигурање од одговорности је грана осигурања која се данас у свету веома брзо развија и која побуђује све већи интерес не само уговорних страна, него и законодавца. Један облик овог осигурања — осигурање сопственика моторних возила од одговорности за штете причињене трећим лицима услед употребе возила, и у нашем праву, као и у бројним земљама света, по самом закону је обавезан. Међутим, ван овога, постоји и низ других облика овог осигурања (осигурање одговорности из вршења делатности привредних организација, болница, школа, апотека, адвоката, лекара, судија, разних врста занатлија, итд., затим осигурање одговорности из држања животиња, поседа зграда и земљишта, из организовања приредаба, такмичења, држања уређаја за забаву, гардеробе и чување возила, итд. итд.). Шта више, кроз различите облике осигурања од одговорности врши се и познати процес тзв. социјализације одговорности за накнаду штете. То је својствено и нашем праву, јер принципи нашег друштва — солидарност и узајамност, захтевају да се путем осигурања сигурно и брзо обезбеди накнада уништених вредности (нарочито када је реч о друштвеној имовини). Отуда осигурање постепено преузима функцију грађанске одговорности за накнаду штете — а то значи да се на плану осигурања сада решавају сложени друштвено-економски и правни проблеми утврђивања и остваривања накнаде штете. Због тога је и у нашем Закону о облигационим односима дато места осигурању од одговорности — док у остале врсте осигурања имовине, закон није улазио.

Будући да се по својим специфичностима веома разликује од свих осталих имовинских осигурања, осигурање од одговорности се у законској систематици неких земаља сврстава у засебан део, поред осигурања имовине и осигурања лица (на пример, чехословачки Грађански законик од 1964. год.) Међутим, оно је ипак по својим основним својствима осигурање имовине (оно има за циљ накнаду штете и њиме доминира начело обештећења и имовинског интереса) па га због тога наш закон сврстава

у један од одсека осигурања имовине. Ово је значајно ради примене осталих начела која важе за осигурање имовине (као, на пример правила у суброгацији, о прелазу права на прибавиоца осигуране ствари итд).

2. — Осигурани случај у осигурању од одговорности. — Осигурани случај је, као што је познато, догађај чијим настанком долази до реализовања ризика који је покривен осигурањем и од настанка главне обавезе осигурача: да накнади штету, исплати осигурану суму, или учини нешто друго. У осигурању од одговорности за моменат наступања осигураног случаја везују се важне правне последице из односа осигурања, као: настаје обавеза осигурача да исплати накнаду из осигурања и предузме мере одбране од одштетних захтева трећих лица; наступа низ обавеза осигураника: обавештавање осигурача о наступелом догађају, предузимање мера спасавања, итд.; тог момента настају и права трећих лица на накнаду из осигурања и директна тужба према осигурачу; за тај моменат се везује и истицање приговора осигурача према оштећеном лицу, итд.

Међутим, у овој врсти осигурања постоје разна схватања о томе када се има узети да је осигурани случај наступио: када је настао штетни догађај, када су манифестоване штетне последице, када је подигнут одштетни захтев, када је утврђена одговорност осигураника, итд. Између два највише прихваћена схватања у упоредном праву: да је осигурани случај у моменту настанка штете и у моменту подизања одштетног захтева — у нашем праву је било прихваћено прво схватање (оно је изричито предвиђено и у условима осигурања наших заједница осигурања). Ово решење је по нашем схватању исправно, јер последице које се везују за наступање осигураног случаја управо настају у моменту проузроковања штете, што је нарочито значајно за право оштећеног лица према осигурачу: оно настаје у моменту штете и тај је моменат одлучан за читав низ правних последица (истицање приговора, застарелост, итд.).

Закон о облигационим односима, међутим, није сасвим јасан у односу на то када се сматра да је осигурани случај у осигурању од одговорности наступио. Његов став се само посредно може закључити из дикције члана 940. ст. 1. који каже: „У случају осигурања од одговорности, осигурач одговара за штету насталу осигураним случајем само ако треће оштећено лице захтева њену накнаду". Обавеза осигурача да накнади штету настаје, дакле, само ако оштећено лице захтева њену накнаду (што је само по себи логично и не треба посебно помињати). Међутим, оштећени може да захтева накнаду штете која је проузрокована осигураним случајем, дакле, по логици ствари пре тог захтева — а то може до буде једино штетни догађај. Мишљења смо да би требало тумачити овај пропис у смислу схватања које је и до сада било прихваћено у нашем осигурању од одговорности и које је у практичној примени нашло своје оправдање.

3. — Трошкови одбране осигураника од одштетних захтева. — Закон о облигационим односима предвиђа да „Осигуравач сноси, у границама своте осигурања, трошкове спора о осигураниковој одговорно-

сти." (члан 940. ст. 2.). Ова одредба произилази из саме садржине покрића које ово осигурање пружа: оно се састоји у накнади штете за коју је осигураник одговоран и у одбрани од одштетних захтева који су према њему уперени. У правилима осигурања наших осигурача се изричито и предвиђа обавеза одбране осигураника од одштетних захтева — без обзира да ли су они основани или неосновани.

Одбрана осигураника је логична последица преузете заштите од одговорности и она је такође у интересу и осигурача, који у крајњој линији сноси последице ове одговорности. Међутим, интереси ових двеју уговорних страна не морају се увек поклапати: то ће бити случај када трошкови одбране прелазе осигурану суму; или, када страна која води спор проузрокује непотребно трошкове — који могу достићи и знатне износе. Отуда је и законодавац у неким правима сматрао за потребно да интервенише. Преовлађује решење по коме осигурач увек сноси трошкове одбране осигураника ако су они у границама осигуране суме, а када прелазе ову границу онда они падају на терет осигурача само ако су настали по налогу или уз сагласност осигурача (по другим решењима, ако трошкови прелазе висину осигуране суме, деле се сразмерно између осигурача или осигураника — италијанско право; или се оставља уговорницима да се у сваком случају договоре — француско право). Слично решење прихватају и општи услови наших заједница осигурања.

Закон о облигационим односима садржи решење које доста сужава заштиту осигураника у односу на оно што му услови осигурања пружају. Најпре, он говори само о трошковима с п о р а — остаје отворено питање трошкова одбране од вансудских захтева; такође се не наводи да ли је реч о трошковима који су настали уз сагласност (или по налогу) осигурача, или без овога; исто тако не види се судбина трошкова у случају неограниченог покрића. Норма је императивна — према ономе што је изложено горе уз чл. 900. Закона. Али, од ње се може, у смислу става 2. овог члана (полуприпудне норме) одступити ако је то у интересу осигураника. Другим речима, општи услови осигурања, односно уговор о осигурању, могу задржати решења која иначе постоје у садашњој пракси, јер је по њима заштита осигураника потпунија и ближа сврси коју има ово осигурање. — Међутим, постоји и друго решење у Закону о облигационом односима са којим није у складу ова одредба која говори о трошковима спора код осигурања од одговорности. То је одредба члана 926, која говори о обавези спречавања осигураног случаја и спасавања: према њој, осигураник је дужан када наступи осигурани случај да предузме све што је у његовој моћи да се ограниче штетне последице, а осигурач је обавезан да накнади трошкове који су услед тога настали (чак и ако је ангажовање осигураника остало без успеха), при чему је осигурач дужан да их накнади и онда када заједно са накнадом штете прелазе висину осигуране суме. Одбрана осигураника од одштетних захтева није ништа друго него предузимање мера да се смањи или отклони штета настала осигураним случајем — то су мере спасавања које се овде — услед специфичности предмета предузимају на правном

плану. Отуда се не види разлог због кога се у осигурању од одговорности одступило од општег правила и то на штету осигураника.

4. — Директна тужба оштећеног према осигурачу. — До доношења Закона о облигационим односима непосредно право и директна тужба оштећеног према осигурачу у нашем праву осигурања били су познати једино у обавезном осигурању од одговорности ималаца моторних возила. Директна тужба представља велико достигнуће модерног права осигурања од одговорности и прихваћена је готово свуда у свету у материји обавезног осигурања за штете које настану употребом моторних возила. Велике су предности директне тужбе у односу на класичан систем облигационих односа по коме се оштећено лице могло једино обратити штетнику који му је нанео штету, а тек овај је могао позвати осигурача са којим је у уговорном односу: директном тужбом се добија сигурност и брзина накнаде штете од увек солвентног дужника, упрошћава се поступак остваривања накнаде из осигурања, отклања се могућност злочамерних споразума између оштећеног и осигураника на штету осигурача, итд. Отуда је проширивање примене директне тужбе на све врсте осигурања од одговорности потпуно у складу са тенденцијом модерног права за социјализацијом одговорности путем осигурања, јер се накнада штете оштећеном лицу остварује из фондова осигурања, а не из имовине штетника — у ком случају није увек сигурно да ће бити и остварена.

Члан 941. ст. 1. Закона о облигационим односима одређује да оштећено лице може захтвати непосредно од осигурача накнаду штете коју је претрпело догађајем за који одговара осигураник, али највише до износа осигурачеве обавезе. Из овог текста произилазе две значајне карактеристике: 1 — услов за право оштећеног према осигурачу је да постоји грађанска одговорност осигураника, и 2 — горња граница обавезе осигурача је износ на који се он обавезао према осигуранику. Дакле, право оштећеног на накнаду из осигурања је двоструко ограничено: обавезом на накнаду штете која проистиче из деликта и садржином облигације која проистиче из уговора о осигурању. — Осигурање, према томе, преузима последице грађанске одговорности, али не прелази њене оквире: оно остаје у границама одговорности. То је својствено чак и обавезном осигурању где је иначе, положај оштећног лица још више ојачан: „...одговорност осигуравајућег завода изведена је из одговорности осигураника (власника моторног возила) за штету коју је његовом употребом проузроковао трећим лицима, и условљена — како у погледу самог постојања тако и у погледу њеног обима — постојањем одговорности самог тог осигураника... ако до власника — возача нема кривице за штету, иако је поред тога и његова објективна одговорност због кривице трећег лица у потпуности искључена, у том случају ни тужени као осигурач не би био у обавези да тужиоцима накнади штету." (Вр. суд Босне и Херцеговине, Гж 1006/67, од 6. XII 1967). — Са друге стране, то што је висина одговорности горња граница обавезе осигурања, никако не значи да та граница увек мора да буде и достигнута. Обавеза осигурача може бити ограничена и висином осигуране суме

која је предвиђена уговором о осигурању. (И у области обавезног осигурања од одговорности, после низа година када је постојало неограничено покриће за штете проузроковане моторним возилима, уведен је систем ограниченог осигурања путем осигураних сума чије најниже износе одређује Савезно извршно веће — чл. 53. Закона о основама система осигурања имовине и лица, од 1976. године).

Поводом заснивања непосредног правног односа између осигурача и оштећеног лица поставља се питање утицаја овог права оштећеног на његов однос према лицу које је одговорно за штету, тј. према осигуранику. Закон не поставља као услов за подизање директне тужбе претходно утврђивање одговорности осигураника (он чак не захтева од оштећеног лица ни да се пре подизања тужбе обрати осигуратељу са захтевом за накнаду штете или га обавести писмено да жели према њему да оствари своје право — што из разлога практичности неки закони, као на пример, немачки и италијански закони о обавезном осигурању, то предвиђају). Према томе, директна тужба је потпуно одвојена и независна од тужбе оштећеног против осигураника: у спору који је њоме покренут утврђује се и одговорност за накнаду штете и висина накнаде коју треба да исплати осигурач. — Са друге стране, право оштећеног према штетнику остаје очувано у потпуности и чињеница да је осигураник закључио уговор о осигурању од одговорности значи само то да је он последице, терет те одговорности пребацио на другога, а не да је тиме ослобођен своје одговорности у односу на оштећеног. Како један наш суд каже: „У нашем правном систему не постоји за било који случај одредба којом особа, иначе одговорна за штету, не би одговарала оштећенику зато што је склопила са осигуравајућим заводом уговор било о добровољном било о обавезном осигурању од одговорности" (Врх. суд Хрватске, Гж 1931/70, од 10. II 1971).

Иако се осигурање креће у границама грађанске одговорности, постоји тенденција да се однос осигурач—оштећени све више одваја од односа осигураник—осигурач од одговорности. То се нарочито огледа у погледу права осигурача да оштећеном, поводом директне тужбе, истиче приговоре из његовог односа са осигураником (на пример, неплаћање премије, неизвршавање обавеза из уговора којима се наноси штета осигуратељу, почињење осигураника у односу на наступање штете, итд). У осигурању од одговорности за штете из употребе моторних возила, у највећем броју земаља у свету у којима је оно обавезно, оштећеном се не може истаћи ни један приговор који се према условима осигурања може истаћи осигуранику. Тако је и у нашем обавезном осигурању (члан 57. ст. 3. Закона о основама ситема осигурања имовине и лица, од 1976. године прописује: „Заједница осигурања не може према трећем оштећеном лицу истицати приговоре које на основу закона или уговора о осигурању може истаћи према осигураном лицу због непридржавања закона или уговора."). У добровољном осигурању од одговорности, међутим, ово раздвајање правних односа у којима учествује осигурач није тако широко прихваћено, на начин да непосредно право оштећеног постане апсолутно независно од правних односа између оси-

гурача и осигураника који му и одређују оквире. Но, да би се оштећени ипак заштитио од небрижљивих или злонамерних поступака осигураника учињених пошто је његово право већ настало чини се разликовање на приговоре који су настали пре осигураног случаја и оне који су настали после тога. Осигурачу се забрањује да оштећеном истакне приговоре настале после осигураног случаја, као на пример: приговор пропуштања осигураника да осигурача обавести о наступелом осигураном случају, одбијање препуштања вођења спора, признање одговорности, итд. — На исти начин поступио је и наш Закон о облигационим односима, у члану 941. ст. 2.: „Оштећено лице има, од дана када се догодио осигурани случај сопствено право на накнаду из осигурања, те је свака доцнија промена у правима осигураника према осигуравачу без утицаја на право оштећеног лица на накнаду." (При томе, као што смо горе изложили ми сматрамо да је осигурани случај у моменту настанка штете, а не у моменту подношења одштетног захтева).

Питања застарелости потраживања из односа осигурања Закона о облигационим односима не даје у делу посвећеном уговору о осигурању, него у Општем делу закона, у чл. 380., где је решено и питање застарелости директне тужбе оштећеног према осигурачу. Према овоме тексту: „Непосредан захтев трећег оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева његов захтев према осигуранику одговорном за штету". У упоредном праву иначе постоји дилема у погледу тога да ли на директну тужбу треба применити правила застарелости предвиђена у прописима о осигурању, или пак, општа правила о застарелости потраживања накнаде штете. Проблем је у томе што неједнаки рокови застарелости могу довести до тога да директна тужба оштећеног, на пример, застари касније од његове тужбе према штетнику — осигуранику. Решење нашег закона има управо за циљ да се ове незгоде избегну. И пре доношења Закона о облигационим односима наша судска пракса је била на овом становишту. (На пример суђено је да у случају када је штета проузрокована кривичним делом, дужи рок застарелости потраживања не вреди само у односу на учиниоца дела, већ и у односу на осигуравајући завод код кога је учинилац био осигуран од одговорности за штете нанесене трећим лицима — Врх. суд Хрватске, Гж 922/72, од 27. IV 1973). Наш закон, међутим, не говори ништа о почетку тока застарелости. Мислимо да би и ту требало изједначити директну тужбу са тужбом за накнаду штете од штетника — осигурачика. На истом је становишту наш законодавац код обавезног осигурања власника моторних возила (у члану 57. ст. 2. Закона о основама система осигурања имовине и лица, од 1976. год. предвиђено је: „Ако овим законом није друкчије одређено, на захтеве оштећених лица примењују се материјалне и друге одредбе прописа и правних правила о накчади штете"). И наша судска пракса се изјашњавала у том смислу: рок застарелости потраживања накнаде штете из обавезног осигурања у саобраћају почиње тећи и према осигурачу од дана када је оштећени сазнао за штету и учиниоца, а не од часа када је пресудом утврђена обавеза осигураника као непосредног штетника да ту штету плати оште-

ћеном (Врх. суд Хрватске, Гж 964/73, од 24. IV 1974), нити од часа када је оштећени сазнао или је могао сазнати код кога је осигурача власник возила био осигуран од одговорности за штете причињене трећим лицима (Врх. суд Хрхватске, Гж-4273/71, од 1. II 1973).

др Предраг Шулејић

РЕЗЮМЕ

Договор о страховании в новом Законе об облигационных отношениях

После договора о страховании в новом Законе об облигационных отношениях больше всего места отводит договору о страховании (ст. 897—965). Рядом решений, из которых некоторые являются новинкой в югославском законе страхования, закон указывает на оригинальную физиономию этого договора, как на пр.: договор является формальным юридическим трудом, общие условия страхования не представляют собой генеральное предложение, полис может иметь свойства ценных бумаг, существуют особые сроки застарелости и специфическое начало течения застарелости, свойство носителя права на возмещение в имущественном страховании связано с наличием интереса о том, чтобы застрахованный случай не произошел, в некоторых случаях покрывается и убыток вызванный грубым невниманием, в страховании от ответственности потерпевший убыток вступает в правовое отношение, засновачное договором о страховании, хотя этот договор для него „res inter alios acta" и т.т.

Автор в этой работе особое внимание уделяет следующим вопросам: область применения закона (точнее определение понятия „плавающее страхование" к которому закон не относится); затем, метод законного регулирования) повод для начала повеления законных предписаний, принятых новым законом); общие и особые условия страхования и их место в ранге источчика права) договорный характер общих и особых условий и практические последствия, из этого присходящие); форма как существованное условие для заключения договора о страховании (различные понятия о форме как существенном элементе договора о страховании и аргументы в пользу и одного и другого почятия, затем возросшее значение списка покрытий при заключении этого договора); наконец грппа вопросов, посвященная страхованию от ответственности как на пр.: застрахованный случай в этом роде страхования, расходы по защите застрахованного от убыточных требований, способ функциочирования прямого иска потерпевшего убыток по отношению к страховщику — ланы путем обязательного и добровольчого страхования.

A SUMMARY

The Contract of Insurance in the new Law on Obligation Relations

After the sales contract, most of the attention in the new Law on Obligation Relations has been devoted to the contract of insurance (Articles 897 — 965). In a number of solutions, or provisions, representing a novelty in the Yugoslav insurance law, this legal act points to the original physiognomy of this contract, such as: this contract is a formal legal undertaking, the general conditions of insurance do not represent a general offer, the policy may have the features of a paper of value (security), there are particular statutes of time limitations and the specific reckoning of that time limit, the trait of the title holder of the right to compensation under property insurance with respect to the possession of interest of the insured case (incident) not occurring, and in certain cases covering damage resulting from gross negligence; in the case of liability insurance, the injured party enters into a legal relation ship based on the contract of insurance although the contract represents a case of res inter alios acta in that instance, etc...

The author devotes special attention in the article to the following questions: the implementation of the Law (a closer determination of the concept of „marine insurance" which is not referred to in the Law); then the method of legal regulation the reasons for the principle of imperativeness of legal provisions — acts which has been adopted in the new Law); general and particular conditions of insurance and their position in the ranking of sources of law (the contractual character of the general and particular conditions and the practical consequences deriving from them); form as an essential condition for the conclusion of the contract of insurance (differing views about form as an essential condition of the contract of insurance and arguments in favour of one or the other concept, then the increasing significance of the cover list at the conclusion of this contract); finally, a group of questions devoted to the matter of liability insurance, such as: the insured case (incident), charges of defence of the insured against the compensation claim, the method of functioning of the direct lawsuit (charges brought against) of the damaged party against the insurer — described through the system of the compulsory as well as the system of voluntary insurance.

RÉSUMÉ

Le contrat d'assurance dans la nouvelle loi relative aux rapports d'obligation

Après le contrat de vente, la nouvelle Loi relative aux rapports d'obligation a consacré le plus d'espace au contrat d'assurance (articles 897—965). Par une série de solutions, dont certaines représentent une nouveauté dans le dorit d'assurance yougoslave, la loi attire l'attention sur la physionomie originale de ce contrat, comme par exemple: le contrat est un acte juridique formel, les conditions générales de l'assurance ne représentent pas une offre générale, la police peut avoir la qualité de papier de valeur, il y a des délais spéciaux de prescriptions et le commencement spécifique du délai de prescription, la qualité du titulaire du droit à l'indemnisation dans l'assurance des biens est rattachée à l'intérêt qu'on a que le cas assuré ne se produise pas, et dans certains cas le dommage est couvert aussi qui a été provoqué par une grossière inadvertance, dans l'assurnce contre la responsabilité la personne qui a subi le dommage entre en rapport juridique basé sur le contrat d'assurance quoique ce contrat est pour elle res inter alios acta, etc.

L'auteur a consacré une attention particulière dans ce travail aux questions suivantes: à la sphère d'application de la loi (détermination plus précise de la notion „l'assurance de navigation" à laquelle la loi ne se rapporte pas); ensuite, la méthode de la réglementation suivant la loi (les raisons pour le principe du caractère impératif des prescriptions légales qui est adopté dans la nouvelle loi); les conditions générales et particulières de l'assurance et leur place dans le rang des sources du droit (le caractère contractuel des conditions générales et particulières et les conséquences pratiques qui en découlent); la forme en tant que condition essentielle pour la conclusion du contrat d'assurance (conceptions différentes sur la forme en tant qu'élément essentiel du conrat d'assurance et les arguments en faveur de l'une ou de l'autre conception, ensuite l'importance accrue de la liste de la couverture à l'occasion de la conclusion de ce contrat); enfin, un groupe de questions est consacré à l'assurance contre la responsabilité, tels que: le cas assuré dans cette catégorie de l'assurance, les frais de défense de l'assuré contre les réclamations de dédommagement, le mode de fonctionnement de la plainte directe de la personne qui a subi le dommage à l'égard de l'assureur — exposés au moyen du système de l'assurance obligatoire et du système de l'assurance volontaire.

РЕАЛНИ УГОВОРИ НАКОН СТУПАЊА НА СНАГУ ЗАКОНА О ОБВЕЗНИМ ОДНОСИМА

1. До ступања на снагу Закона о обвезним односима (Сл. лист СФРЈ бр. 29/1978.) вриједио је у нас, како је познато, дуализам у регулирању привредног (у бившој Југославији трговачког) и грађанског права те се говорило о реалним уговорима у грађанском и реалним уговорима у привредном праву.

У грађанском праву су се реалним уговорима сматрали, полазећи од правила Општег грађанског законика (кратко Огз), депозит, прекариј, посудба, зајам и залагање. Реални уговори су према Огз-у и осталим грађанским законицима из времна кодификације и каснијима они уговори за чије закључење је уз споразум потребна и предаја односно примитак ствари. И за даровање је потребна предаја (дароване ствари), али је био правоваљан и уговор о даровању без предаје ако је био састављен у форми судског акта. (1)

Наведени реални уговори били су реални и у класичном римском праву с тим да се посебно наводи прекариј који се, како је знано, разликује од посудбе тиме што је код посудбе вријеме употребе унапријед одређено, док се код прекарија употреба ствари може опозвати произвољно.

У нашем привредном праву сматрали су се реалним уговор о ускладиштењу, уговор о зајму, уговор о давању залога, који су произашли из одговарајућих грађанскоправних уговора и уговор о пријевозу ствари жељезницом на основу Закона о пријевозу на жељезницама (пречишћен текст у Сл. листу СФРЈ бр. 55/1965).

Разумије се, ако су субјекти привредног права склопили уговор о посудби (и прекарију) он је остао реалним као и у грађанском праву.

Прије него ли су у нашем праву били регулирани уговор о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима (дакле, прије доношења Закона о поморској и унутрашњој пловидби — Сл. лист СФРЈ бр. 22/1977) те уговор о пријевозу ствари у цестовном пријевозу (прије доношења Закона о уговорима о пријевозу у цестовном промету — Сл.

(1) У параграфу 943. Огз и параграфу 564. Српског грађанског законика (Сгз) за правоваљаност уговора о даровању без предаје ствари тражи се писмена форма. Међутим према рјешењу Врховног суда НР Хрватске Гж 204/52 од 25. III 1952. (објављеном у „Нашој законитости", Загреб 1952. стр. 150) та је одредба постала беспредметном на основу параграфа 52. Закона од 11. IX 1930. и Одлуком о укидању јавних биљежника од 17. XI 1944.

лист СФРЈ бр. 2/1974) и уговор о пријевозу ствари у зрачном промету (прије дочошења Закона о обвезним и материјалноправним односима у зрачној пловидби — Сл. лист СФРЈ бр. 22/1977), у нашој је литератури било мишљења да су ти уговори били реални. (2)

Аутори који су то тврдили засновали су своје стајалиште на проширеном тумачењу одредбе (тада важећег) Закона о пријевозу на жељезницама, према којој је уговор о пријевозу закључен кад отправна станица прими на пријевоз робу с товарним листом (члан 55. став 1).

Екстензивно тумачење ограничавајуће норме Закона о пријевозу на жељезницама односно примјена те норме на сличне уговоре није било основано, тим више што постоји и сличност тих уговора (о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима, у цестовном и зрачном промету) и с уговором о пријевозу ствари морем који се и темељем раније важећег Закона о уговорима о искориштавању поморских бродова (Сл. лист ФНРЈ бр. 25/1959, Сл. лист СФРЈ бр. 20/1969) сматрао консензуалним уговором. (3)

С тиме у вези настаје питање који су то разлози да је од свих уговора о пријевозу ствари реалан само уговор о пријевозу ствари жељезницом?

Мишљење да су уговори о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима, у цестовном и зрачном промету (били) реалчи није имало упоришта нити у предратном праву у коме се пријевозни посао ствари (по копну и унутрашњим водама) сматрао консезуалним односно као посебан тип консензуалног уговора. (4)

Нити се из узаџе бр. 34. Општих узанци за промет робом (Сл. лист ФНРЈ бр. 15/1954) могло закључити да су наведени уговори реални. Наиме, та одредба, према којој се сматра да је закључен уговор кад возар прими робу с назначеном адресом примаоца, само је примјер прешутно (конклудентним чинима) закљученог уговора.

Закон о обвезним одчосима, који јединствено уређује обвезне односе свих судионика и у привреди и осталих, сматра уговоре консезуалним. У члану 26. тог закона одређено је да је уговор склопљеч кад су се уговорне стране сугласиле о битним састојцима уговора.

Међутим, на основу одредбе члача 23. цит. закона, према којој: „На обвезне односе који се уређују другим савезним законима примјењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом", другим се савезним законом може одредити реалност уговора. С тиме у складу, уговор о пријевозу ствари жељезницом сматра се реалним, јер је на основу члана 29. став 2. Закона о пријевозу у жељез-

(2) Тако, нд примјер, за уговор о пријевозу ствари унутрашњим воденим путевима и у цестовном пријевозу, др Рудолф Легрдић, Наука привредног права, II дио, Београд 1968. стр. 224 и стр. 275.

(3) У члану 9 цит. закона одређено је да се уговором у пријевозу ствари морем бродар обвезује да ће превести ствари бродом, а наручилац пријевоза да ће платити возарину и закон не тражи предају односно пријем ствари за настанак тог уговора.

(4) Види Проф. др. Милорад Стражнички, Предавање из трговачког права, II свезак (III дио, трговачки послови). Загреб 1921. стр. 143. и Предавања из Трговачког права, II издање, Загреб 1926. стр. 274.

ничком промету (Сл. лист СФРЈ бр. 2/1974) уговор склопљен кад пријевозник прими на пријевоз ствар с товарним листом.

Поставља се питање да ли су уопће потребни изузеци од правила консезуалности уговора.

Сматрамо да реални уговори нису потребни и да то произлази из хисторијско правног значења реалних уговора који су у одређеним увјетима били потребни односно корисни, а већ давно, а поготово данас то нису.

Од тренутка од када у неком правном уређењу и обећање да ће уговорна страна ствар предати другој обвезује, категорија реалних уговора за чији настанак законодавац захтијева предају односно пријем ствари, је теоретски неодржива а практички ирелевантна.

2. У неким хисториско правним разматрањима (5) о реалним уговорима говори се у склопу основног проблема облигационог уговора односно обећања уговорне стране, а т.ј. на темељу којих увјета и потрепштина обећање производи обвезу и како се и у којој мјери афирмирало начело према коме је за настанак правоваљаног уговора довољан pactum nudum (тзв. голи споразум).

У фази примитивног правног духа, извор обвезе видио се само у форми као церемонији која има и неку магичну и религиозну вриједност.

У исто вријеме се неиспуњење и неуредно испуњење обећања сматрало деликтом, пријеваром, крађом, оштећењем туђих ствари и других особа итд. Тако да у тој фази не постоји тужба због неиспуњења уговора, већ тужба ex delicto.

И римско је право прошло кроз ту фазу.

Међутим и након што је тај период прошао, остали су неки практични разлози који су оправдавали отпор против концепције да сам споразум производи правоваљан облигациони уговор.

Неки писци (6) држе да су то ови разлози:

1) потешкоћа да се дозна из обећања које није формално и нема типичан садржај, да ли је давалац обећања заиста хтио преузети обвезу у правном смислу,

2) потешкоћа у тумачењу воље странака и у питању које норме треба примијенити (такве тешкоће не постоје кад је ријеч о формалним и именованим уговорима),

3) тешкоће у томе да се установи ради ли се о закључењу уговора или о преговорима,

4) форма уговора и типичност уговора (именовани уговори) заштићују од непромишљености одлука,

5) кад не постоји форма, понекад се осјећа потреба да се нађе оправдан разлог за осуду даваоца обећања. Тај се разлог налази у некој жртви коју је поднио прималац обећања тиме што је нешто дао или учинио зато да би имао право на испуњење обећања,

---

(5) Види Gino Gorla, Il Contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, I књига, Lineamenti generali, Милано 1955, стр. 2.

(6) Gino Gorla, оп. цит. стр. 3.

6) недовољне могућности судова да изричу санкције за неиспуњење односно неуредно испуњење неформалних и неименованих уговора.

Знамо да се у римском праву, у начелу, признавао само формалан уговор. Најраширенија форма била је „stipulatio" (уговор се закључивао састављањем питања и одговора). Она је служила томе да сваки допуштен споразум буде правоваљан.

Подсјетимо се да је уз формалне уговоре било признато осам типичних уговора (касније су се они називали именованим уговорима) од којих четири консезуална (купопродајни, закуп, мандат, ортаклук) и четири реална (депозит, посуда, зајам, залагање). Касније су признати и неки други уговори, али с одређеним типичним садржајем или типичним значајкама.

У периоду послије класичног и особито у Јустинијанском праву уговорна тужба (actio praescriptis verbis) допуштала се за сваки синалагматичан уговор, али само под увјетом да је једна од странака испунила своју чинидбу (causa data). Тако, на примјер, споразум о размјени двију ствари није био довољан, већ је било потребно да једна страна дадe ствар другој. До тог тренутка обећање се могло опозвати.

Тим путем дошло се до правног признања двострано обвезних нетипичних уговора, такозваних неименованих уговора у четирима категоријама: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

Понекад су се ти неименовани римски уговори изједначавали с реалним уговорима. Касније су се чак и назвали реалним утолико што се нешто (res) морало дати или учинити да би настао уговор. Ипак постоји разлика између тих „реалних" уговора у ширем смислу и реалних уговора (депозит, посудба, зајам и залагање). Наиме, иако је у једнима и другима за настанак уговора било потребно предати ствар, односно да једна страна изврши чинидбу, у реалним уговорима (у ужем смислу) ради се о обвезама да се ствари чувају и врате, а такве обвезе и не могу настати прије него ли се ствар преда.

Изгледа да су се тако схваћали реални уговори (у ужем смислу) и у римском праву, иако су у почетку утјецале идеје о повјерењу и сигурности које је пружала предаја ствари.

У литератури (7) се сматра да се та фаза, апстрахирајући од четири консензуална типична уговора у односу на које постоје сумње да су у Јустинијановом периоду сасвим консензуална, завршава овим генеричним схемама облигационих уговора:

1) формалан уговор или stipulatio (у Јустинијачовој фази стипулацију, која почиње нестајати, све више замјењује писмена форма),

2) уговор о размјени ствари и услуга за ствари или новац у коме је једна страна извршила своју чинидбу (8),

(7) Gino Gorla, op. cit., стр. 18.

(8) Генеричка схема у смислу да се не испитује каква је природа или значај или адекватност чинидаба и та схема има у изнијесном смислу скоро вриједност форме. Генеричност те схеме ограничена је једино тиме што је објект обећања — за који се дало или учинили нешто — морао бити процјењив у новцу (aestimatio) тако да би се могла извршити санкција накнаде штете. Иначе не би постојало друго него ли посредно дјеловање тужбе (condictio) за враћање „quid"-а који је тужитељ био дао.

3) реални уговори (депозит, посуђба, зајам и залагање).

Што се тиче даровања треба посебно рећи да у класичном римском праву оно није представљало типичан „negotium", него се остваривало стипулацијом, а реално даровање манципацијом и традицијом.

У Јустинијанском је праву даровање (contractus donationis) типичан уговор (један од pacta legitima) који се, дакле, признаје без форме (стипулације). Постоји, међутим, сумња да је томе било тако и сматра се да је даровање, барем у пракси, било реално те се остваривало пријеносом или традицијом ствари. Друго, даровање изнад 500 солида морало је практички бити у писменој форми да би се могло уписати у јавне регистре.

Иза Јустинијанове епохе, у периоду тзв. барбарског права, одговорност даваоца обећања темељи се више на деликту и касније на неоснованом обогаћењу (у случају да је давалац обећања примио нешто од друге стране) а форма је као церемонија и мистички дјеловала.

Након тога и послије пријелазних периода, признају се слично као и у Јустинијановом периоду поред формалног уговора и односа који имају карактер враћања ствари и казнени значај — јер се нешто дало или повјерило (зајам, депозит, посуђба и мандат уколико је право пренесено на мандатора) — још једино уговори о размјени ствари или услуга за ствари или новац, уколико је једна страна извршила чинидбу те је дала „res vel factum".

У том периоду све до XI стољећа и касније нису се признавала она четири консензуална типична уговора из римског права.

Идеја о уговору о размјени ствари или услуга за ствари или новац била је у толикој мјери укоријењена да се и даровање признавало једино ако је постојала макар и симболична накнада (Launegild или Widerdonum) (9). При том се ради о реалном дарованју као једином познатом, док је облигационо (консензуално) даровање било можда допуштено у случају даровања износа новца путем „traditio charte". Изгледа да је та „charta" утјеловљавала право тражбине.

У исто се вријеме развијају облици закључивања уговора: arrha (али не као arrha poenitentialis), denarius Dei i palmata.

Горла сматра да је начело голог споразума (pactum nudum) почело вриједити у Италији тек у XVI стољећу и касније, а другдје у XVII и XVIII стољећу, али са значајним ограничењима. (10)

Наиме, за сву ту епоху res vel factum (што су глосатори и коментатори преводили у романистичке изразе — causa неименованих уговора) остало је дуго времена потрепштином за закључење уговора, чак и за

(9) Види Gino Gorla, op. cit., стр. 30.

(10) Gino Gorla, op. cit., стр. 39. Он се ослања на статуте, локалне законе и обичаје у Италији, Француској и Њемачкој и позива на успоређење с другим ауторима као што су: Schupfer, Il diritto privato dei popoli grmanici con speciale riguardo all'Italia, III, Città di Castello, 1909, Il diritto delle obligazioni in Italia nell'età del Risorgimento, Torino, 1920; Brissand, Manuel d'histoire du droit privé, Paris, 1936; Seufert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge etc, 1881, Nördlingen; Chenon, Histoire du droit francais privé et public, des origines à 1815, Paris 1926.

консензуалне типичне римске уговоре као што су купопродаја и закуп. Слично треба рећи и за palmatu, arrhu и denarius Dei, који су се захтијевали чак и у неким трговачким статутима.

У оно вријеме се особито развила „charta" или „instrumentum" у различитим облицима, тако да се она захтјевала у случају закључења уговора одређене вриједности (и важности), па макар они били и реални, а негдје се за све уговоре тражила та форма.

Даровање је остало још дуго времена, можда све до кодификација и касније реалан и формалан уговор, иако се форма често захтјевала ради заштите обитељи, трећих особа итд, а не као битан елемент уговора.

Принцип да се уговор не може склопити на темељу самог споразума, без „res" и без форме, почео се афирмирати најприје у уговорима о размјени ствари и услуга за ствари или новац који су били најчешћи као што су купопродаја, замјена, закуп, најам и др. (око XVI — XVII стољећа). Томе је највише придонио развој трговине као и веће повјерење међу трговцима.

Но, начело голог споразума проширило се на остале уговоре тек у вријеме блиско кодификацијама и то с ограничењима од којих су многа остала и у грађанским законицима.

Поред реалних уговора и строге форме за неке важне уговоре (као што је пријенос власништва на некретнинама и др.) у „vestimenta" уговоре (т.ј. средства којима се ограничава начело голог споразума) спадају правна causa, типичност уговора, тзв. довољан разлог (cause suffisante, raisonnable, juste).

У новој литератури (11) се обрађују особито дјела Domata и Pothiera, која су служила као основа редакције Code Napoleon.

Domat прокламира општенито ваљаност начела голог споразума, али га тек Pothier доследније обрађује и то не само у дефиницији, већ и у приказу како га треба практички примјењивати.

Међутим и Pothier захтјева форму за даровање, а посредно тражи форму или пак cause suffisante и за многе неименоване или атипичне уговоре, зато јер он сматра даровањем и неке уговоре размјене ствари или услуга за ствари или новац. Такви су за њега уговори којима странке хоће замијенити новац или ствар за чинидбу која није процјењива у новцу (charge non appréciable à prix d'argent) као и споразум према коме једна страна жели наградити другу за раније примљене услуге или због моралне обвезе (causa praeterita) а дани или обећани новац или ствар су, према општој оцјени, много веће вриједности од вриједности услуга и моралне обвезе (causa insuffisante). (12)

У погледу мјерила тумачења уговора, систем је у XVII и XVIII стољећу сасвим измијењен у односу на Средњи вијек.

(11) Gino Gorla, op. cit., стр. 57 — 76.
(12) Gino Gorla, op. cit., стр. 74.

Намјера странака да се правно обвежу испитује се неовисно од форме и „res" т.ј. слободним тумачењем, истражујући разлоге, оклоности и друго у конкретном случају. (13)

У неким суврeменим законодавствима има више реалних уговора у другим мање, а у швицарском они уопће не постоје (и обећање дарования је правоваљано ако је у писменој форми).

У италијанској се литератури (14) наводи седам или осам реалних уговора. Уз депозит, зајам, посудбу и ручни залог још се посебно наводи и ручно даровање (које се односи, у смислу члана 783. Codice civile, на дарове мале вриједности, и које је ваљано без форме јавног акта ако је ствар предана), секвестрација (чланови 1782 — 1802. Codice civile) која је у нашем праву (успореди параграф 968. О.г.з) обухваћена депозитом (15) и репортни посао (чланови 1548 — 1551. Codice civile) (16).

Нетдје се посебно наводи врста купопродаје (Il contratto estimatorio, члан 1556. Codice civile) на темељу које једна страна предаје другој једну или више покретних ствари, а друга се обвезује платити цијену ако не врати ствар у одређеном року. Насупрот већини која такав уговор сматра реалним, постоји мишљење да је могућ дефинитиван консензуалан уговор, ако то странке хоће, јер да су норме о реалном карактеру уговора диспозитивне изузев оних које се односе на ручни дар и репортни посао.

У француском праву задржани су такође реални уговори, али се у литератури истиче њихова дискутабилност и спорност. (17)

У неким правним порецима су неки од класичних реалних уговора дефинирачи као консензуални.

Према Грађанском законику РСФСР од 1964. депозит односно уговор о ускладиштењу између социјалистичких организација (члан 422. став 2.) може бити и консензуалан (о форми уговора види члан 423. у вези са члановима 43 — 47), а право залога настаје и без предаје (члан 197) ако имовина по закону или уговору не подлијеже предаји (о форми уговора види члан 423 у вези са члановима 43 — 47 и 239).

У мађарском Грађанском законику од 1959. су зајам (параграф 522) и посуда (параграф 583) дефинирани као консензуални уговори.

У пољском Грађанском законику од 1964. залог (члан 307, параграф 1), посуда (члан 710), депозит (члан 835) и ускладиштење (члан 853) су реални, док је зајам (параграф 720) консензуалан. Према члану 890 параграф 1. даровање је правоваљано и без предаје ако је у форми јавне исправе.

---

(13) Gino Gorla, op. cit., стр. 75.

(14) Види Giuseppe Branca, Istituzioni di diritto privato, Bologna 1961, стр. 457.

(15) Види др Михајло Вуковић, op. cit., стр. 134. и 135.

(16) Члан 1548. Codice civile дефинира појам репортног посла као „уговор према коме једна особа (il riportatore) преноси у власништво друге (il riportatore) вриједносне папире одређене врсте уз одређену цијену, а друга особа се обвезује пренијети првој у власништво, по истеку утврђеног рока, ист отолико вриједносних папира, уз плаћање цијене која може бити повећана или смањена у уговорној мјери".

(17) Види Vouin et Pierre Robino, Droit civil et commercial, II Том, Париз 1960, стр. 712.

Чехословачки Грађански законик од 1964. одређује да су посуда (параграф 257) и зајам (параграф 341) консензуални уговори (за ваљаност уговора о зајму потребча је писмена форма), а даровање може бити ваљано без предаје и примитка ствари ако је у писменој форми.

3. Разлози због којих су у римском праву настали реални уговори и у прошлости се одржавали више не постоје.

Сигурност у погледу намјере странака да заснују правни уговорни однос и потреба судова да имају сигурну подлогу за рјешавање спорова данас зацијело не овисе о томе да ли је ствар предача, поготово не у односима субјеката привредног права. Сигурност која је данас потребна у уговорним односима постизава се писменом формом коју законодавац у становитим уговорима одређује ad substantiam или ad probationem, а и саме странке често се споразумијевају о писменој форми.

Друго, поставка да је смисао реалних уговора у томе да се одређене обвезе не могу извршити без претходне предаје ствари. Т.ј. да депозитар односно складиштар не може ни почети да чува ствар, а поготово је не може вратити, а пријевозник не може превести ствар, ако им није предана. Странка која хоће ствар у посудбу, зајам, залог, не може је вратити, ако је није прехтодно примила.

Наглашавање тог дијела обвеза из наведених уговора, особито у привредчом праву у садашње вријеме је неосновано, те је правилна примједба да нитко не оспорава консензуалан карактер закупа ствари, који међутим, претпоставља предају ствари закупцу. ([18])

У француској литератури многи писци сматрају тзв. уговоре враћања (ствари) консензуалним те нема потребе да се ствар преда па да би обвезивали. У пословној пракси, далеко од тога да је предаја ствари предувјет обвезе враћања. Зајмодавац не предаје никад новац (у зајам) прије него ли што добије акт на темељу којега се прималац зајма већ обвезао на враћање. ([19])

У модерној доктрини већином се сматра да предаја ствари није друго него питање испуњења облигација, а не увјет ваљаност тих уговора, који су, у ствари консензуални, без обзира на то што их законодавац дефинира као реалне. ([20])

Будући да обећање да ће се предати ствари обвезује, а уговор (јер га је закочодавац дефинирао реалним) настаје тек предајом ствари, настаје питање какав је то уговор (којим су се странке споразумјеле о битним елементима уговора) прије предаје ствари?

Неки писци сматрају да је то предуговор (прелиминарни уговор, pactum de contrahendo, conventio de pacto ineundo) ([21]) док други сматрају такво стајалиште погрешним и мисле да реалан уговор без предаје

([18]) Види Robert Vouin et Pierre Robino, Droit civil et commercial, II Том, Париз 1960, стр. 712.

([19]) Види Jean Carbonnier, Droit civil, II Том, Париз 1962, стр. 416, бр. 125.

([20]) Види Robert Vouin et Pierre Robino, Droit civil et commercial, II Том, Париз 1960, стр. 712.

([21]) Тако Heinrich Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlicher Gesetzbuch, Wien 1950, св. III, стр. 600.

ствари представља консензуалан облик реалног уговора који се предајом ствари претвара у реалан уговор. (22)

Сматрамо да с обзиром на врсту супротности између консензуалног и реалног уговора није могуће говорити о консензуалном облику реалног уговора.

Прије доношења Закона о обвезним односима, писци који су сматрали да је обећање о предаји ствари предуговор који се предајом ствари претвара у коначан (реалан) уговор, заснивали су своје стајалиште на Огз-у.

У његовим одредбама о реалним уговорима (у параграфу 977. о оставној погодби у 971. о посудбеној и у параграфу 1368. о заложној погодби) предвиђено је да уговор којим се обећава предаја ствари обвезује, али да то још није уговор о депозиту, посудби, залогу. У параграфу 983. је речено да уговор о зајму не треба мијешати с другим обвезним уговором (параграф 936) да ће се убудуће нешто дати у зајам (т.ј. с предуговором о зајму).

Из стилизације Огз-а се закључује да је сваки реалан уговор склопљен без предаје ствари предуговор, који обвезује на закључење коначног уговора, а то се своди у бити на предају ствари, чиме је испуњен предуговор и настао реалан уговор.

Противно том стајалишту Вуковић приговара редакторима Огз-а да су погрешно огласили реалне уговоре без предаје као предуговоре умјесто као консензуалне, те наглашава разлику између једних и других. У Огз-у одредбе о предуговору садржи клаузулу rebus sic stantibus и она се примјењује само на предуговоре. (23) У предуговору је губитак повјерења разлог за једностран раскид уговора, што није случај у уговору којим се обећаје предаја ствари у залог. Престанак права из предуговора везан је за преклузију, док је престанак обећања везан за застару.

Предуговором се странке обвезују на закључење коначног уговора, а консензуалним уговором да ће се предати ствар. (24)

Након доношења Закона о обвезним односима сматрамо да нема основе за тврдњу да су реални уговори без предаје предуговори, јер то одредбе о предуговору не допуштају.

Из његове дефиниције да је предуговор такав уговор којим се преузима обвеза да се касније склопи други, главни уговор (члан 45. став 1) јасно произлази да се та обвеза не може свести на самý предају ствари.

Друго, нема оправдања да се преклузивни рок од шест мјесеци (члан 45. став 5) предвиђен за захтјев да се склопи главчи уговор, примјењује (умјесто института застарјевања) у случајевима кад уговорне стране обећају предати односно примити ствар.

---

(22) Тако др Михајло Вуковић, op. cit., стр. 120, бр. 280, стр. 144, бр. 173.

(23) Дјеловање промијењених околности на уговор предвиђено је у Огз-у и то у ограниченом облику још само у параграфу 901. (у Сгз-у нема одговарајуће одредбе) и у параграфу 1048. коме одговарају одредбе параграфа 636. Сгз.

(24) Др Михајло Вуковић, op. cit., стр. 180, фуснота 31, стр. 173, 120, 144, 180.

Најзад, одредба да предуговор не обвезује ако су се околности од његова склапања толико измијениле да не би био ни закључен да су такве околности постојале у то вријеме (члан 45. став 6), с обзиром на нарав предуговора којим се „одлаже" и на дуље вријеме склапање главног уговора, оправдано поједностављује и олакшава примјену клаузуле rebus sic stautibus која се примјењује у другим уговорима (види члан 133. и 134).

Други одговор на постављено питање а т.ј. онај према коме се обећање о предаји сматра консензуалним уговором чијим испуњењем, а т.ј. предајом ствари, настаје реалан уговор сматрамо правилним, али га треба употпунити.

Наиме, с обзиром да тек предајом ствари почиње извршавање оних обвеза којима се остварује сврха цјелокупног посла (рецимо при јевоза робе жељезницом), обећање предаје и предаја ствари не могу постојати саме за себе. Другим ријечима такав консензуалан уговор био би несамосталан.

Због тога није консензуалност његова релевантна значајка, већ његова несамосталност и специфичан однос према реалном уговору без кога он не би имао никакав смисао.

Ови закључци показују артифицијелност правне конструкције коју изазива законодавац тиме што одређене уговоре дефинира реалним неоправдано (и артифицијелно) их лучећи од претходног уговорног обећања (да ће се предати ствар) цијепајући јединствен имовински односно привредни посао на двије правне категорије уговора.

Потпуним искључењим категорије реалних уговора придонијело би се појмовној и терминолошкој јасноћи и досљедности у правном регулирању уговорних односа.

др Зоран Компањет

РЕЗЮМЕ

Реальный договор после вступления в силу Закона об обязательных отношениях

Закон об обязательных отношениях, который единственно улаживает обязательные отношения всех участников и в хозяйстве и в других областях, считает договора действительчыми на основании простого согласия договорных сторон (статья 26 цит. Закона).

Между тем, на основании статьи 23 того же Закона к обязательным отношениям, которые улаживают другие союзные законы, применяются постановления Закоча об обязательных отношениях только в вопросах, нерегулированных особыми законами. На основании этого постановления другим союзным законом можно определить реалность договора. Так на осчовании статьи 29 § — Закона о перевозе в железнодорожном обороте (Сл. лист СФРЮ № 2/1974) реальный договор о перевозе предметов по железной дороге.

Ставится вопрос, нужны ли вообще исключения из правила консенсуальности договора.

Распространено мышление, что реальные договора не нужны и, что это происходит из историческиправового зчачения реальных договоров, которые в определенных условиях были нужны т.е. полезны, но уже давно и тем более в настоящее время потеряли свое прежнее значение.

В современной доктрине в большинстве считается, что передача предмета в так называемом реальном договоре не что другое как вопрос выполнения облигаций (так как обещание о передаче предмета — на пример на хранение в склад- обязывает) и под условием порядочности этих договоров. В связи с этим эти договора являются консенсуальными несмотря на то, что их законодатель определяет как реальные.

Исключечием категории реальных договоров создалось бы больше ясности в понятии и терминологии и последовательности в правовом регулировании договорных отношений.

A SUMMARY

„Real" contracts after the coming into force of the Law on Obligation Relations

The Law on Obligation Relations, governing all obligation relations of all participants in the economy and otherwise in a uniform manner, regards contracts as consensual (Article 26 of Law).

But Article 23 of the same Law provides that obligation relations governed by other federal legal acts are subjected to the Law on Obligation Relations olny in so far as they are not regulated by standing legislature. Therefore, the „real" character of a contract may be determined by other federal acts. For example, Article 29.2 of the Carriage by Railways Act (Official Gazette of the SFRY, № 2/74) determines that the contract of carriage of goods by rail is a „real" one.

The question is whether exceptions to the rule of consensuality of contracts is necessary.

There is a widespread opinion that „real" contracts are not necessary and that they originate from the historical and legal meaning of „real" contracts which had been necessary and useful once, but are surely not today, and have not been for a long time.

In modern doctrine there is a widely accepted point of view that handover of goods in „real" contracts is nothing more than the question of fulfilment of obligation (as promise to handover goods — for commissioning for example — is obligatory) and not a condition of validity of the contract. Therefore, these contracts are consensual, regardless of the fact that the legislator has defined them as „real".

The exemption of the category of „real" contracts would aid conceptual and terminological clarity and consistency in the legal regulation of obligation relations.

RÉSUMÉ

Les contrats réels après l'entrée en vigueur de la Loi relative aux rapports d'obligation

La Loi relative aux rapports d'obligation qui règle principalement les rapports d'obligation de tous les participants dans l'économie et des autres, considère les contrats comme consensuels (article 26 de la Loi citée).

Cependant, en vertu de l'article 23 de la même Loi, aux rapports d'obligation qui sont réglés par les autres lois fédérales on applique les dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation seulement dans les questions qui ne sont pas réglementées par la loi spéciale. En vertu de cette disposition on peut déterminer par une autre loi fédérale la réalité du contrat. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 29, deuxième alinéa, de la Loi relative au transport par le réseau ferroviaire („Journal Officiel de la RSF de Yougoslavie" № 2/1974) le contrat relatif au transport des choses par le chemin de fer est un contrat réel.

La question se pose si en général sont nécessaires les exceptions à la règle du caractère consensuel du contrat.

L'opinion est répandue que les contrats réels ne sont pas nécessaires et que cela découle de la signification historico-juridique des contrats réels qui étaient nécessaires ou utiles dans les conditions déterminées et qui depuis longtemps déjà, et surtout aujourd'hui, ne le sont pas.

Dans la doctrine moderne on considère dans la plupart des cas que la livraison de la chose dans les contrats appelés réels n'est rien d'autre que la question de l'exécution de l'obligation (car la promesse que la chose sera livrée — par exemple, à la mise d'accord — oblige) et non point la cause de la validité de ces contrats. Par conséquent ces contrats sont consensuels, sans égrads au fait que le législateur les définit comme réels.

En excluant la catégorie des contrats réels on contribuerait à la clarté conceptible et terminologique et à l'esprit de suite dans la réglementation juridique des rapports contractuels.

СУПРОТСТАВЉАЊЕ ЗАКУПЧЕВОГ ПРАВА ПРИБАВИОЦУ ПРЕ ПРЕДАЈЕ

1. Према Закону о облигационим односима, ако је једно исто лице закључило уговор о закупу са другим лицем и уговор о продаји са трећим лицем, па ствар предало закупцу пре него што је извршило пренос права својине на купца, купац не може захтевати од закупца да му преда ствар, него ступа на место ранијег закуподавца, те убудуће права и обавезе настају између њега и закупца (члан 591). Закупац после извршене предаје може супроставити своје право закупа прибавиоцу закупљене ствари без обзира да ли је прибавилац знао или није знао за постојање уговора о закупу.

2. Уколико је закуподавац — продавац у оваквом случају предао ствар прибавиоцу, примениће се другачије правило предвиђено у члану 593 Закона о облигационим односима:

1) Кад је ствар о којој је закључен уговор о закупу предата прибавиоцу а не закупцу, прибавилац ступа на место закуподавца и преузима његове обавезе према закупцу ако је у моменту закључења уговора о отуђењу знао за постојање уговора о закупу.

2) Прибавилац који у моменту закључења уговора о отуђењу није знао за постојање уговора о закупу, није дужан предати ствар закупцу, а закупац може тражити накнаду штете од закуподавца.

3) За прибавиочеве обавезе из закупа према закупцу одговара преносилац као солидарни јемац.

Према наведеном правилу, закупац може супроставити своје право потраживања прибавиоцу коме је ствар предата ако је прибавилац у тренутку закључења уговора знао за постојање уговора о закупу.

Ово је ново правило у области закупа, али није потпуна новина за наше право и у сагласности је са његовим основама.

3. До предаје закупљене ствари, закупац има према закуподавцу обично право потраживања. Закупчево право се не разликује од права потражиивања која могу имати остали повериоци према закуподавцу. Оно није ни јаче нити слабије од осталих потраживања.

Отуда, закупац може своје право супроставити прибавиоцу коме је закуподавац предао ствар, само под оним условима под којима је уопште могуће да поверилац своје право супростави трећем, а то значи ако је купац, коме је закуподавац-продавац предао ствар знао или је према околностима могао знати за раније закључени уговор о закупу. И

као што код осталих права потраживања поверилац треба у спору са трећим да докаже прибавиочеву несавесност, тако и у овом случају терет доказивања пада на закупца.

4. Изгледа да је овакво правило било садржано у Општем имовинском законику за Црну Гору, додуше само за случајеве закупа покретних ствари. У члану 291 ОИЗ било је речено:

„Правило претходног члана (у коме се говори под којим условима пренос права својине не слаби закупчева права, М. О.) вриједи и за покретну ствар, само што је за њу у мјесто потврђеног уговора доста да је нови власник, усвајајући ствар знао да је још и за колико времена у најму, или да је то лако знати могао када би иколико пажљив био."

Могло би се тврдити да је ово правило било предвиђено за случај да је ствар већ предата закупцу у државину, и да је стога потребно сазнање не само за уговор већ и за предају. Из тога би се могло закључити да је закупац покретне ствари могао супроставити своје право прибавиоцу тек од момента када му је ствар била предата у државину.

Међутим, могло би се бранити и становиште да је било довољно и само сазнање за уговор о закупу (1). Најпре зато што се право својине стицало предајом, из чега би произлазило да речи: „усвајајући ствар", значе да је ствар била предата купцу, а не закупцу. Друго, зато што изгледа да је и у неким другим случајевима за несавесност прибавиоца по Општем имовинском законику било довољно сазнање за постојање ранијег уговора. (2)

Најзад, да је доиста било потребно да се изврши предаја ствари закупцу, не би се морало наглашавати сазнање, као услов за могућност супротстављања закупчевог права купцу, јер се такво сазнање у случају кад се ствар већ налази код закупца може претпоставити.

Међутим, мора се признати да ови аргументи имају релативну вредност и да се због тога што недостаје судска пракса за подручје на коме је важио Општи имовински законик, за изнесено мишљење не може навести поузданији основ.

5. У нашем праву о овом питању није било ни законских прописа, нити судских одлука из којих бисмо могли видети становиште судова. Отуда се, схватање о томе да закупац може супроставити своје право прибавиоцу закупљене ствари и пре предаје, под условом да је прибавилац знао за закупчево право, заснива на општим правилима о могућности супротстављања права потраживања трећима.

Та правила добила су потврду у пракси наших судова. Ево како је ово схватање изразио Врховни суд Србије у једној одлуци:

„Рачији купац непокретности јачи је у праву од доцнијег купца који се укњижио на основу доцнијег уговора о купопродаји, ако је доц-

(1) У овом смислу изгледа и Дикел: Студија новог Грађанског законика за Црну Гору, Право 1891, стр. 617.
(2) Упоредити: Општи имовински законик, чланови 837. и 838.

нији купац био несавестан, тј. знао да постоји ранији уговор о купопродаји". (3)

Додуше, у судској пракси најчешће је било говора о праву ранијег купца да супростави своје право доцнијем прибавиоцу ствари. Али, у купчевом праву потраживања нема ничег изузетног, што би га одвајало од осталих права потраживања која настају поводом неке дужникове непокретности. Сва облигациона права изискују поштовање трећих лица која знају за њихово постојање, (4) а не само купчево право. Отуда мислимо да се та општа правила могу применити и на закупчево право (5). Уосталом видели смо да су судови проширили могућност супротстављања облигационих права и изван оквира заштите права ранијег купца и тако обухватили и друга права потраживања.

6. У Скици за Законик о облигацијама и уговорима, сукоб права између закупца и прибавиоца у случају када је закупац-продавац предао ствар прибавиоцу а не закупцу, био је регулисан на нешто другачији начин.

У члану 552 Скице било је речено:

1) Ако је ствар о којој је закључен уговор о закупу предата прибавиоцу, а не закупцу, прибавилац ступа на место закуподавца као у случају отуђења закупљене ствари после њене предаје закупцу, само ако је између закуподавца и прибавиоца уговорено да прибавилац преузима закуподавчеве обавезе из уговора о закупу.

2. Ако то није случај прибавилац није дужан предати ствар закупцу, а закупац може само тражити и накнаду штете од закуподавца.

3. Изузима се случај преваре.

4. Кад је између преносиоца и прибавиоца уговорено да прибавилац преузима преносиочеве обавезе из уговора о закупу, преносилац одговара за те обавезе као солидарни дужник" (6).

Према правилу садржаном у одредбама првог и другог става Скице, ако је једно лице закључило два уговора, један о закупу, а други о продаји и ствар предало купцу, а не закупцу, онда прибавилац ствари није дужан да купљену ствар преда закупцу. Закупац, дакле, према општем правилу не може супроставити своје потраживање прибавиоцу и захтевати од њега да му преда ствар, већ се једино може обратити закуподавцу за накнаду штете.

---

(3) Одлука Врховног суда Србије Гж. 1806/57 од 27. марта 1958. године (из архиве Суда). Упоредити „Уколико се утврди да су тужиоци као доцнији прибавиоци били несавесни, чињеница што се они налазе у поседу спорне имовине не може имати утицаја на право тужиоца на тој имовини по основу раније куповине од истог лица", Решење Врховног суда Србије Гж. 4244/63, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр, 1, стр, 29, бр. 15; Такође: Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине Гж. 1372/65 од 7. априла 1966. године, Билтен ВСБиХ бр. 12, стр. 18; Рјешење Врховног суда Хрватске Гж. 645/67 од 27. априла 1967. Преглед судске праксе ВСХ у грађанским предметима у години 1966/67, Загреб 1967, стр. 25, бр. 110; Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 1865/64 од 13. октобра 1964. (из архиве Суда); Пресуда Врховног суда Југославије Рев. 3919/63 од 24. марта 1964. (из архиве Суда); Пресуда Врховног суда Југославије Гж 56/68 од 5. децембра 1968. године, Правни живот бр. 1/1969, стр. 88.

(4) Derruppé: La nature juridique du droit du preneur à bail, thèse Paris 1952, стр. 218, 238 и фуснота 86, и даље.

(5) Упоредити: Hugueney: Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, thèse, Paris 1910, стр. 83 — 84.

(6) Константиновић М.: Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 1969, стр. 164.

7. То не значи да закупац никада и ни под којим условима не може захтевати да му прибавилац преда ствар. Међутим, према решењу које је било предложено, могућност супротстављања закупчевог права у случају кад је закуподавац — продавац предао ствар прибавиоцу, а не закупцу није се заснивала на обичном сазнању, као што је то у нашем праву прихваћено у случајевима супротстављања облигационих права трећима, него се заснивала на провери. У трећем ставу из члана 552 Скице изречно је било предвиђен изузетак од правила, и то за случај преваре.

О каквој превари је ту реч? По нашем мишљењу, у овом случају реч је о примени општег правног начела које је прихваћено у француском праву: превара све квари — fraus omnia corrumpit. (7)

I. Одсек — Начело fraus omnia corrumpit

8. Начело fraus omnia corrumpit појавило се у старом француском праву. Први пут је било формулисано у XIV веку (8). Постепено је добијало све ширу примену тако да је у данашњем француском праву прихваћено као једно од најопштијих правних начела по коме у случају преваре престају да се примењују сва правна правила (9). Јер, према овом начелу, преварно поступање представља разлог да се направи изузетак (10) и да се не примени оно правно правило које би иначе требало применити да није било преваре.

9. Ако је правни посао закључен преварно, права која наступају из правног посла, као и сам правни посао не могу се супротставити (11) трећима, иако би иначе према општим правилима могло да се учини.

И због тога, ако је уговор између закуподавца и прибавиоца закључен преварно, прибавилац, иако му је предата ствар не може сходно општем правилу супротставити своје право закупцу, већ мора да му преда ствар.

У овом случају, није реч о превари једног уговорника од стране другог (dolus) већ о преварном поступку оба уговорника у односу на треће лице (fraus, fraude). Отуда се у француском праву за постојање преварног поступка (fraude) захтева постојање преварног договора (con-

---

(7) Видети о правилу fraus omnia corrumpit: Перовић: Облигационо право I, стр. 201; Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, thèse Paris 1957, стр. 381 и даље; Ginossar: Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, стр. 79 passim; Lvon — Caen G.: De l'évolution de la notion de bonne foi, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 2/1946, стр. 87 — 88.

(8) Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, стр. 55; Mazeaud: Leçons de droit civil, t. II 3e éd Paris 1966, стр. 246.

(9) Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude en droit francais, стр. 381 passim; Lvon — Caen G.: De l'evoluation de bonne foi, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 2/1946, стр. 87; Marty—Raynaud: Droit civil, t. I, стр. 398; Mazeaud: Leçons de droit civil, т. II, 3e éd., стр. 246.

(10) „La fraude fait exception à toutes les règles" или „fraus semper excepta videtur" како је говорио већ Кујашус (Cujas). (наведено према Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, стр. 55).

(11) Marty—Raynaud: Droit civil, t. II, vol. I, Paris 1962, стр. 404.

cert frauduleux) (12) дужника и трећег у циљу да се повериоцу из ранијег уговора онемогући да оствари своје потраживање према дужнику.

10. Према општим правилима француског облигационог права, поверилац из раније закљученог уговора може супроставити своје право трећем лицу, које своје право изводи од истог претходника као и поверилац, под условом да је трећи знао за постојање раније закљученог уговора. Одговорност за повреду повериочевог права потраживања заснива се на обичном сазнању (13).

Међутим, у случају када је један исти сопственик продао исту непокретност двојици купаца, и други купац извршио транскрипцију, према становишту Касационог суда и схватању које је дуго преовладавало у правној теорији, други купац је стекао право својине, и први купац не може да му супротстави своје право, иако је други купац знао за постојање ранијег уговора. Обично сазнање трећег за ранији уговор није било довољан основ за могућност супротстављања права ранијег купца доцнијем купцу.

Поборници овог схватања наводили су да систем публицитета не може функционисати и да би био озбиљно доведен у питање, када би се у сваком поједином случају испитивала савесност прибавиоца. Отуда обично сазнање о постојању ранијег уговора о продаји не утиче на пуноважност прибављања.

11. Од правила да у сукобу узастопних купаца исте непокретности побеђује купац који је извршио транскрипцију, може се одступити само у случају када је други купац преварно закључио уговор о продаји. Или као што се у једној одлуци из 1925. године изразио Француски Касациони суд:

„... Постоји изузетак од овог правила само ако је утврђено да је друга продаја била резултат преварног договора који су карактерисали превани поступци који су имали за циљ да онемогуће првог купца у стицању непокретности" (14).

Према схватању израженом у овој одлуци на коју су се доцније позивали и судови и правни писци, превару (fraude) карактеришу извесна обележја која не постоје кад је реч о обичном сазнању прибавиоца. Потребно је да постоји несавесност оба учесника и њихов преварни договор, намера да се нанесе штета као и преварни поступци (manoeuvres dolosi-

---

(12) Видети: у области сукоба права узастопних купаца исте непокретности који своја респективна права изводе од истог продавца: Одлука Француског касационог суда, Цив. 7. дец. 1925, Д.1929. 1. 185; Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. стр. 145 — 146 и 287: Du Pontivice: Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Revue trimestrielle de droit civil. бр. 4/1963, стр. 656; Solus: Observations. Revue trimestrielle de droit civil. бр. 1/1953, стр. 129 — 130, бр. 1/1950. стр. 76, бр. бр. 3/1944, стр. 187 — 188: Planiol—Ripert—Picard: Traité pratique de droit civil français. t. III. 2e éd. Paris 1952, стр. 665; У области закупа (за који је требало извршити транскрипцију), преварни договор којим су закупац и прибавилац хтели да лише закупца његовог права, не може бити супротстављен закупцу: Solus: Observation, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 2/1938, стр. 282.

(13) Упоредити: Weill: Le principe de la relativité des conventions, thèse Paris 1938. стр. 436.

(14) Одлука француског Касационог суда Цив. 7 дец., Dalloz 1926. 1. 185: репродукована је у Mazeaud-de Juglart-Leçons de droit civil, t. III, vol. I 3 ed стр. 631—632.

ves) које уговорници предузимају у циљу да се онемогући стицање првог купца ([15]).

II. Одсек — Поређење између преваре и обичног сазнања

Примена начела fraus omnia corrumpit ставља у први план разликовање између обичног сазнања и преваре. И у једном и у другом случају реч је о несавесности прибавиоца, али правне последице нису исте. Када се састоји у обичном сазнању, несавесност прибавиоца не утиче на прибављање права својине. Обрнуто, у случају када је несавесност квалификована обележјима које чине превару, прибавилац не може супротставити своје право повериоцу из раније закљученог уговора.

Међутим, разликовање између обичног сазнања и преваре није нимало једноставно применити у пракси ([16]). Наиме, у случају када се несавесност прибавиоца састоји у обичном сазнању она не постоји потпуно самостално. По правилу, несавесно је и лице од кога прибавилац изводи своје право, јер је као дужник из раније закљученог уговора знало да закључењем и испуњењем другог уговора доводи себе у немогућност да испуни обавезу из ранијег уговора. Несавесан је не само прибавилац, него и преносилац, дужник из ранијег уговора. Отуда је тешко замислити да не постоји преварни договор између прибавиоца и сопственика у случају када прибавилац знајући за ранији уговор о продаји закључи са сопственником нови уговор којим се онемогућава испуњење сопственикове обавезе из првог уговора.

Исто питање поставило би се и у нас, ако би се у сукобу закупца и прибавиоца који своја респективна права изводе од истог претходника прихватило разликовање између обичног сазнања и преваре.

13. Постојање преварног договора (concert frauduleux) веома је тешко доказати. Реч је о преварној намери и једног и другог уговорчика, дакле о субјективној околности која се и иначе тешко утврђује. Уз то, уговорници који учествују у преварном договору имају све разлоге да крију своје нечасно поступање.

Ако би закупац имао да доказује постојање преварног договора, могућност супротстављања његовог права прибавиоцу била би у многим случајевима илузорна.

Отуда је од закупца, чије је право потраживања било повређено закључењем и извршењем уговора о продаји, довољно захтевати да докаже да је прибавилац знао или барем да је могао знати за постојање

([15]) Упоредити: Du Pontavice: Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 4/1963. стр. 659; Видети: Théorié générale de la fraude, стр. 285 и даље; Marty-Raynaud: Droit civil t. III, vol. I Paris 1971. стр. 443;

([16]) Упоредити: Du Pontavice: Fraude dans les transferts imobiliers et sécurité des tiers, Revue trimestielle de droit civil, бр. 4/1963. стр. 658 и фуснота 55, Vidal: Théorie générale de la fraude стр. 286; Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949. стр. 322—323;

раније закљученог уговора о закупу. На основу тога може се претпоставити постојање преварног договора између закуподавца и прибавиоца (17).

Јер, кад прибавилац зна за постојање раније закљученог уговора о закупу, па после тога закључи уговор о куповини са закуподавцем који се раније обавезао да ту ствар преда закупцу и закуподавац преда ствар прибавиоцу, а не закупцу, онда чињеница да је прибавилац знао за постојање уговора о закупу уз остале чињенице, несумњиво указује на постојање преварног договора.

14. Да би омогућили ранијем купцу да своје право супротстави доцнијем прибавиоцу, судови у Француској су додуше захтевали постојање преварног договора (concert frauduleux) између дужника и трећег, прибавиоца, али су се задовољавали тиме да ранији купац докаже само да је прибавилац знао за ранији уговор. Када је та чињеница била доказана судови су прихватили претпоставку о постојању преварног договора између дужника и трећег прибавиоца (18). Многи правни писци у Француској такође су стали на становиште да се на основу утврђеног сазнања трећег, прибавиоца о раније закљученом уговору може прихватити претпоставка о постојању преварног договора (19).

15. Други правни писци пошли су још даље постављајући питање да ли је уопште потребно задржати разликовање између преварног договора и обичног сазнања, (20) ако се већ у судској пракси на основу чињенице сазнања закључује о постојању преварног договора? Уместо да се полази од тога да је потребно утврђивање преварног договора да се истовремечо његово постојање претпоставља, кадгод се утврди да је прибавилац знао за постојање ранијег уговора, почиње да преовлађује схватање да је довољно захтевати утврђивање чињенице сазнања на страни трећег, и могућност супротстављања права потраживања прибавиоцу засновати не на преварном договору, већ на обичном сазнању прибавиоца.

---

(17) Упоредити Weill: Le principe de la relativité des conventions, стр. 436; Ripert—Boulanger: Traité élémentaire de droit civil, t. I, стр. 1101 (. . . „јер скоро увек онај који зна за ранији пренос својине закључује уговор о прибављању само у циљу преваре (fraude) тог прибавиоца"); Savatier: Белешка Д. 1929. 1.186 („Како, дакле, претпоставити да други прибавилац, који зна за прво отуђивање за које није извршена транскрипција, одлази код продавца и добија ново отуђење, а не претпоставити истовремено савез међу њима, макар и упола гласа, у циљу одвајања првог прибавиоца од непокретности, противно заданој речи једног од партнера, укратко преварени договор у смислу којег је досада био привидан овој речи").

(18) Упоредити одлуку француског Касационог суда Civ. 1ere iv 28 octobre 1592. и опаску (observation) Solus, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 1/1953, стр. 130 и одлуке Касационог суда, Civ. 1ere civ. од 7-ог јануара 1960. и 16. марта 1960. наведне код: du Pontavice: Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Revue trimestrielle de droit civil бр. 4/1963, стр. 658 и 659.

(19) Упоредити: Solus: Observations Revue trimestrielle de droit civil бр. 1/1953, стр. 130 (у области сукоба права сукцесивних купаца), бр. 2/1938, стр. 282 (у области закупа за који је потребна транскрипција); du Pontavice: Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers; Revue trimestrielle de droit civil, бр. 4/1963, стр. 658 и фуснота 56; Weill: Le principe de la relativité des conventions, стр. 436; Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude, стр. 287, 436 — 438.

(20) . . . „Али нема ниједне одлуке у којој је изречно одбачен тужбени захтев првог купца уз констатацију да је други купац знао за прву продају и да га (другог купца) упркос тог сазнања треба заштитити". Ripert: La règle morale dans les obligations civiles, стр. 323; „Не треба се дакле зачудити што се у већем броју одлука превара квалификује као просто сазнање о ранијем уговору Mazeaud-de Juglart: Leçons de droit civil, t. III, vol. I 3e éd, Paris 1968, стр. 628.

Уосталом у белгијском праву (које у овом питању има исто правило), није ни раније праљена тако оштра разлика између преварног договора и обичног сазнања (21).

16. Тамо где постоји сазнање трећег за ранији уговор, по правилу постоји и преварни договор. Али то није увек тако. Могуће је да дужник буде савестан, а да је трећи несавестан. Такав је случај, када је оставилац закључио уговор о закупу али није предао ствар закупцу, а потом је наследник не знајући за раније закључени уговор, закључио уговор о продаји са прибавиоцем, који је за уговор о закупу знао.

У овом случају не може бити речи о преварном договору, пошто је за овакав договор потребно да постоји несавесност оба учесника, а овде је један од учесника савестан. Постоји само сазнање прибавиоца о раније закљученом уговору о закупу. Али да ли то значи да прибавилац није одговоран што је закључио уговор чијим се испуњењем повређује закупчево право потраживања? Оно што чини основ одговорности прибвиоца за повреду закупчевог права потраживања није несавесност закуподавца, већ његова сопствена несавесност (22).

Отуда, и кад преварног договора нема, већ постоји само сазнање прибавиоца о раније закљученом уговору о закупу, прибавилац је одговоран за повреду закупчевог права потраживања. Накнада се као и у осталим случајевима деликтне одговорности састоји у васпостављању пређашњег стања (23) (па тек ако то није могуће у новчаној накнади) из чега произлази да закупац може супротставити своје право прибавиоцу као да до предаје ствари прибавиоцу није ни дошло.

17. Најзад, примена правила fraus omnia corrumpit, може имати извесне неповољне последице које се иначе не јављају када се одговорност трећег за повреду права потраживања из ранијег уговора заснива на обичном сазнању. Тако је француски Касациони суд извесно време стајао на становишту да ако постоји преварни договор између продавца и другог купца, онда први купац може са успехом супроставити своје право не само другом купцу који је извршио транскрипцију, него и доцнијим купцима који своје право изводе од другог купца, чак и у случају да

(21) Упоредити за белгијско право: Renard—Graulich: Chronique de droit belge, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 1/1955, стр. 202; De Page-Dekkers: Traité élémentaire de droit civil belge, Bruxelles 1957, t. VII, стр. 969 („Sans fraude, c'est-à-dire sans connaissance, de cause, de bonne foi).

(22) Упоредити: Mazeaud J.: Белешка, Dalloz 1968. стр. 413; Savatier: Белешка, Dalloz 1925. 1. стр. 186; Супротно: Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude, стр. 286 — 287 (кад је реч о правилима публицитета, обично сазнање није довољно, потребно је да постоји преварни договор); Weill: Le principe de la relativité des conventions, стр. 451.

(23) Противно: Vidal: Essai d'une théorie générale de la fraude, стр. 330.

доцнији купци нису ни знали нити могли знати за преварни договор између продавца и другог купца (24).

Оваква примена правила fraus omnia corrumpit не само што није у складу са захтевима правичности, јер штетне последице погађају савесно лице, него није ни у складу са захтевима правне сигурности, (25) јер се на тај начин нарушава поверење у публицитет уписаних права.

III. Одсек — Еволуција у схватању о превари у француском и аустријском праву

Критике које су биле изречене у правној теорији и које су се заснивале на наведеним разлозима, утицале су на француски Касациони суд да измени становиште и у области сукоба права узастопних купаца исте непокретности, који своја респективна права изводе од истог прибавиоца, а од којих је други купац извршио транскрипцију свога права. У овој области је начело fraus omnia corrumpit дуго времена имало најважније упориште. Наиме, истицано је да систем публицитета мора имати обележја апстрактне и механичке примене да би могао функционисати, и да се због тога не може у сваком поједином случају испитивати савесност трећих лица, већ се правило о стицању права својине транскрипцијом има применити без обзира да ли је прибавилац знао или је могао знати за постојање ранијег уговора о продаји (26). Једини изузетак био је предвиђен за случај преваре према начелу fraus omnia corrumpit (27).

19. Доцније је Касациони суд све више попуштао (28) у строгости

---

(24) Видети одлуке грађанског суда Сене од 16. јула 1943. Dalloz 1944. 1. 19 и опаску, Solus, Revue trimestrielle de droit civil 1944, стр. 188; Касационог суда Civ. 10. мај 1949, Dalloz 1949. 277 и опаска, Solus, Revue trimestrielle de droit civil број 1/1950, стр. 76; Civ. ere civ. 17 oct. 1961., Semaine juridique 1962-II-12578; У истом смислу: Du Pontavice: Fraude dans les transferts immobiliers et securité des tiers, Revue trimestrielle de droit civil бр. 4/1963, стр. 664; Planiol—Ripert—Picard: Traité pratique de droit civil français, t. III, стр. 665; за белгијско право (са другом аргументацијом) Dabin: De l'idée d'une dualité de propriété véritable et de propriété apparente dans le system de la transcription, in Etudes de droit civil, стр. 135 — 136; Супротно: Mazeaud J.: Белешка, Delloz 1968, стр. 413 — 414; Ripert—Boulanger: Traité de droit civil, t. III, стр. 135; Mazeaud-de Juglart: Leçons de droit civil, t. III, vol. I, 3e éd, стр. 620 — 621; Marty—Raynaud: Droit civil, t. III, vol. I, стр. 444; за белгијско право: De Page Dekkers: Traité élémentaire de droit civil belge, t. VII, стр. 971.

(25) Упоредити: Ripert—Boulanger: Traité de droit civil, t. III, стр. 135.

(26) Weill: Le principe de la relativité des conventions, стр. 451; Вајл је иначе сматрао да је за одговорност трећег због повреде права потраживања довољно обично сазнање за постојање ранијег уговора из ког проистиче повређено право (стр. 436 — 437 и стр. 451). Изузетно кад је реч о праву уписаном у регистар, обично сазнање прибавиоца није довољан разлог да му се оспори прибављање (стр. 451); Boulanger: Les conflits entre des droit qui ne sont pas soummis à publicité, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 3/1935; Planiol—Ripert—Picard: Traité pratique de droit civil français, t. III, стр. 664; Demogue: Traité des obligations, t. VII, Paris 1933, стр. 603.

(27) Vidal: Théorie générale de la fraude, стр. 286 и даље; Du Pontivice: Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 4/1963, стр. 656; Solus: Observations, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 1/1953, стр. 129 — 130, бр. 1/1950, стр. 76. бр. 3/1—44, стр.187 — 188; Weill: Le principe de la relativité des conventions, стр. 451; Planiol—Ripert—Picard: Traité pratique de droit civil français, t. III, стр. 665; Demogue: Traité des obligations, t. VII, стр. 603; Ripert—Boulanger: Traité de droit civil, t. III, стр. 135; Ripert: La règle morale dans les obligations civiles. стр. 320 и даље.

(28) Du Pontavice: Fraude dans les transferts immobiliers et sécurité des tiers, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 4/1963, стр. 658. Bredin: Observation, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 3/1968, стр. 565; Mazeaud-de Juglart: Leçons de droit civil, t. III, vol. I, 3e éd, стр. 632.

захтева који су постављани за превару (fraude). У највећем броју случајева судска пракса се задовољавала тиме што је утврђивала да је у конкретном случају постојало сазнање другог купца који је извршио транскрипцију, о постојању првог уговора, и на основу тога изводила претпоставку о постојању преварног договора између продавца и другог купца. Само изузетно пружала се Касационом суду прилика да поново истакне строжије, квалификоване услове за превару.

20. Постепено попуштање под притиском критике у правној теорији није било довољно. Тако је најзад дошло до потпуног преокрета у судској пракси. У одлуци Касационог суда од 22. марта 1968. године, речено је да први купац може супротставити своје право другом купцу који је извршио транскрипцију, знајући за постојање ранијег уговора, ако се непокретност још увек налази у рукама другог купца ([29]). На тај начин је Суд одговорио на два основна аргумента који су били навођени у правној теорији. Најпре је изречно навео да се одговорност ([30]) другог купца заснива на обичном сазнању за раније закључени уговор, ([31]) а затим је имплицитно, али несумњиво, изнео да се то не односи на лице које савесно стекне право својине од другог купца. ([32]) („ако се непокретност још увек налази у рукама другог купца").

21. Слична еволуција може се запазити и у аустријском праву. Дуго је, наиме, преовладавало схватање да у сукобу права купаца који своја респективна права изводе из истог сопственика непокретности предност треба дати ономе који је своје право први уписао у земљишне књиге, иако је знао да је ранијем купцу непокретност била предата у државину ([33]). Једини изузетак био је предвиђен (као и у ранијој судској пракси Француског Касационог суда) за случај преваре, (Arglist) ([34]).

Судска пракса је такође била подељена ([35]). Најзад је под утицајем Кланговог учења и у правној теорији и у судској пракси преовладало схватање да је несавесност земљишнокњижног прибавиоца довољно обично сазнање за раније закључени уговор о продаји и фактичку предају непокретности у државину ранијем купцу ([36]).

([29]) Одлука Касационог суда, Civ. 3e civ. 22 mars 1968. Dalloz, 1968, стр. 412 и белешка Jean Mazeaud: Одлука је наведена и у: Mazeaud-de Juglart: Leçons de droit civil, t. III, vol. I, 3e éd, стр. 633.

([30]) Касациони суд је у овом случају одговорност другог купца заснивао на правилу из члана 1382 ФГЗ у коме се говори о кривици (faute), а не више на превари (fraude). Упоредити Mazeaud J.: Белешка Dolloz 1968, стр. 413 — 414; Bredin: Observation, Revue trimestrielle de droit civil, бр. 3/1968, стр. 565.

([31]) Mazeaud J.: Белешка, Dalloz 1968, стр. 413; Marty—Raynaud: Droit civil, t. III, vol. I, стр. 443.

([32]) Mazeaud J.: Белешка, Dalloz 1968, стр. 414; Mazeaud-de Juglart: Leçons de droit civil, t. III, vol. I 3e éd, стр. 634; Marty Raynaud: Droit civil, t. III, vol. I, стр. 444.

([33]) Упоредити: Stubenrauch: Comentar, 8 Auflage, I Band, Wien 1902, стр. 560.

([34]) Упоредити: Ehrenzweig: Sachenrecht, 6 Auflage, Wien 1923, стр. 263 — 264; Mayr: Sachenrecht, Reichenburg 1922., стр. 443.

([35]) Упоредити судску праксу код: Klang-a: Kommentar I Band, II Halbband, Wien 1930, стр. 207.

([36]) Упоредити: Klang: Komentar, I Band, II Halbband, стр. 207, коментар уз § 431; Gschnitzer: Sachenrecht, стр. 96; Занимљиво је да је још раније, Рушнов заступао исто то становиште: Рушнов: Тумач, књига I, Загреб 1893, стр. 573 и 593 — Супротно Koziol—Welser: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Wien 1975, стр. 55 и фуснота 32.

Завршне напомене

22. Редактори нацрта закона о облигацијама и уговорима после дискусија у којој је било и другачијих мишљења, [37] предложили су правило по коме закупац може своје право потраживања супротставити прибавиоцу коме је закуподавац предао ствар, ако је прибавилац у тренутку закључења уговора знао за постојање уговора о закупу [38]. То правило је прихваћено и унето у Закон о облигационим односима (члан 593).

Предлажући овакво решење редактори су изменили предлог из Скице, али нису битније одступили од идеје која је инспирисала Професора Константиновића нити су нарушили хармонију Скице. Додуше, решења се разликују, као што се разликују и резултати до којих доводе.

Основна мисао изгледа ми да је сачувана. Закупац може под одређеним условима супротставити своје право прибавиоцу иако је реч о обичном потраживању које је уперено према закуподавцу. Према Скици услов се састојао у преварном договору закуподавца и прибавиоца, према Закону услов се састоји у обичном сазнању прибавиоца.

Два разлога се могу навести ради оправдања измене коју су унели редактори. Први разлог је у томе што искуство из упоредног права показује да решење које се заснива на примени начела Fraus omnia corrumpit у дужем временском периоду еволуира ка решењу које почива на обичном сазнању.

Други разлог је у томе што овакво решење није нарушило систем Скице за законик о облигацијама и уговорима. Јер и у Скици је могућност супротстављања права потраживања трећем, прибавиоцу почивала у неким случајевима на обичном сазнању прибавиоца о постојању права потраживања [40].

М. Орлић

---

[37] У реферату о уговору о закупу за седницу поткомисије за облигационо право, професор Љ. Милошевић је предлагао брисање одредбе о изузетку за случај преваре (страна 4. реферата). Брисање ове одредбе било је предложено и у дискусији која је вођена у поткомисији. Упоредити: Магнетофонски снимак са седнице поткомисије за израду Закона о облигацијама, одржане 1. фебруара 1972. године, страна 7/4 и 7/5.

[38] Нацрт закона о облигацијама и уговорима, Скупштина СФРЈ, АС бр. 388/1, Београд септембра 1976. године, члан 578., стр. 157 — 158.

[39] Упоредити: Mazeaud J.: Белешка, Dalloz 1968, стр. 413 — 414.

[40] Упоредити: Скица за Законик о облигацијама и уговорима, члан 462 став 1 (продаја са правом прече куповине) и члан 467 став 2 (продаја са правом откупа).

РЕЗЮМЕ

Противодействие арендаторского права по отношению к закупщику до передачи

Согласно Закону об облигационных отношениях, если одно и то же лицо заключило договор об аренде с другим лицом и договор о продаже с третьим, а предмет аренды передало арендатору до переноса права собственности на покупателя, то покупатель не может требовать од арендатора передачи предмета, но вступает в права прежнего владальца и все права и обязанности в будущем возникают между ним и арендатором (статья 691).

Арендатор после передачи права собственности может противопоставить свое право аренды покупателю несмотря на то, знал ли он или не знал о существовании договора об аренде.

Если же арендатор — продавец в таквом случае передал предмет аренды покупателю — то тогда будет применяться другое правило, предусмотренное в статье 593 Закона об облигационных отношениях. Согласно указанному правилу арендатор может противопоставить свое право иска покупателю, которому предмет аренды передан только тогда, когда покупатель знал о существовании договора об аречде в момент заключения договора. Предлагая такое решение, редактори переменили предложение из Проекта для Кодекса об облигациях и договорах, но не изменили идее, вдохновившей професора Константиновича и не нарушили гармочию Проекта, так как и в Проекта возможность противодействия права иска против третьего покупателя основывалась в некоторых случаях на обычном осведомлении покупателя о существовании права иска.

A SUMMARY

The Opposition of the Renter's Rights to that of the Obtainer Prior to Submission

According to the Law on Obligation Relations, if one and the same person has concluded a contract of rental with a second person and a contract of sale with a third person, and then handed (or submitted) the subject of the first contract to the renter before having trasferred the right of ownership to the buyer, the buyer cannot demand the hand-over of the subject of the contract from the renter, but will instead take the place of the former rentier, so that all future rights and liabilities are between him and the renter (Article 691.).

The renter may oppose his own rights to those of the obtainer (or buyer) of the subject of the contract after the submission (or hand-over) has been effected notwithstanding the obtainer's knowledge or ignorance of the existance of the rental contract.

In the event that the renter — seller has handed the subject of the contract over to the obtainer in this case, then there shall be applied the provision stipulated in Article 593 of the above mentioned Law. According to this Article, the renter can oppose (contest) his rigth to claim to the

obtainer's rights only if the obtainer had knowledge of the existance of the rental contract at the moment of its conclusion. Offering this solution, the editors have amended the proposal put forth in the Draft of the Law on Obligations and Contracts, but have not let down on the idea which has inspired Professor Konstantionvić nor have disrupted the harmony of the Draft. This is because the Draft had also offered the possibility of opposition of the claims rights in respect of the third person, the obtainer, in certain cases being based on the mere, simple knowledge of the existance of the claims right.

RÉSUMÉ

L'opposition du droit du locataire a l'acquereur avant la tradition

D'après la Loi relative aux rapports d'obligation, si une même personne a conclu le contrat de bail avec une deuxième personne et le contrat de vente avec une tierce personne, et qu'elle a transmis la chose au locataire avant d'avoir effectué le transfert du droit de propriété à l'acheteur, l'acheteur ne peut pas exiger du locataire de lui remettre la chose, mais il se met à la place de l'ancien locateur, en conséquence les futurs droits et obligations prennent naissance entre lui et le locataire (article 691).

Le locataire peut après la tradition accomplie opposer son droit de bail à l'acquéreur de la chose louée sans tenir compte du fait si l'acquéreur savait ou ne savait pas que le contrat de bail existe.

Pour autant que le locataire — le vendeur a transmis dans un tel cas la chose à l'acquéreur, une autre règle sera appliquée qui est prévue dans l'article 593 de la Loi relative aux rapports d'obligation. D'après la règle mentionnée le locataire peut opposer son droit de réclamation à l'acquéreur auquel la chose a été transmise seulement si l'acquéreur était au courant de l'existence du contrat de bail au moment de la conclusion du contrat.

En proposant une telle solution les rédacteurs ont modifié la proposition de l'Esquisse du Code des obligations et des contrats, mais ils n'ont pas trahi l'idée qui a inspirée le professeur Konstantinović et ils n'ont pas troublé l'harmonie de l'Esquisse. Car dans l'Esquisse la possibilité de l'opposition du droit de réclamation à un tiers, à l'acquéreur, reposait dans certains cas sur la simple connaissance de l'acquéreur de l'existence du droit de réclamation.

УГОСТИТЕЉСКА ОСТАВА

Међу посебне врсте уговора о остави Закон о облигационим односима уврстио је угоститељску оставу, институт којим је регулирана одговорност угоститеља за ствари госта. Како понуђени режим одговорности почива на дистинкцији и комбинацији одговорности за „донијете" и „предате" ствари госта, и начела ограничене и неограничене одговорности угоститеља, потребно је и код анализе института, одвојено разматрати одредбе груписане око ова два облика одговорности угоститеља.

I. Одговорност угоститеља за „донијете" ствари госта

Ријечима законодавца „угоститељске организације удруженог рада и други угоститељи сматрају се оставопримцима у погледу ствари које су гости донијели и одговарају за њихов нестанак или оштећење највише до десет хиљада динара..." (чл. 724 ст. 1).

Угоститељ се може и ослободити те одговорности, али, само ако су ствари оштећене услијед: околности које се нису могле избјећи или отклонити, узрока у самој ствари, понашања госта или особа које га посјећују (чл. 724 ст. 2).

Овим је одредбама дата цјелокупна структура одговорности угоститеља за „донијете" ствари госта, а представљају и кључ за њено разумијевање, па постаје нужна разрада и објашњење свих у њима садржаних елемената одговорности.

1. Субјект одговорности

Текст Закона одговорну особу само означује и каже да је то „угоститељска организација удруженог рада и други угоститељи". Њено ближе одређење законодавац препушта посебним прописима којима је регулирана угоститељска дјелатност. А по њима „угоститељске организације удруженог рада" су: организације удруженог рада, пољопривредне задруге, уговорне организације удруженог рада и угоститељски школски центри који се баве угоститељском дјелатношћу (припремање хране и пружање услуга прехране, припремање и услуживање пићем и напицима, пружање услуга смјештаја и кампирање) у угоститељским објек-

тима (под којима се подразумјевају: хотел, пансион, туристичко насеље мотел, преноћиште, камп, одмаралиште, гостионица, ресторација, пивница, кавана, здрављак, снек-бар, кафе-бар, бифе, крчма, коноба, печењарница, диско-бар и ноћни бар). (1) Термин „други угоститељи" указује у првом реду на самосталног угоститеља, али, екстензивно тумачен, и на грађане који у својим стамбеним просторијама пружају угоститељске услуге (издавање соба и лежајева, услуге исхране и пансиона), иако њих посебни закони не називају нити уврштавају у угоститеље. (2)

Овако широко дефинирање одговорне особе за „донијете" ствари госта је новина ЗОО коју не налазимо ни у његовом Нацрту ни у компаративном законодавству. Наиме, по Нацрту одговорном особом сматрана је „угоститељска организација удруженог рада, радња и појединац", али, само ако „прима госте на ноћење", (чл. 737 Нацрта), а не сваки угоститељ који пружа било какву угоститељску услугу. Истина, чланом 742. Нацрта (сада у непромјењеној редакцији чл. 729 ЗОО) асимилирани су са угоститељима болнице, гараже, кола за спавање, од угоститеља само организирани кампови, а генералном клаузулом и подузетници који се баве сличним дјелатностима. Само, примјетимо, сви примјерице набројани подузетници мада пружају врло различите услуге, при њиховом пружању примају клијенте на стан, дају им смјештај и по правилу ноћивање (изузев гараже којој се ствари „предају", а не „доносе"). У компаративном законодавству ставови су подијељени. По једном старијем схваћању које налазимо у ранијим кодификацијама, одговорне особе су искључиво „гостионичари и хотелијери" који примају госте на стан (чл. 1952 франц. С. С., чл. 1952. белг. С. С., чл. 487. швиц. ЗО, § 701 BGB итд). (3) Друго схваћање, прихваћено у новијим кодификацијама, ставља акцент на „хотелијере" (чл. 1784 Итал. ГЗ, чл. 846 § 1 Пољ. ГЗ, § 467 Мађ. ГЗ., чл. 429 РСФСР ГЗ, § 433 Чешк. ГЗ итд), али проширује њихову одговорност: а) на подузетнике који нису угоститељи: „јавна купатила„ подузећа за спаваћа кола и подузећа за рјечну пловидбу" (чл. 851 Пољ. ГЗ с тим што за ствари „које се обично у њих не уносе" одговара само „кад је такав предмет примио на чување, односно кад је штета настала због умишљаја или грубе немарности"), „санаторијуми, домови и сличне организације" (чл. 429 ГЗ РСФСР), „гараже и слична подузећа у погледу саобраћајних средстава (§ 435 Чешк. ГЗ); б) на поду-

---

(1) Чл. 1., 7., 11., Закон за угостителската дејност, посредувањето во туристичкиот промет и за минималните технички услови на угостителските објекти, Службени весник на СРМ, бр. 39/77; Закон о угоститељској дјелатности, Службени гласник СРС, бр. 24/73; чл. 2., 4., 13., 20., 23., 37., 116., Закон о угоститељској и туристичкој дјелатности, Народне новине, бр. 14/1978.

(2) Редактори Нацрта текста Међународне конвенције о хотелском уговору у свом коментару чл. 1., сматрају да појединце који сезонски изнајмљују једну или двије собе у туристичкој сезони не би требало притискивати одговорношћу која је конципирана за угоститеље (хотељере) који се „професионално" баве пружањем угоститељских услуга и који имају знатна средства, а отуда и пословни успјех сразмјеран професионалном ризику. Avant-projet de Convention sur le contrat d'hôtellerie, Rome, 1976, стр. 192.

(3) У Француској правној теорији и судској пракси постоје мишљења да се одговорност „гостионичара и хотељера": а) не може проширити на угоститеље који не примају госте на стан; б) може проширити на сличне професије од којих се неопходно захтјева повјерење (каване, ресторанти); в) може проширити на све који се налазе у ситуацији која се може упоредити са оном хотељера и госта. Видите: Encyclopédie juridique, Paris, 1952, T. II, стр. 43.

зетнике међу којима има и угоститеља: „држаоце љечилишта, заводу за јавне представе, купатила, пансиона, гостионица, спаваћих кола и слично" (чл. 1786 Итал. ГЗ); „купалишта, кафана, ресторана, казалишта и сличних установа" (§ 471 Мађ. ГЗ), али под посебним увјетима постављеним у закону или разрађеним од правне теорије и судске праксе. (4)

Правно политички разлози којима се правда пооштрена одговорност хотељера за „донијете" ствари госта бројни су и различити. Рђав глас професије, некад толико наглашаван, постао је хисторијски факт. Уз монополски положај хотељера, несавладиве тешкоће које би настале за путника кад би морао доказивати његову кривицу, једино хотељерову могућност да врши надзор над особама у хотелу, наглашава се фидуцијарни карактер односа хотељера и госта, гдје строга одговорност постаје санкција за повреду дужне бриге и повјерења којега ужива у очима госта. Изузетна одговорност потребна је и да би гост могао мирно и безбрижно користити боравак, смјештај и све друге услуге, а хотељер нормално обављати дјелатност без опасности да ће бити погођен неповјерењем јавности. Мир и спокојство које гост треба наћи у модерном хотелу, долази од сазнања да хотељер бдије на његовим стварима, на што је принуђен строгом одговорношћу. (5) Да ли су сви ти разлози присутни не само у односу госта и угоститеља, који пружа услугу смјештаја, већ и госта и сваког угоститеља без обзира на природу услуге пружене гостy? На то питање наш је законодавац одговорио афирмативно имајући при томе у виду све присутнију тенденцију у модерном праву да се интересима госта пружи што ефикаснија правна заштита.

2. *Објект одговорности*

Да би угоститељ био одговоран потребно је да нестанак или оштећење погоди „донијете" ствари госта (чл. 724 ст. 1). Садржај појма „донијете ствари" наш је законодавац препустио бризи судова и правне теорије. Што се тиче компаративног законодавства, може се рећи, да је стандард донијете ствари у неким кодификацијама само споменут, док га друге, мада различито, к томе и ближе дефинирају. Кад је само

(4) По Мађ. ГЗ „одговорност установе обухваћа само ствари које посјетиоци, по правилу обично доносе са собом у такве просторије", међутим, „ако се посјетиоцима дају одговарајуће просторије за чување њихових ствари, установа сноси одговорност само за штету која је настала на стварима које су тамо биле смјештене". (§ 471. т. а и б).

У талијанској правној теорији и судској пракси режим одговорности „хотељера" примјењује се без резерве на подузетнике наборјене у чл. 1786 ГЗ, а на „сличне" активности на које указује генерална клаузула истог члана (под које се подводе: изнајмљивачи соба, бар, кафе-бар, сластичарница, камп, свратиште, интернати и пансиони, планинске куће, фризерски салон, самопослуге (self-service, vagon-restaurant и т. сл.) само ако су кумулативно испуњене слиједеће претпоставке: а) потребно је да се дјелатност обавља у виду подузећа (организирано и професионално); б) да је клијент за вријеме пружања услуга дужан боравити у просторији и за то вријеме није у могућности да врши директну особну контролу над стварима; в) да обзиром на природу услуге и њено трајање постоји потреба да подузетник врши надзор над униетим стварима. Види ближе: V. Geri, La responsabilità civile dell' albergatore, Milano, 1972, стр. 161.

(5) M. Fragali, Contratto di albergo, Eciclopedia del diritto, Milano, 1958, I., стр. 963;

J. P. Couturier, L'contrat d'hôtellerie, Dijon, Том II, стр. 346.

споменут у употреби су врло уопћене формулације, као: „ствари донијете од путника који код њих одсједају" (чл. 1952 франц. С. С., чл. 1952 белг. С.С., чл. 487 Швиц. ЗО); ствари дочијете од клијента у хотел, а које њему нису предате" (чл. 1784 итал. ГЗ); „имовина грађана која се налази у просторијама које су им додијељене, иако имовина није била посебно дата на чување" (чл. 429 ГЗ. РСФСР) и т. сл. У земљама чији законици познају само опћените формулације, постоји богата правна литература која се бави дефинирањем њиховог садржаја, али исто тако и неуједначена и каткад контрадикторна судска пракса. Због тога „унијете ствари" новије законодавство настоји ближе одредити. Тако Чешки ГЗ сматра да су „унијете оне ствари које су донијете у просторије одређене за смјештај ствари или ствари које су у ту сврху биле предате неком од радника организације" (чл. 433). Унесеном ствари сматра се у пољском ГЗ. „ствар која је повјерена лицу које држи хотел или сличну радњу, лицу које је код њега запослено, или ствар која је смјештена на мјесту које та лица одреде, односно намјене за ту сврху" (чл. 846 § 2). Исто рјешење, мада у различитој редакцији, садржи и мађарски ГЗ. (чл. 467 ст. 2). Најисцрпнију дефиницију налазимо у њемачком Г. З., кад у чл. 701. каже да се унијетим сматрају: „1. ствари, које су у вријеме примања госта ради уконачења унесене у угоститељско подузеће, или на мјесту изван угоститељског подузећа, које су угоститељ или његови људи означили, или које су донесене на мјесто изван угоститељског подузећа, које је угоститељ опћенито за то одредио или које су иначе изван угоститељског подузећа узете на чување од угоститеља или његових људи. 2. ствари, које су унутар примјереног рока прије или послије времена у које је гост примљен на уконачење, преузете на чување од угоститеља или његових људи". (6)

Већ и овако кратак компаративни преглед сугерира закључак да је наш законодавац изузетно суздржан кад је у тексту чл. 871. само казао: „ствари које су гости донијели". Истина, овако уопћен стандард оставља широко поље креативној улози судске праксе дајући јој могућност квалификације с обзиром на све околности сваког конкретног случаја, али може донијети и несигурност странкама ако би отворио простор неуједначеним одлукама судова. Ми још немамо судску праксу која би нам указала на могуће садржаје стандарда. Ипак, наслоном на досадашњу праксу судова и правну теорију, особито компаративну, могли би рећи да су „донијете" све покретне ствари које је гост донио у просторије у којима угоститељ пружа угоститељске услуге, без обзира да ли је гост власник ствари или само њихов посједник или детентор. Осим тога, код „донијетих" ствари није потребна сагласност угоститеља

(6) Према Европској конвенцији сматрају се унијетим у хотел: а) ствари које се налазе у хотелу за све вријеме док путник располаже смјештајем; б) ствари над којима хотељер или особа за коју он одговара преузима надзор ван хотела за вријеме док путник располаже смјештајем; в) ствари над којима хотељер или његови људи преузимају надзор у хотелу или ван њега у „разумном времену трајања" прије или послије времена у коме путник располаже смјештајем. Convention Européenne sur la responsabilité des hôteliers quant aux objets apportés par les voyageurs. Paris 1962., чл. 1. Анеха. У истој редакцији преузето је дефинирање унијетих ствари у Нацрту међународне конвенције о уговору о хотелским услугама (чл. 15).

за њихово уношење, а нити предходно обавјештење од стране госта, али је битно и потребно да ствари уђу у угоститељски објект. Отуда, често ће ствари госта, добити или не, правни статус „донијетих" зависно о ужем и ширем схваћању угоститељског објекта. Поменимо да традиција, судска пракса и правна теорија упућују на широку интерпретацију кад под угоститељским објектом подразумјевају не само просторе које користи гост сам или заједно са осталим гостима (соба, ресторан, терасе и т. сл.) већ и све попратне објекте који су у функцији дјелатности угоститеља (паркиралишта, плаже, базени, депандансе, гараже и т. сл.). (7) По тексту закона у угоститељски објект ствари доноси „гост". А гост је свака особа која користи, и док користи услуге угоститеља. Отуда, ствари: особља угоститеља или других особа којима се служи у извршењу својих обвеза, особа које посјећују госте, особа које изводе радове у објекту, пословних сурадника угоститеља и т. сл., немају статус „донијетих" ствари. Укратко, њихове су ствари extra negotium cauponis.

Гранични случај представљале би ствари госта које угоститељ преузима на аеродрому, у луци, на аутобуској или жељезничкој станици, дакле, прије него ли су унијете у угоститељски објект, или кад преузима ствари од особа које још немају својство госта, јер претходно нису склопиле са угоститељем уговор (нису рјечником пословне праксе резервирале услуге). Томе сличан је и случај са стварима особа које су ушле у угоститељски објект и затражиле услуге, али угоститељ није у могућности прихватити њихову понуду (нема слободних соба, столова у ресторану и т. сл.). Код разматрања таквих и сличних случајева у компаративној правној пракси и теорији мишљења су подијељена. Дио француске правне праксе и теорије сматра да ствари преузете од угоститеља ван објекта, претстављају „донијете" ствари, док други, претежњи, оспорава им то својство и сматра да њихово оштећење треба разматрати или унутар уговора о пријевозу или обичног уговора о остави, јер све до момента док се ствари не унесу у угоститељски објект, такве радње људи угоститеља нису типично угоститељске, а ни гост још ефективно не борави у угоститељском објекту. (8) У швицарској судској пракси и њемачкој правној теорији и пракси судова те ствари имају статус „донијетих" (чл. 701., ст. 2. т. 2. BGB). Полази се од становишта да је успостављањем односа између ствари и угоститеља створена претпоставка

(7) A. Visco, Nota, Studi di giurisprudenza, Nuovo diritto, 1970, стр. 44. Наша се судска пракса приклања таквом схваћању. Тако у пресуди Врховног суда СРХ, изнијето је становиште да „за постојање посебне одговорности угоститеља у погледу ствари које унесу њихови гости није одлучно да су ствари унијете у основни смјештај и објекат. Једнака одговорност угоститеља постоји и онда кад су ствари унешене у покрајне и споредне просторије, па и у оне које нису физички везане за главни објекат (као што су на пр.: гараже, помоћне просторије и сл.), поготово у случају кад је сам угоститељ ставио на располагање такву просторију у сврху да у њу унесе своје ствари". Пресуда В.С.Х., Гж-2732/69. од 19. 03. 1970. Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске у год. 1970., Загреб 1970., стр. 9.

(8) J. P. Couturier, o. c., стр. 394; R. Rodière, o. c., стр. 44; R. Gajac, La responsabilité civile d'hôtellier, Paris, 1936., стр. 116.

за ризик. (9) Овом мишљењу приклања се и наша судска пракса. (10) Свакако ове разлике долазе добрим дијелом и отуда што ставови и мишљења полазе од различитих основа одговорности угоститеља (од уговора о угоститељским услугама, преко уговора о угоститељској остави као акцесорног или самосталног, до вануговорне одговорности). Под изразом „ствари" треба подразумијевати све покретне ствари које гост донесе. Ипак, прихватљиво је мишљење Couturiera да то не могу бити ствари које угоститељ није обвезан примити, као изузетно гломазне и неприличне ствари или које су шкодљиве и подобне да нанесу штету гостима и угледу угоститеља (дивље животиње, експлозив, ствари неугодног мириса итд.). (11) Међу стварима које данас највише привлаче пажњу правника несумњиво је аутомобил госта. У правној теорији раширено је мишљење да аутомобил није мање особна ствар госта од његовог кишобрана или одијела и да већ, зато неминовно улази у поље „донијетих" ствари. К томе, правни писци истичу да не би било правично лишити угоститеља бриге и старања о највриједнијем дијелу имовине госта. (12). Међутим, у компаративном законодавству нема те једнодушности. Има текстова који изричито предвиђају да се под „донијетим стварима" госта не подразумијевају возила, ствари остављене у њима, ни живе животиње. (13) Ово искључење одговорности угоститеља правда се бројним разлозима. Истиче се потреба разликовања уговора о угоститељским услугама и уговора о гаражирању возила. Томе додају да би велика вриједност возила изискивала знатно помјерање граница одговорности угоститеља, а тада повећани ризик не би био у сразмјери с ниском цијеном пружених услуга. Осим тога, примјећено је да је аутомобил за проузрочене штете ионако покривен осигурањем и т. сл. (14)

---

(9) При томе у њемачком праву није значајно да ли је између госта и хотељера склопљен уговор. Видите ближе: Cohn, Manual of german law, 1968., vol. 1, стр. 148; Rapport sur le contrat d'hôtellerie, Etude XII — Doc. 9, UNIDROIT., Rome 1974., стр. 45. У талијанском праву сматра се да је основ одговорности у уговору, међутим, постоји и мишљење да је одговорност угоститеља вануговорна, и да ријечи „клијент", „гост" не треба тумачити као „уговорна страна", већ шире као особе које долазе угоститељу с намјером да прибаве услуге које се нуде јавности. Отуда, мисли овај аутор, „ушијете" су ствари госта који тек тражи смјештај, без обзира да ли ће његова понуда бити прихваћена или не. R. Miccio. Dei singoli contratti, Torino, 1966, стр. 42.

(10) „Одговорност угоститеља и хотељера за штету на стварима настаје од тренутка кад су они или њихови намјештеници и послуга преузели ствари од појединих лица као њихових будућих гостију, а не од тренутка када су та лица уписом у књигу путника и формално примљени као гости. Пракса је, да послуга угоститељских подузећа преузима ствари путника још на жељезничкој или паробродској станици, далеко од угоститељске радње или хотела и док путник формално још није примљен за госта, али и у случају штете на стварима која се деси од станице до угоститељске радње одговара угоститељ, а не само пошто су уништене у угоститељску радњу." Пресуда Врховног суда НРБиХ, Гж. 382/53.

(11) J. P. Conturier, о. ц. стр. 352; Посебне уланце у угоститељству предвиђају забрану увођења животиња, „запаљивог, експлозивног и материјала с непријатним мирисом и слично" (уз. 29. и 30).

(12) V. Geri, о. ц. стр. 100; R. Rodière, о. ц. стр. 44; Ph. Tourneau, La responsabilité civile, Paris, 1972, T. I., стр. 339.

(13) § 701 стр. 4. БГБ; чл. 7 Анекса Европске конвенције о одговорности хотељера за ствари које су унијели путници, Париз, 1962.; Section 2 (c), Hotel Proprietors Act 1956. (Енглеска); чл. 1954 Белг. ГЗ.; чл. 20., т. б. Нацрта Међународне конвенције о уговору о хотелским услугама.

(14) Rapport sur le projet d'UNIDROIT pour une loi uniforme, 1935, L'Unification du droit, Projet II, стр. 21; Rapport sur le contrat d'hôtellerie, 1974, UNIDROIT, Etudes XII — Doc. 9, стр. 42.

Мањи број закона има одредбу којом изричито убраја аутомобиле у „донијете ствари", али обично уз испуњење посебних увјета. (15) Остали нама познати грађански законици не садрже одредбе које би се посебно односиле на возила. Њима се је придружио и ЗОО. Међутим, судска пракса и правна теорија тих земаља сматра да је аутомобил, као и свако друго моторно возило, „донијета ствар", ако је смјештен на површину над којом угоститељ има контролу и која представља интегрални или зависни дио угоститељског објекта (двориште, паркиралиште угоститељског објекта и т. сл.). (16) У француској теорији и правној пракси истакнуто је и мишљење да аутомобил треба третирати као „донијету" ствар и кад је смјештен на јавној површини (цести, насипу и т. сл.), у близини угоститељског објекта (обично испред), али само ако гост није могао смјестити своје возило на за то одређеним површинама (гаража или паркиралиште су заузети), а смјестио га је ван објекта по упутама угоститеља или његових људи. (17)

3. Одговорност и њено искључење

По чл. 724. угоститељ је као оставопримац ограничено одговоран за оштећење или нестанак донијетих ствари госта. Понуђени текст правној теорији и пракси неизбјежно доноси питање: какву одговорност је ЗОО намјенио нашем угоститељу? Бар и сумарни компаративни преглед, сматрамо, могао би бацити више свјетла на постављено питање и бити од драгоцјене користи при изналажењу дужног одговора. У француској правној теорији и пракси једнодушно је мишљење да хотељер и с њим асимилирани угоститељи преузимају, у односу на унијете ствари госта, обвезу чувања која је обвеза резултата. Отуда одговарају за свако оштећење или уништење унијетих ствари, осим ако докажу да је штета проузрочена вишом силом. (18) Редактори Европске конвенције и Преднацрта Међународне конвенције сматрају хотељера одговорног за професионални ризик, а ослобођење одговорности везују за вишу силу и друге разлоге које познаје и наш ЗОО. (19) У италијанској правној теорији мишљења су подијељена. По једном, заступљеном код старијих правних писаца, одговорност хотељера је посљедица пропуштене пажње

(15) Sektion 6 (2), Hotel Proprietors Act, 1963, Ирске, под увјетом да је хотељеру, или овлашћеној особи хотељера, познато присуство аутомобила; У закону којим модифицира чл. 1952 — 1954 С. С., француски законодавац изричито предвиђа да су хотељери одговорни за оштећење или нестанак ствари остављених у аутомобилима паркираним на мјестима која су у њиховом посједу и употреби. Тим прије те се одредбе односе и на сам аутомобил. Сличну одредбу садржи уз 27. т. 4 наших Посебних узанси у угоститељству.

(16) V. Geri, o. c. стр. 96 — 104; M. Fragali, o. c. стр. 979; C. Bourseau, La Gestion hôtelière, Париз, 1977, стр. 1015; Према пресуди Врховног суда Хрватске „хотелско подузеће одговара свом госту за штету коју претрпи услијед тога што му је украден аутомобил кога је по упути хотелског службеника оставио на хотелском паркиралишту" Пресуда ВСХ, — 2654.73 од 27. VI 1974.

(17) J. P. Couturier, o. ц., стр. 403—405;

(18) H .L. J. Mazeaud, Leçons de droit civil, Париз, Том III, стр. 667; R. Rodière, o. ц. стр. 44; J. P. Couturier, o. ц., стр. 427. Слично мишљење код нас заступа професор Богдан Лоза, Види: Б. Лоза, Облигационо право, Сарајево, 1961, стр. 245.

(19) Avant-projet de Convention sur le contrat d'hôtellerie, UNIDROIT, Rome, 1976, стр. 232.

у чувању унијетих ствари. (20) За друге одговорност је објективна. (21) У новијој литератури распрострањено је мишљење да је одговорност угоститеља облик „законски усмјерене одговорности", која није субјективна (јер се игнорира кривица угоститеља) ни објективна (јер се не тражи строги однос материјалног каузалитета између понашања угоститеља или његових људи и штете) већ да би настала довољно је да се штета реализира у правној сфери угоститеља који обавља угоститељску дјелатност у угоститељском објекту и његовим депанденсама. (22) У закључку могло би се рећи, да ма колико да су различита, мишљења правних писаца у једном су сагласна: за штету проузрочену донијетим стварима госта угоститељ одговара и кад није крив, што више, може се ослободити одговорности само доказом у закону набројаних разлога међу којима је и виша сила схваћена као ванјски догађај који се није могао отклонити ни избјећи.

Нашем угоститељу ЗОО је намјенио положај оставопримца, који, за разлику од обичног оставопримца, нема ствари госта у детенцији, због чега обавеза чувања подразумјева и подузимање мјера контроле и надзора у угоститељском објекту како би се избјегле штете на донијетим стварима госта. Укратко, угоститељ је обвезан пажњом доброг привредника или доброг домаћина, подузети неопходне мјере подобне да спријече губитак или оштећење донијетих ствари госта, што је и циљ угоститељске оставе. Међутим, како се по ст. 2. чл. 724. угоститељ може ослободити одговорности тек ако докаже да је пропаст или оштећење ствари проузрочено догађајем који се никаквим мјерама или средствима није могао избјећи или отклонити, дакле, доказом да је околност која је проузрочила штету по себи таква да се објективно, као изванредна и атипична мора сматрати неотклоњивом, то ће угоститељ бити одговоран и за штете проузрочене догађајима који измичу и надилазе пажњу доброг привредника или доброг домаћина, због штетних догађаја који су требали бити под његовом контролом, јер су се реализирали унутар његове економско-правне сфере, иако му се не могу уписати у кривицу. Дакле и наш угоститељ треба сносити одговорност за случајне штете, или боље за ризик. (23) Тако, да илустрирамо примјером, угоститељ неће бити одговоран за штете на донјету ствар госта проузрочене пожаром или поплавом која је наишла на угоститељски објект, пљачком изазваном терористичким нападом или ратним догађајима, али бит ће одговоран за штете проузрочене пуцањем цијеви водовода, пожаром изазваним кваром електричне инсталације, крађом коју је извршио други

(20) M. Fragali, o. ц. стр. 982—983; Код нас: Б. Благојевић, Посебни дио Облигационог права, Београд, 1939, стр. 204.

(21) R. Miccio, o. ц., стр. 45; Код нас: С. Цигој, Облигације, Љубљана, 1976, стр. 408.

(22) V. Geri, o. ц., стр. 124; P. Trimarchi, Instituzioni di diritto privato, Милано, 1975, стр. 322.

(23) Кад наш угоститељ не би одговарао за случајне штете, већ само за штете које му се могу уписати у кривицу, онда не само да би био једини угоститељ на свијету који би уживао кумулативно погодности квалитативно(субјективна одговорност) и квантитативно (одговорност до одређене суме) ограничене одговорности, већ, како одговара по ст. 3. чл. 274. неограничено „ако је штета настала његовом кривицом", ни теорија ни судска пракса не би могле знати код ће угоститељ одговарати ограничено, а кад неограничено.

гост, особа која улази у угоститељски објект, па чак и кад аутор краће није познат. Само, као што је то чест случај код примјене одговорности за ризик занимања, ЗОО истовремено предвиђа и границе њене примјене и тиме ублажава одговорност угоститеља. Наиме, по ст. 1. чл. 724. угоститељ је одговоран за нестанак или оштећење донијетих ствари госта највише до суме од десет хиљада динара. Ограничена одговорност повлачи и питање: да ли се ограничење односи на сваку насталу или оштећену ствар или на све ствари које је гост донио у угоститељски објект, и друго, да ли се ограничење односи на сваки штетни догађај или на све штетне догађаје који су погодили ствари госта за вријеме боравка у угоститељском објекту? Из природе ограничене одговорности произлази да се она односи на све донијете ствари госта, јер кад би се односило на сваку поједину ствар, ограничење би се до те мјере могло мултиплицирати да би изгубило сваки смисао и функцију. Што се другог питања тиче, треба сматрати да се ограничена одговорност везује за сваки штетни догађај, а не све који су погодили ствари госта за вријеме боравка у угоститељском објекту. Кад тако не би било, и кад би се ограничење односило само на један штетни догађај, а не и све друге који су послије њега задесили ствари госта, били би у присуству посебног случаја неодговорности угоститеља, што је противно духу чл. 727. и чл. 724. ЗОО.

Да би због оштећења или нестанка ствари гост могао ангажирати одговорност угоститеља, потребно је да чим открије оштећење о томе без одлагања обавјести угоститеља (чл. 726). Ова одредба претставља конкретизацију начела савјесности и поштења, јер заиста, само на вријеме обавјештен хотелијер може утврдити обим и карактер штете, подузети мјере за смањење штете а и подузети радње за остварење регресних права према одговорним особама. (24)

У случају спора, довољно је да гост докаже да су ствари оштећене у угоститељском објекту и обим претрпљене штете, па да угоститељ буде за њу ограничено одговоран. Међутим, ако гост успије доказати и кривицу угоститеља или особа за које он одговара (чл. 726), односно, ако се утврди да је штета настала кривњом угоститеља или кривњом особе за коју одговара (чл. 724. ст. 3. in fine), не само да ће гост моћи поставити оштетни захтјев иако није о штети обавјестио угоститеља, него се угоститељ неће моћи више позивати на погодности ограничене одговорности предвиђене ст. 1. чл. 724. При томе, истиче се у компаративној правној теорији да кривица угоститеља подразумјева само намјеру или грубу немарност. (25)

Разлозима који искључују одговорност угоститеља за „донијете" ствари госта ЗОО посвећује пуну пажњу. Најприје у ст. 2. чл. 724. пре-

(24) М. Бартош, Међународна хотељерска одговорност, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1935, бр. 3, стр. 273 и 274.

(25) V. Geri, о. ц. стр. 111; M. Fragali, о. ц., стр. 967.; Европска конвенција у чл. 2. тач. д., допушта могућност да хотељер у том случају ограничи своју одговорност, али посебним писменим договором потписаним од госта који ће имати учинак тек под увјетом да кривица хотељера није намјерна или „кривица еквивалентна долусу".

двиђа искључење одговорности, ако је оштећење или пропаст ствари проузрочена:

а) *„услијед околности које се нису могле избјећи или отклонити"*. Примијетимо да редакција текста не поставља захтјев „страног узрока", као што је то учињено на пр. у чл. 671. ст. 1. ЗОО. Ако то није редакцијска грешка, поставља се питање: да ли околности које искључују одговорност угоститеља требају бити схваћене као догађај који се на један објективан начин никаквим мјерама угоститеља нису могли отклонити или избјећи, без обзира да ли су ванјски или произлазе из унутрашње правне сфере угоститеља, или је пак интенција редактора у потреби да се отклоњивост догађаја разматра са становишта угоститеља чија је одговорност у питању, дакле са становишта да ли је конкретни угоститељ и поред своје највеће брижљивости могао својим средствима и мјерама спријечити настајање штетног догађаја. У том случају угоститељ се ослобађа одговорности ако докаже да ни поред своје пажње доброг привредника или доброг домаћина није могао отклнити нити спријечити штетни догађај. Излази, да за штетне догађаје који представљају типичне ризике занимања (крађа коју је извршио други гост) наш угоститељ не би био одговоран. Сматрамо да се оваквој, али могућој интерпретацији, одупиру: традиција, модерна компаративна схваћања, наша судска пракса а што је најзначајније, потребе и захтеви савременог живота.

б) *„услијед неког узрока у самој ствари"*. Овај разлог искључења одговорности познају тек новији грађански законици и бројне конвенције из области транспортног права, одакле су га, мислимо, преузели и редактори ЗОО. У сваком случају за угоститеља је користан и правичан, јер да њега нема, тешко би било прихватити макар и ограничену одговорност угоститеља за оштећења изазвана природним својствима или маном ствари које су само донијете у угоститељски објект, над којима гост, а не угоститељ врши непосредни надзор, и држи у свом посједу. И управо због тога што нема ствари у посједу не само што најчешће не познаје њихову природу или мане, него и кад би их познавао не би био у могућности спријечити или смањити штетне посљедице. Искључење, дакле, налази свој основ у немогућности да угоститељ и највећом пажњом и назором спријечи или смањи штету.

в) *понашањем госта, особе које доводи или га посјећују*. Постављајући ово правило законодавац је пошао од претпоставке да је гост независно од угоститеља сам одабрао особе којима се ближе окружује, због чега треба сносити ризик штете које му такве особе проузроче. Осим тога особе које окружују госта у угоститељском објекту имају из обзира гостопримства, већу слободу кретања, која се осталим особама, особито у објектима намјењених ноћивању редовито ускраћује, па на извјестан начин измичу свакој контроли и надзору угоститеља, због чега би било неправично оптеретити га одговорношћу за штете проузроче госту њиховим понашањем. Тим прије треба бити искључена одговорност угоститеља ако је штета настала понашањем самог госта. При томе под „гостом" требало би подразумјевати особу која користи услуге

угостителља; а под „особама које је гост довео" чланове његове породице и особе којима се служи у обављању занимања (секретарице, кореспонденти, дактилографкиње, возачи и т. сл.) без обзира да ли оне истовремено користе или не услуге угостителља. „У посјет" долазе у правилу особе изван угоститељског објекта, али могу то и други гости (на пр. посјета госта у соби хотела). Примјетимо да текст ЗОО код искључења одговорности угостителља употребљава термин „понашањем" госта и њему асимилираних особа. Тиме су редактори ЗОО препустили интерпретацију овог термина судовима који ће требати сами одредити врсту и ступањ кривице коју угоститељ мора доказати да би искључио своју одговорност. У талијанском праву (чл. 1784 ГЗ) хотелијер може искључити одговорност само ако докаже намјеру или грубу немарност госта или њему асимилираних особа. К томе, у талијанској теорији, рашireno је мишљење да треба постојати и директна каузална веза између понашања тих особа и штете која такво понашање треба имати за једини и искључиви узрок. (26) И у француској правној теорији и пракси захтјева се „тијесна" каузална веза са штетом а „непажња госта треба да је таква да без ње не би било штете", што судови своде на долус и грубу немарност. (27) Ипак, талијанска и француска судска пракса сматрају да је могућа и подјељена одговорност госта и угостителља. (28)

4. Основ одговорности

Док су посебну, пооштрену одговорност угостителља за нестанак или оштећење донијетих ствари госта прихватили готово сви правни системи, дотле о правном основу из кога она извире таква једнодушност у теорији није постигнута. У правној теорији правне писце можемо подијелити углавном у двије групе: на присталице вануговорне и присталице уговорне одговорности. По првима, да би дошло до одговорности угостителља, није потребан никакав уговор између госта и угостителља, довољно је да се успостави фактички однос угостителља и ствари госта, да ствари буду унијете и оштећене. (29) При томе међу аргументима којима подупиру свој став посебно истичу одговорност угостителља за ствари које су унијели гости који не могу уговорну способност, као и одговорност за штету коју проузроче остали гости угостителља који се не могу сматрати угоститељеви помоћници за чије би радње угоститељ могао одговарати из уговора. (30) Осим тога, по њима, гост је не само особа која користи услуге угостителља, већ и свака која

(26) V. Geri o. ц. стр. 126; M. Fragali, o. ц., стр. 986; У том смислу и чл. 846 § 1. Пољ. Г. З.

(27) J. P. Couturier, o. ц., стр. 434.

(28) Види пресуде: Supra nota 25 и 26.

(29) К. Зупанчић, Zakonita odgovornost hateliriev za prinesene stvari gostov, Љубљана, 1966, стр. 5; С. Цигој, Kontrakti in reparacije, Љубљана, 1973, стр. 184.

(30) Д. Аранђеловић, Одговорност гостионичара према путницима због претрпљене штете у гостионици на унесеним стварима, Београд, 1906, стр. 7; A. Gams, Одговорност за радње трећих лица у приватном праву, Београд, 1940, стр. 108. На вануговорну одговорност упућује § 433 Цеск, Г. З, § 701 БГБ.

има само намјеру користити услуге као и особа која их више не користи. (31) Нешто је већи број присталица уговорне одговорности угоститеља. Ови аутори, осим што се позивају на текстове закона и истичу у прилог свог става могућност угоститеља да ограничи или искључи одговорност, што не би могао кад би његова одговорност била вануговорна. (32) Међутим правни писци који прихваћају уговор за основу одговорности угоститеља разилазе се код питања његове правне природе. Из мноштва понуђених квалификација могуће је издвојити најприје ауторе по којима одговорност угоститеља за донијете ствари госта има свој извор у различитим врстама уговора о остави. Тако углавном француски правни писци, полазећи од чл. 1952. сс., сматрају да је гост, који не може слободно бирати ни познавати репутацију, угоститеља, уносећи ствари у угоститељски објекат склопио са угоститељом уговор о нужној остави (depozitum miserabile). (33) Једна друга група аутора држи да је угоститељ госту одговоран из обичног уговора о остави. Додуше ова квалификација има своје нијансе. По једној, уговор о остави је самостални уговор. (34) По другој узгредан у саставу уговора о пансиону као мјешовитог уговора. На крају, мањи број аутора сматра да је закључен посебан уговор о остави тзв. угоститељска остава и то било да представља саставни дио мјешовитог уговора, (35) било да је аутономни уговор дистингвиран од осталих уговора који везују госта и угоститеља. (36) У правној теорији, особито новијој, уговору о остави као основу одговорнсти угоститеља за донијете ствари госта упућују се оштри приговори. Примјећују правни писци да гост не предаје ствари, односно да угоститељ не постаје детентор донијетих ствари, да му није позната њихова вриједност, да не смије извршити њихову идентификацију, да није обвезан вратити ствари, укратко, да недостају битни елементи уговора о остави, због чега тај уговор као основ одговорности треба напустити. Ови правни писци сматрају да је угоститељ с гостом закључио само уговор о хотелским услугама, из чије комплексне садржине уз остале преузима и обвезу надзора и бриге над имовином госта донијетом у хотел. (37) З.О.О. директно спомиње основ одговорности угоститеља за унијете ствари госта и сматра да је то уговор о угоститељској остави у коме се угоститељи „сматрају оставопримцима" (ст. 1 чл.

(31) R. Miccio, o. ц., стр. 42; Позивом на § 701. Б.Г.Б. и бројни њемачки писци. Види: P. Klein. Rechtshandeungen im engeren Sinne. München, 1912, стр. 39.

(32) M. Fragali, o. c., стр. 984; V. Geri, o. c., стр. 90.

(33) Aubry et Rau. Droit civil français. Paris. 1951. T. VI. стр. 183; R. Savatier, Traité de la responsabilite civile en droit français, Paris, 1951, I. I, стр. 171; J. Gombert, Des rapports juridiques entre hôteliers, aubergistes et voyageurs, Lille. 1900. стр. 134; A. Sarraute, Rapports juridiques entre l'hôtelier et le voyageur modernes, Paris, 1911, стр. 91.

(34) E. Casati, G. Russo. Manuale del diritto civile italiano, Torino, 1950. стр. 617.

(35) Б. Благојевић, Посебни дио облигационог права, Београд, 1939, стр.203; С. Јакшић, Облигационо право, Сарајево, 1953, стр. 127; С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1973, стр. 549.; М. Вуковић, Обвезно право, Загреб, 1954. Т. II стр. 135.

(36) Campogrande, Sul carattere giuridico del deposito in albergo, La Legge, 1906, цит. према: A. Giovene. Il „contratto d'albergo", Rivista del diritto commerciale, Милано, бр. 3—4/1940, стр. 158.; Б. Лоза, Облигационо право, посебни дио, Сарајево, 1971, стр. 160.

(37) M. Fragali, o. c., стр. 982; V. Geri, o. c., стр. 667; Редактори Европске конвенције и Напрта међународне конвенције о хотељерском уговору. Rapports sur le contrat d'hôtellerie, Rome, 1974, стр. 21.

724). Свакако као посебан случај оставе, угостителъска остава има и своје специфичности којима се разликује од редовите оставе. У првом су реду својства контрахената: угостителъска остава везује само госта и угостителъа. При томе ЗОО дефинирање „угостителъа" препустио је одредбама посебних закона, а појам „госта" правној теорији и пракси. Мада несигурно, могли би сматрати гостом особу која користи услуге угостителъа, или прецизније, особу која са угостителъем закључује уговоре чији је предмет у пружању угостителъских услуга (уговор о хотелским услугама, уговор о кампирању, уговор о рестаурантским услугама и т. сл). Отуда се угостителъска остава не појављује никад као самостални, главни уговор, што је њена друга посебност. (38) У једном ширем, а не правнотехничком смислу, угостителъска остава је и нужна, јер прати сваки уговор о пружању угостителъских услуга. И заиста, бар начелно, нити угостителъ може бранити госту доношење ствари, а нити је могуће замислити госта који користи угостителъеве услуге, а не уноси ствари у угостителъски објект (бар одијело и ципеле). Излази, с друге стране, да ни ствари свих особа самим тим што су ушле у угостителъски објект нису „донијете" ствари. Ризике строге одговорности угостителъа законодавац је везао за добит коју остварује пружањем услуга госту. (39) И најзад, посебност је угостителъске оставе, што гост „донијете" ствари не предаје угостителъу, па ни угостителъ их није обвезан вратити госту: (чл. 712 ст. 1). Накнада штете коју угостителъ дугује за случај оштећења или нестанка ствари је санкција за повреду обвезе чувања ствари која се готово исцрпљује у подузимању мјера пажње, бриге и надзора над угостителъским објектом у коме се ствари налазе. Отуда и мишљење у правној теорији да обвеза угостителъа да чува донијете ствари госта извире из уговора о угостителъским услугама, а не уговора о угостителъској остави.

II. Одговорност за „предате" ствари госта

Да би безбрижније користио услуге или иначе постигао већу сигурност за поједине ствари, гост их може предати угостителъу „на чување" (чл. 724 ст. 3). С друге стране угостителъ је дужан ићи у сусрет госту и примити ствари чије посебно чување тражи (чл. 725). Излази да ствари на чување може предати угостителъу гост и то само док има својство госта. Бар начелно, угостителъу може бити повјерена било која ствар, али под увјетом, да већ има својство донијете ствари. Када гост затражи угостителъ је дужан примити ствар, чувати је са пажњом доброг привредника или доброг домаћина и вратити на захтјев госта. У пословној пракси предају ствари обично прати издавање потврде, легитимационог знака који омогу-

(38) Немајући правну самосталност, уговор о угостителъској остави је у саставу мјешовитог уговора, комбинирани или акцесоран уговору чији је предмет у пружању угостителъских услуга. Супротно мишљење види: Б. Лоза, о. ц., стр. 160.

(39) Да није тако ни угостителъска остава не би била онерозни правни посао, па ни угостителъ дужник пажње доброг привредника или доброг домаћина, (ст. 1 чл. 714).

ћује госту да кад жели подигне предате ствари. Ако предата ствар буде оштећена или нестане кривицом угоститеља или особа за које одговара, гост постаје вјеровник накнаде штете. При томе, а то је потребно нагласити, одговорност угоститеља је квантитативно неограничена (чл. 724 ст. 3). Да би ангажирао одговорност угоститеља довољно је да гост докаже, потврдом или на други начин, да је ствар предао угоститељу код кога је нестала или оштећена. Међутим, гост није дужан обавјестити угоститеља о насталој штети (чл. 726). Напротив, начело савјесности поштења суд налаже угоститељу оставопримцу дужност обавјештавања госта о насталој штети на предатим стварима. ЗОО у чл. 725, ст. 1 ставља у дужност угоститељу да прими ствари на чување кад год то гост затражи. Међутим, може угоститељ одлучити да не прими ствари госта. Обзиром на значајне правне посљедице које одбијањем могу наступити, потребно је разликовати оправдано од неоправданог одбијања. У присуству смо оправданог одбијања кад угоститељ не хтједне примити ствари, јер не „располаже прикладним просторијама за њихово смјештање или њихово чување прелази његове могућности из каквог другог узрока" (чл. 725 ст. 1). У правној теорији и пракси поставит ће се питање каквим садржајем треба испунити тако широке појмове, стандарде, као што су: „прикладна просторија", чување које „прелази могућности угоститеља", а напосе у чему су „други узроци" који би могли несусретљивост угоститеља учинити оправданом. Код тако широких појмова ми немамо сигуран критериј помоћу кога би могли одредити када угоститељ нема прикладне просторије за смјештај ствари госта, па ће то зависити од оцјене судије већ према околностима сваког посебног случаја. На пр. према посебним прописима сви угоститељи који се баве примањем гостију на ноћивање у за то предвиђеним објектима, морају имати „осигурано чување ствари од вриједности и пртљага", а хотели А категорије „сефове за чување ствари од вриједности". (40) Ако сад гост затражи од угоститеља у хотелу А категорије да прими на чување позамашну суму новца, драго камење или накит веће вриједности, а угоститељ то одбије примити, такво одбијање требат ће квалифицирати као неоправдано. Међутим, ако гост затражи то исто од угоститеља у једном скромном ресторану, гдје пословни обичај налаже само примање ствари у гардеробу, јер нема „прикладних просторија за њихов смјештај", одбијање угоститеља бит ће оправдано. Прелазило би чување могућности угоститеља ако би гост захтјевао предају неке животиње, чије чување је за угоститеља увијек тешко, не толико због недостатка просторија, колико због неадекватности опреме и неспремности особља да прими на чување толико неуобичајену ствар. Исто би могло бити са предајом ствари које су потпуно или дјелимично опасне за ствари других гостију или чије би чување изискивало посебна знања угоститеља или чија вриједност прелази значај угоститељског објекта. Свакако, опће појмове које садржи текст чл. 725. треба схватити као гипке

(40) Чл. 7. тач. 21 и чл. 9. ст. д тач. 21 Правилник о категоризацији угоститељских објеката за смјештај, С. Л. СФРЈ, бр. 26/1967.

директиве и једно индикативно набрајање, чије ће садржаје испуњавати пословна пракса и суд према захтјевима времена водећи рачуна о природи ствари, категорији, врсти и значају угоститељског објекта и о пословним обичајима који прате угоститељску дјелатност. Ако угоститељ не прими ствари госта, а одбијање је оправдано, одговоран је госту ако нестану или буду оштећене као и за све друге донијете ствари госта, дакле ограничено. Међутим, ако се одбијање покаже неоправдано, угоститељ „дугује потпуну накнаду штете", дакле одговара неограничено. Поставља се у правној теорији питање, да ли се неоправданим одбијањем мултиплицира пооштрена одговорност угоститеља или је само повријеђена обавеза да прими ствари из уговора који је био дужан закључити, па одговара неограничено али само ако му се оштећење или нестанак може приписати у кривицу? По једним правним писцима, одговорност је субјективна, јер одбијањем да прими ствари угоститељ је створио „једно ненормално стање у праву" изазвано његовом кривицом (41), односно, јер није испуњена једна његова уговорна обавеза. (42) По другима кад гост затражи пријем ствари угоститељ се ставља пред избор или да прихвати ствари и за њих одговара неограничено према правилима уговора остави или да одбије њихов пријем, у ком случају одговара неограничено према правилима предвиђеним за донијете ствари. (43) Истиче се да између одбијања угоститеља и евентуалног оштећења или нестанка ствари не постоји каузални нексус. Ако наступи штета, тада је проузрочена понашањима или околностима (на пр. крађа, оштећење изазвано понашањем другог госта или посјетника угоститељског објекта) које се не могу приписати у кривицу ни угоститељу ни особи за коју он одговара, али извјесно улазе у сферу обухваћену професионалним ризиком. (44) Осим тога, сматрамо, да у прилог таквог мишљења говоре и разлози правичности. Не би требало угоститељу који је неоправдано одбио примити ствари госта, пружити могућности да се у случају њиховог оштећења ескулпира доказом одсуства кривице своје или особа за које одговара. Пооштрена и неограничена одговорност била би посљедица повећаног ризика кога је сам створио и чије посљедице треба да сноси. Потенцирана пооштрена одговорност спријечава да се изазвани повећани ризик пребаци на госта, који би у супротном случају оштећења или нестанка ствари био лишен заштите: кад би претрпљена штета на стварима прелазила квантитативно ограничење до кога угоститељ одговара. Поменимо, да посебне узансе предвиђају дужности пријема ствари госта само за угоститеље који се баве пружањем услуга „смјештаја или пансиона", и то на све ствари које доноси гост у угоститељски објект, као што то дозвољава ЗОО (чл. 725 ст. 1) већ само „новац и ствари од вриједности". (45) Отуда, ако би угоститељ у моменту

(41) М. Бартош, о. ц., стр. 273.
(42) V. Geri, o. ц., стр. 64.
(43) G de Gennaro, Commentario al codice civile di D. Amelio e Finci, Contratti speciali, Firenze, 1948, T. II., стр. 675 и 686.
(44) M. Fragali, o. ц., стр. 988. И по новели чл. 702. БГБ, одговорност се угоститеља „не може опростити ни за случај", ако је оштећење, уништење или губитак погодио ствари „чије је преузимање у оставу супротно пропису чл. 702, ст. 3. отклонио."
(45) уз. 27 Посебне узансе у угоститељству, Сл. 1. СФРЈ, бр. 28/63.

закључења уговора са гостом изричито стипулирао примјену посебних уланси (чл. 1107 ст. 3) његова одговорност за неоправдано одбијање пријема ствари била би или сужена (угоститељи који примају госте на ноћивање) или чак отклоњена (остали угоститељи). У правној теорији не постоји слагање међу правним писцима око питања основа одговорности угоститеља за ствари предате на чување. За писце који одговорност хотелијера за донијете ствари налазе да извире ex lege, сматрају да за предате ствари на чување извире из истог основа (46) или из уговора о хотелским услугама као мјешовитог уговора који у себи садржи и елементе уговора о остави. (47) Други аутори за које обвеза чувања донијетих ствари извире из уговора о хотелским услугама, налазе да однос који настаје између госта и угоститеља поводом предатих ствари на чување треба разматрати унутар посебног, али увијек акцесорног уговора о остави. (48) Француски правни писци који одговорност угоститеља за донијете ствари темеље на уговору о нужној остави, налазе да се предаја ствари врши на основу обичног уговора о остави. (49) Наши теоретичари сматрају да је предаја као и само доношење ствари у угоститељски објект предметног истог уговора о угоститељској остави. (50) На јединствени правни основ упућује истовјетност субјеката у обвезном односу и хомогеност прописа којима је институт угоститељске оставе регулиран. С друге стране, неспорно је да грађански законици, па и ЗОО, познају два комплементарна али различита правна режима одговорности угоститеља: „за донијете" и за ствари „предате на чување". Већ и сумарна упоредба бит ће довољна да их уочимо. Тако: 1. одговорност угоститеља за „донијете ствари" начелно је пооштрена (без кривице) и ограничена, док за „предате ствари" субјективна или неограничена. 2. Одговорност за донијете ствари прати сваки уговор о угоститељским услугама, док за предате ствари тек и ако буду уручене угоститељу. 3. Одговорност за донијете ствари може бити ангажирана већ њиховом уношењу од стране госта у угоститељски објект (51), а за предате тек њиховим уручењем угоститељу. 4. Донијете ствари доносе угоститељу обвезу чувања и надзора, а њена се повреда разријешава нак-

(46) С. Цигој, Контракти и репарације, Љубљана, 1973, стр. 183.

(47) P. Miccio, о. ц., стр. 44.

(48) M. Fragali, о. с., стр. 967; V. Geri, о. с., стр. 64; J. P. Couturier, о. с., стр. 350; Ово мишљење имају и коментатори чл. 2. Европске конвенције и чл. 16 Преднацрта међународне конвенције о уговору о хотелским услугама, Види: Avant-projet de covention sur le contrat d'hôtellerie, Rome, UNIDROIT, 1976, стр. 232.

(49) Р. Гајац, о. ц., стр. 113; J. Gombert, о. ц., стр. 134.

(50) Б. Благојевић, о. ц., стр. 204; С. Перовић, Облигационо право Београд, 1976, стр. 502; М. Вуковић о. ц., стр. 135; Б. Лоза, о. ц., стр. 160.

(51) Присталице уговора не одговорности угоститеља за донијете ствари често кажу, да одговорност угоститеља може бити ангажирана тек ако су ствари унијете у угоститељски објект. Тај став добрим дијелом је посљедица схваћања да се уговор о угоститељским услугама склапа „доласком особе у хотел". Међутим, то није једини начин на који се може склопити уговор. Напротив, данас гост долази да прими услуге на темељу већ раније склопљеног уговора (уговор о угоститељским услугама на темељу потврђене резервације, уговора о алотману и сл.), па и његове ствари које угоститељ преузима ван угоститељског објекта треба сматрати „донијетим стварима" госта. Присталице одговорности угоститеља ex lege сматрају да су ствари донијете и кад их унесе у угоститељски објекат и особа која тек има намјеру бити гост. Сматрамо да ово мишљење отвара врата великим злоупотребама и прелива строгу одговорност угоститеља преко циљева и потреба због којих је она заснована. На тај начин заштиту угоститеља добиле би особе које своје ствари оставе у угоститељски објект, на пр. аутомобил на паркиралишту, па кад ствари буду оштећене или украдене, утврде да су имале намјеру постати гости.

надом штете. Предајом ствари, угоститељ преузима обвезу пријема ствари, чувања и враћања in natura на захтјев госта, а тек ако се оштети или нестане дугује накнаду штете. Не упућују ли већ и ове разлике на несигуран закључак да смо код одговорности угоститеља у присуству два правна основа: оставе као саставног дијела сваког уговора о угоститељским услугама за „донијете ствари" и инцидентне, али увијек акцесорне оставе за ствари „предате на чување"?

III. Закључак

Најприје треба истакнути да су прописи које нам у материји одговорности угоститеља за ствари нуде редаткори ЗОО, подударни са модерном теоретском мисли и рјешењима која можемо срести у новијем упоредном законодавству. Неограниченој одговорности угоститеља за донијете ствари госта, коју познају правила предратних грађанских законика, (§ 970 ОГЗ III новела; § 580 СГЗ, чл. 391 ОИЗ), а по њима и посебне узансе (уз. 27), законодавац је претпоставио строжу, али у правилу ограничену одговорност (чл. 724). Поред тога понашање особа које је гост довео или су му дошле у посјету и узроци у самој ствари, разлози су искључења одговорности угоститеља које не познаје наше раније законодавство (осим ОИЗ који у чл. 392 предвиђа могућност искључења одговорности „за штете учињене од путникове пратње, па му то биле слуге, својта или другови"). Неограничену одговорност за предате ствари може угоститељ отклонити оправданим одбијањем да их прими на чување. Ипак, сматрамо да се правилима ЗОО посвећених угоститељу могу упутити и неке замјерке. Строга одговорност угоститеља за донијете ствари госта већ је традиционално везано за хотељере и друге угоститеље који примају госте на ноћење. Сматра се да су гости док користе услуге тих угоститеља присиљени оставити своје ствари у просторијама угоститељског објекта и на тај начин повјерити их на чување угоститељу који то може и знаде постићи јер има организацију која му омогућује контролу и надзор над угоститељским објектом, особљем, другим гостима и особама које улазе и излазе из објекта (портири, ноћни чувари, чувари паркиралишта и т. сл.). Међутим, ЗОО протегнуо је строгу одговорност хотељера на све угоститеље па и оне у чијим објектима нити је уобичајена нити је могућа таква контрола и надзор. На који начин може вршити контролу и надзор у свом објекту угоститељ који води ресторан или крчму на жељезничкој станици или на аеродрому? Боље је било остати код рјешења Нацрта ЗОО који је строгу одговорност за донијете ствари везао за угоститеље који примају госте на смјештај, а помоћу гипке одредбе чл. 742 давао могућност судовима да према конкретним околностима, врстама услуге и пословним обичајима који прате пружање тих услуга, прошире одговорност хотељера и на угоститеље који се баве „сличним дјелатностима". Такво је рјешење било ближе ставовима наше судске праксе и потребама, и могућностима и пословним обичајима нашег угоститељства. Осим тога, пропис

чл. 728. предвидео је право задржања само за угоститеље који примају госте на ноћење. Право задржања дато је хотељерима из више разлога: у њихова здања улазе гости које они не познају, чију солвентност не могу провјерити, којима пружање својих услуга у правилу не могу ускратити, а к томе, право задржавања претставља и компензацију хотељера за терет строге одговорности коју преузима над донијетим стварима госта. Правичност је налагала да се на све угоститеље пренесе, из истих разлога са теретом пооштрене одговорности и право задржања ствари које су гости донијели.

др Вјекослав Шмид

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ УМАЊЕЊА ЖИВОТНИХ АКТИВНОСТИ

Опште напомене

Телесне повреде изазване деликтном радњом ограничавају животну моћ организма кад утичу на способност кретања, вршења физиолошких функција, обављања свакодневних радњи и послова, бављења позивом или спортом, упражњавања одређених навика и предузимања других активности којима се задовољавају биолошке и интелектуалне потребе човека.

Овакво умањење животних активности вишеструко нарушава емоционалну односно психичку равнотежу жртве и тиме је излаже нематеријалној *штети.* (1) Закон о облигационим односима, ову штету дефинише као наношење физичког или психичког бола или страха (члан 200, став 2). То, другим речима, значи да неимовинска штета настаје у личности жртве као д о ж и в љ а ј физичког бола, психичког бола или страха.

Физички бол је непријатан осећај кога оштећени трпи услед телесних повреда или болести. Он се различито доживљава, јер може да „тишти", „пече", „завија", „кљује", „боде", „пробада", „врти", „дара", „чупа", „кида", и др. Сваки физички бол, без обзира на порекло, одликује се интензитетом и трајањем, што зависи од узрока којим је изазван и од сензитивног апарата жртве.

Душевни бол је патња коју оштећено лице доживљава због нарушавања телесног интегритета, здравља, изгледа, угледа части, слободе и права личности као и због смрти или инвалидности блиског лица.

Страх је непријатно осећање које оштећени реактивно доживљава у стању властите опасности у које је доведен радњом другог. То осећање прате органске промене у вегетативним функцијама и мимичке реакције у моторици. Судови често праве разлику између примарног и секундарног страха: „Примарни је онај страх који настаје при непосредном очекивању штетног догађаја а секундарни је страх до кога долази након штетног догађаја због бојазни за властиту судбину." (2) Ова подела је без практичког значаја јер су оба вида релевантна „кад

(1) Проф. др Обрен Станковић, Новчана накнада неимовинске штете, 1968. године, стр. 7.

је проузрокован страх нарочито интензиван а поремећај њим изазван трајније природе." (3)

Према члану 200. став 1. Закона о облигационим односима, накнада нематеријалне штете досуђује се за претрпљене физичке болове, душевне болове и страх, с тим што се накнада за претрпљене душевне болове односи на штету због: 1) умањења животне активности, 2) наружености, 3) повреде угледа, части, слободе или права личности и 4) смрти блиског лица.

Овде ће, разуме се, бити речи само о накнади штете због умањења животне активности. Овај вид неимовинске штете је најзначајнији како по последицама које изазива тако и по висини накнаде која оштећеном припада.

I. Садржина штете

Умањење животне активности постоји онда кад услед телесне повреде или друге штетне радње „наступи немогућност или смањена могућност функционисања органа, тако да је смањена функционалност организма, или једног његовог дела, те повређени не може вршити, или може вршити тек уз појачане напоре и тегобе, опште животне функције и активности, као што су кретање, вршење свакодневних радњи у животу, обављање физиолошких функција, задовољавање других општих и уобичајених потреба и интереса у животу итд." (4)

Закон о облигационим односима, видели смо, полази од тога да се овај вид нематеријалне штете огледа у душевним боловима. Штета због умањења животне активности не може се, међутим, објаснити само на овај начин. О сложености и суптилности појма ове штете говори решење Врховног суда Југославије Рев-228/68. од 6. XII 1968. године: „Умањење опште животне способности (5), као последица телесног оштећења односно оштећења здравља, по правилу, представља посебан вид штете, другачији од штете која се појављује у виду страха, физичког бола претрпљеног приликом повреде и лечења, или телесне унакажености. Умањење опште животне способности подразумева да су као последица повреде оштећени односно ослабљени елементи људског организма тако да он не може да врши нормалну и пуну животну активност, односно да су природне, животне манифестације организма умањене у односу на стање пре настанка повреде. На тај начин људски организам не може нормално, без тешкоћа и сметњи, да врши функције које би иначе могао да врши. — У таквом оштећеном односно ослабљеном стању организма могу се код оштећеног јавити физички болови

(2) Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске за 1968. и 1969. годину, одлука бр. 99.

(3) Пресуда Врховног суда Југославије Рев-261/69. од 30. X 1969. године (Збирка судских одлука, књига XV, свеска I, одлука 50).

(4) Пресуда Врховног суда Југославије Рев-320/69. од 9. XII 1969. године (Збирка судских одлука, књига XV, свеска II, одлука 143).

(5) Умањење животне активности се у пракси често назива „умањење опште животне способности" (примедба аутора).

или болови душевног значаја (депресивно душевно стање, трпљење, патња и друго)..." (6)

Доживљај штете због умањења животне активности одликује се, дакле, својеврсним сажимањем разних видова неимовинске штете у јединствен, посебан вид штете. У пресуди Врховног суда Југославије Рев-324/69. од 9. XII 1969. године каже се: „То је вид неимовинске штете, који се у суштини манифестује као физички бол, или као психички бол, или као обе те врсте бола уједно, што их повређени трпи услед смањене функционалности и активности свог организма или због напора које мора улагати да би вршио покрете, обављао радње и задовољавао обичне, редовне, свакодневне потребе и интересе." (7) Штета због умањења животне активности најчешће се испољава као трајно стање физичких или душевних болова, односно физичких и душевних болова заједно, али се може јавити и као трајно стање страха које се испољава или самостално или у симбиози са осталим видовима неимовинске штете.

Досуђивањем накнаде штете за умањену животну активност проузроковану телесном повредом, оштећени не губи право на посебну накнаду штете за физичке болове, страх и душевне болове због наружености. Физички болови и страх су посебан основ за накнаду неимовинске штете кад трају ограничено време, док се душевни болови због наружености, и ако трајног карактера, тичу искључиво нарушавања естетског изгледа жртве. Ови видови накнаде досуђују се поводом саме повреде односно лечења, док се накнада за умањену животну активност досуђује поводом трајних последица повреде на остваривање животних функција, потреба и интереса. „Стога, кад се утврди да постоји умањење опште животне способности, у начелу има места посебној накнади штете за страх, за бол претрпљен приликом наношења телесне повреде или за време лечења, као и за унакаженост. Накнада за ове облике штете није обухваћена у накнади за умањење опште животне способности." (8)

II. Испољавање штете

Умањење животне активности може се испољавати на два начина: или као појачан напор у вршењу животних активности или као губитак односно смањење неких животних активности. (9) Ови начини испољавања штете се не искључују. Напротив, они се прожимају и, по правилу, јављају заједно. (Лице које је услед повреде изгубило ногу трпи због појачаних напора при кретању али и због немогућности да се бави одре-

(6) Збирка судских одлука, књига XIV, свеска I, одлука 33.

(7) Збирка судских одлука, књига XV, свеска II, одлука 143.

(8) Решење Врховног суда Југославије Рев-228/68. од 6. XII 1968. год. (Збирка судских одлука, књ. XIV, свес. I, одлука 33).

(9) Проф. др Обрен Станковић: Накнада за појачане напоре и за умањење животне активности, 1972. година, стр. 3 и Накнада штете у облику ренте 1975. године, стр. 17. — Др Зоран Ивошевић: Накнада штете због повреда радника на послу, 1976. година, стр. 219.

ћеним спортом.) О њима говоримо посебно само да бисмо их боље упознали. Дакле, из педагошких разлога.

А. Појачани напори у вршењу животних активности

Лице са телесним оштећењима или нарушеним здрављем животне активности врши уз појачане напоре. Интензитет тих напора зависи од карактера и тежине телесног односно здравственог оштећења а утврђује се уз помоћ вештака. (10)

Појачани напори се манифестују у т е г о б а м а којима је оштећени изложен у животу и при раду. Њихово порекло је у физичким боловима при предузимању животних активности које се морају вршити, у страху од предузимања тих активности и у психичким патњама због тога се те активности више не могу предузимати без тешкоћа.

Штета због појачаних напора тиче се свих активности оштећеног: и оних у обичном животу и оних на раду. У ранијој судској пракси било је случајева да се појачани напори на раду узимају у обзир при досуђивању материјалне штете због умањења радне способности. (11) Овакву праксу критикује пресуда Врховног суда Југославије Рев-156/71 од 22. VI 1971. године: „Повећани напори у раду који су условљени оштећењем организма и који су, услед тога, потребни у циљу постизања извесног радног успеха и, у резултату, извесног личног дохотка, не представљају имовинску штету... Повећани напори услед оштећења организма појављују се, пак, као неимовинска штета и као такви улазе у оквир умањења тзв. опште животне способности, па се и накнада за повећане напоре квалификује као накнада за неимовинску штету. То вреди и у случајевима кад је потребно улагање повећаних напора у раду којим се стиче лични доходак (односно у раду који има привредни значај). То значи да накнада за умањење тзв. опште животне способности, као вид неимовинске штете, обухвата не само накнаду за оно што оштећени трпи услед ослабљења организма и његових функција приликом задовољавања својих непосредних животних потреба и уопште у непривредном раду, него и накнада за повећане напоре у раду којим се стиче доходак (односно у привредном раду уопште)" (12) Исти став изражен је и у пресуди Окружног суда у Београду П-1035/71 од 15. XII 1971. године: „Досуђена накнада за умањену општу животну способност

(10) Ево како то изгледа на примеру из пресуде Окружног суда у Београду П-1384/70 од 20. I 1971. године: „Вештачењем је утврђено да... поремећаји трајно и дефинитивно умањују општу животну способност тужиоца за 75%... Због крајње неупотребљивости леве ноге и у великој мери отежаног ходања и стајања, због деформације кичменог стуба, знатног поремећаја физиолошких особина и анатомских односа између осовине трупа и карлице, функционалност и покретљивост тужиочевог организма сведена је на најмању меру, тако да он уз изразито појачане напоре и тегобе врши уобичајене животне активности...". (Из Архиве Окружног суда Београда).

(11) Те случајеве наводи проф. др Обрен Станковић у књизи Накнада за појачане напоре и за умањење животне активности, стр. 12 — 20.

(12) Збирка судских одлука, књига XVI, свеска III, одлука 340.

конзумира све тегобе којима је тужиља изложена у свакодневном животу а то, без сумње, значи и за време рада." (13)

Пошто је радна активност једна од основних животних активности, појачани напори на раду и у свакодневном животу не могу се, дакле, раздвајати. (14)

Б. Губитак односно смањење неких животних активности

Губитак или смањење неких животних активности односи се на немогућност или смањену могућност оштећеног да врши односно упражњава активности којима је раније био испуњен његов живот. Немогућност вршења одређених животних функција и активности произилази из природе телесног оштећења или болести. Код губитака дела тела та немогућност је најчешће несумњива. У осталим случајевима немогућност или смањена могућност вршења животних функција односно активности утврђује се, по правилу, путем вештака.

Штета се огледа у перманентном душевном болу због немогућности или смањене могућности организма да врши одређене животне функције односно активности, као што су: рађање, говор, вид, кретање, бављење одређеним занимањем, послом или спортом, упражњавање навика и др. (15) Доживљај штете је трајан и јавља се као последица осиромашења живота.

III. Одређивање накнаде

Према члану 200. Закона о облигационим односима, за нематеријалну штету због умањења животне активности оштећеном припада правична новчана накнада. Суд ову накнаду досуђује ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова (физичких и душевних) и страха и њихово трајање, то оправдавају. При том води рачуна о значају повређеног добра у циљу коме служе накнаде, али и о томе да се не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

А. Природа и сврха накнаде

Новчана накнада није противвредност за телесно или здравствено оштећење, нити је приватна казна за штетника. У тој накнади функције

(13) Из архиве Окружног суда у Београду.

(14) У том смислу и проф. др Обрен Станковић: „Разграничење између једних и других појачаних напора је врло релативно и немогуће га је извести до краја. Појачани напори у раду нису ограничени на посао на радном месту већ се односе и на рад ван радног места, а ван радног места ће бити тешко, чак и немогуће разликовати шта је посао sticto sensu а шта је свакодневни живот". (Накнада за појачане напоре и за умањење животне активности, стр. 12).

(15) Отуда се у одлуци Врховног суда Југославије Рев-294/73. од 29. X 1973. године и каже да штета због смањене опште животне способности настаје услед тога што оштећени „не може нормално да врши све функције организма као што су нормално ходање, обављање дневних телесних потреба, бављење спортом итд.". (Билтен Врховног суда Југославије, бр. 38, стр. 59 — 60).

новца је „чисто техничка", (16) јер његовим посредством оштећени треба да прибави неку пријатност, неку радост, неко духовно, чулно или интелектуално задовољство не би ли на тај начин успоставио емоционалну односно психичку равнотежу какву је имао пре штетног догађаја. (17) Накнада овог, и сваког другог, вида неимовинске штете строго је личног карактера. Она се доживљава, као што се доживљава и сама штета. Доживљај накнаде је, међутим, пријатан а доживљај штете непријатан. Накнада неимовинске штете не може увек довести до ранијег емоционалног односно психичког стања, али се њена сврха остварује и кад се штетне последице само ублажавају. Отуда се она и јавља као сатисфакција а не као потпуно обешећење. Овакво објашњење накнаде неимовинске штете доминира у нашој правној доктрини. (18) Да је на њему изграђена и пракса судова сведочи одлука Врховног суда Југославије Рев-352/72. од 29. XII 1971. године: „Колико год давањем неке новчане суме, као задовољење за неимовинску штету коју оштећени трпи, није могуће ту штету у потпуности отклонити, ипак... треба тежити да се новчаним износом омогући оштећеном прибављање извесног задовољства у животу, задовољства којим ће се, што је више могуће, ублажити патња што притискује човеков живот због претрпљених телесних повреда. То је смисао и циљ новчаног задовољења за неимовинску штету. Изнад свих осталих случајева то треба да важи код таквих телесних повреда услед којих и сама физичка егзистенција људске личности у својим најбитнијим елементима долази у питање." (19) О сврси накнаде говори и пресуда Врховног суда Војводине Гж-470/69. од 26. III 1970. године: „Новчача накнада за неимовинску штету заснива се на животном искуству да се оно зло које се оштећеном лицу проузрокује у виду психичког поремећаја може, уопште узевши, отклонити тако да се омогући развијање позитивних психичких осећања пружањем извесног задовољства, радости, доброг расположења и сл." (20)

Б. Релевантне околности

Околности случаја оправдавају досуђивање накнаде ако је умањење животне активности довело оштећеног до озбиљног поремећаја емоционалне односно психичке равнотеже. Јер, „када је проузрокован психички поремећај мањег значаја, тада он нормално сам по себи престаје, па у таквом случају нема оправдања за давање нак-

(16) Проф. др Обрен Станковић: Новчана накнада неимовинске штете, 1968. године, стр. 110.

(17) Проф. др Обрен Станковић: исто дело, стр. 31.

(18) Проф. др Михаило Константиновић: Накнада моралне штете. Политика од 25. XII 1938. године и Облигационо право, скрипта 1965. године, стр. 88; Др М. Калођера: Накнада неимовинске штете, 1941. године; Др В. Спасић: Питање накнаде неимовинске штете у нашем праву, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1 — 2/53, стр. 120 — 129; Проф. др П. Шкорић: Нека питања сатисфакције за моралну штету, Правни живот бр. 9 — 10/69, стр. 11 — 18; Ј. Стојић: Саветовање о накнади неимовинске штете у Врховном суду Југославије, Наша законитост, бр. 4/68, стр. 280 — 286; Др Зоран Ивошевић: Накнада штете због повреда радника на послу, 1976. године, стр. 201; Проф. др Слободан Перовић: Предговор Закону о облигационим односима, 1978. године, стр. 65.

(19) Билтен Врховног суда Југославије, бр. 34, страна 23.

(20) Зборник судске праксе бр. 1/71, одлука 39.

наде." (21) Умањење животне активности утврђује се медицинским вештачењем а исказује процентом. Граница преко које се поремећај емоционалне односно психичке равнотеже сматра озбиљним не може се, међутим, одредити само на основу тог процента. Она се утврђује у сваком конкретном случају а зависи и од природе телесног односно здравственог оштећења, узраста, радног века, ситуације у породици и других околности које утичу на интензитет физичког или психичког трпљења. (22)

Све ове околности узимају се у обзир и при одмеравању висине накнаде. На то указује и одлука Врховног суда Југославије Рев-101/73. од 23. IV 1973. године: „Приликом одмеравања новчане сатисфакције због смањења опште животне способности узимају се у обзир све околности које су од значаја за величину патњи, тегоба, појачаних напора и других психичких болова којима је повређени, због оштећења тела односно здравља, оптерећен у конкретним условима живота и рада, а такође и дужина људског века односно дужина трајања психичких болова." (23)

Висина накнаде не зависи, дакле, само од медицински утврђеног процента умањења животне активности, већ од тога у којој се мери умањење животне активности одражава на целокупан живот оштећеног. (24)

Посебну пажњу заслужује питање: да ли имовинске прилике утичу на висину новчане накнаде штете? У пракси судова изграђен је став да слабо имовно стање штетника може утицати на смањење накнаде ако би он исплатом пуног износа запао у тешку оскудицу, али под условом да штета није причињена намерно или крајњом непажњом. (25)

Много је сложеније испитати утицај имовинских прилика оштећеног на висину новчане накнаде. Постоји схватање да се сврха новчане накнаде нематеријалне штете не може одвајати од имовинских

(21) Одлука Врховног суда Војводине Гж-470/69. од 26. III 1969. године (Зборник судске праксе бр. 1/71., одлука 39).

(22) Изгледа да ту границу најчешће не треба тражити кад је животна активност умањена испод 5%. У пресуди Врховног суда Србије Гж-5476/72. од 28. XII 1972. године стоји: „Животна активност оштећеног смањена је за 0,5% због губитка два природна зуба и замене истих вештачким је такве природе да не може бити основ за накнаду овог вида нематеријалне штете". (Зборник судске праксе, бр. 9 — 10, одлука 1019). Пресуда истог суда Гж-5713/72. од 26. XII 1972. године изражава следећи став: „Умањење животне активности од 3,3% је незнатно па, према томе, не даје право лицу са таквим умањењем животне активности на накнаду за овај вид неимовинске штете". (Зборник судске праксе, бр. 9 — 10, одлука 1018).

(23) Билтен Врховног суда Југославије, број 37, страна 48.

(24) У решењу Врховног суда Југославије Рев-228/68. од 6. XII 1968. године каже се „да накнада за умањење опште животне активности, и по основу и по висини, зависи, поред других околности, и од степена тог умањења и, нарочито, од мере и интензитета у ком се то умањење у конкретном случају одражава на живот оштећеног, колико му проузрокује тегобе, патње и слично". (Збирка судских одлука, књига XIV, свеска I, одлука 33).

(25) У том смислу: пресуда Врховног суда Југославије Рев-356/71 од 29. XII 1971. године и пресуда Врховног суда Словеније Пж-456/71 —2 од 17. IX 1971. године (Билтен Врховног суда Југославије, бр. 34, стр. 24), пресуда Врховног суда Србије Гзз-348/70. од 12. III 1971. године (Збирка судске праксе, бр. 2 — 3/71, одлука 264). — На Саветовању грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија-представника грађанских одељења републичких судова од 18. и 19. VI 1968. године заузет је следећи правни став: „Приликом одређивања накнаде за неимовинску штету узимају се у обзир, у разумним границама, имовинске прилике одговорног лица" (Билтени Врховног суда Југославије, број 23, стр. 7).

прилика и општег стандарда оштећеног. По њему, задовољства која досуђена накнада треба да омогући зависе од „конкретног начина живота, конкретних навика и конкретних критеријума у задовољавању материјалних и културних потреба. Дакле, у крајњој линији, имовинских прилика и општег стандарда оштећеника. Лица која трпе по врсти и интензитету једнаке неимовинске штете, неће једнаким сумама новца прибавити ефективно једнака задовољства, ако се њихови стандарди битно разликују." (26) Чини се да се овакав став не инспирише у довољној мери сврхом новчане накнаде неимовинске штете. Емотивна, чулна и друга унутрашња задовољства зависе од жеља човека а оне не извиру из материјалног већ из д у х о в н о г б о г а т с т в а личности. Задовољства треба одвајати од свакодневних потреба а жеље од могућности. Жеље су импулс духовне вокације а од материјалних могућности зависи само њихово остваривање. Могуће је да лице чија је животна активност умањена (на пример, студент), располаже великим интелектуалним богатством упркос скромним материјалним условима у којима живи. Уколико таквом лицу накнада буде одређена према његовим имовинским приликама, оно неће моћи да прибави она задовољства која би, с обзиром на његову ерудицију и обдареност, битније утицала на поновно успостављање емоционалне односно психичке равнотеже. Стандард у коме је оштећени задовољавао своје потребе не мора, дакле, да одговара садржини његових жеља чијим се остваривањем постиже сврха накнаде неимовинске штете.

У судској пракси преовладава схватање да се накнада штете може одредити само поводом дефинитивног умањења животне активности. Овакав став онемогућава остваривање права на накнаду за време лечења и то је његов основни недостатак. Животна активност лица са тешким телесним оштећењима највише је умањена баш у току лечења када они, услед везаности за постељу због немоћи организма, вегетирају, остварујући само минимум животних функција и то уз велике напоре и туђу помоћ. Инсистирање на дефинитивном умањењу животне активности искључује могућност досуђивања накнаде управо за најтеже поремећаје емоционалне односно психичке равнотеже у оквиру овог вида штете, који, и ако привременог карактера, понекад могу трајати и више година. Изгледа да је у пракси ово већ уочено јер има одлука по којима се накчада признаје и за привремено умањену животну активност. Таква је и одлука Врховног суда Србије Гж-1344/73. од 18. XII 1973. године: „Накнада штете за привремено смањену животну активност може се у изузетним случајевима досудити под условом да је ово смањење врло високог степена и да постоји могућност отклањања истог после извесног времена лекарском интервенцијом." (27) — Сматрамо да досуђивање

(26) Проф. др Обрен Станковић: Новчана накнада неимовинске штете, 1968. године, стр. 31. — У том смислу и др Марија Тороман: Одмеравање накнаде штете у грађанском праву, 1969. године, стр. 102 и проф. др Владимир Јовановић: Осигурана сума и накнада из осигурања као обавезног осигурања у саобраћају (реферат на Симпозијуму о одговорности и осигурању у друмском саобраћају одржаном у Београду 5. и 6. XII 1974. године — страна 16. материјала).

(27) Зборник судске праксе, бр. 13 — 1474., одлука 1354.

накнаде штете за привремено умањену животну активност треба да буде правило а не изузетак. Поред ове накнаде оштећеном би, разуме се, припадала и накнада штете за дефинитивно умањење животне активности. Ово умањење животне активности по правилу је мањег степена од оног за време лечења јер престаје после рехабилитације.

Приликом одлучивања о праву на накнаду нематријалне штете и њеној висини, мора се водити рачуна и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом (члан 200. став 2. ЗОО). Такво упозорење садржи и пресуда Врховног суда Југославије Гз-29/66. од 23. VI 1966. године: „Могућно је — и у пракси је таквих случајева било — да се третирана накнада тражи из лукретивних мотива, али та могућност... намеће дужност да се таквим захтевима не даје места у судским одлукама, да судови буду опрезни код расправљања спорова ове врсте и да нађу начина да се такве тенденције сузбијају. Занемаривање тог аспекта ствари несумњиво би компромитовало институт неимовинске штете у целини." ([28])

В. Облик накнаде

Природи штете због умањења животне активности одговара правична новчана накчада у паушалном износу. Она се не односи само на штету коју је оштећени доживео или коју доживљава, већ и на штету коју ће у будућности доживљавати (члан 203. ЗОО). Новчана накнада се, с обзиром на „околности случаја", досуђује по слободној оцени, у смислу члана 223. Закона о парничном поступку. ([29]) јер је немерљива егзактним мерилима. Накнада се исплаћује у једнократном износу пошто се тако потпуније може остварити њена сврха. ([30])

Правична накнада за умањену животну способност у судској пракси се утврђује према уобичајеним, просечним мерилима: узима се да је — у оквирима који су одређени значајом повређеног добра, узрастом, радним веком, породичном ситуацијом и другим околностима случаја — релеватан само онај поремећај емоционалне односно психичке равнотеже који у тим условима обично настаје. Овако одређена накнада штете треба, дакле, да оштећеном омогући прибављање таквих задовољстава која код лица истог узраста односно душевног развоја и при објективно истој тежини повреде, обично утичу на ублажавање поремећаја емоционалне односно психичке равнотеже. Овакав метод утврђивања накнаде одговара немерљивости штете на коју се односи.

([28]) Правни живот, бр. 5/66, стр. 81.

([29]) „Службени лист СФРЈ", бр. 4/74.

([30]) Проф. др Обрен Станковић наводи следеће разлоге: „Прво, ту је специфичност функције новчане накнаде неимовинске штете, функције која би била мање успешна ако би оштећенику стајали на располагању мањи износи, јер то аутоматски чини немогућом употребу сврхе до којих је оштећенику може, бити стало. Друго, овде не постоји ризик који иначе постоји код накнаде за изгубљену зараду, где се може десити да оштећеник који је одједном примио сву накнаду, ову брзо и нерационално потроши, иако није обезбедио будућност и будућност своје породице. Најзад, вероватно је од утицаја и околност што се величина штете не може прецизно мерити и што накнаду суд увек утврђује по слободној оцени". (Накнада за појачане напоре и умањење животне активности, стр. 42).

Постоји схватање да се за привремно умањење животне активности накнада, изузетно, може досудити и у облику ренте. Оно је изражено у пресуди Врховног суда Србије Гж-1344/73. од 18. XII 1973. године: „Накнада штете због умањења опште животне активности досуђује се, по правилу, у паушалном износу. Међутим, ако је у питању телесно оштећење које прогредира, а дефинитивно стање ће се знати тек после хируршке интервенције која треба да се изврши у догледно време, суд може, изузетно, досудити новчану накнаду штете по овом основу у виду месечне ренте. Таква одлука биће измењена тек кад стање телесног оштећења буде утврђено као дефинитивно". (31) — Сматрамо да ни у овом случају накнада за умањену животну активност не може бити одређена у облику ренте. Већ је речено да је у случају тешких повреда, животна активност у највећем степену умањења баш за време лечења односно пре предузимања одговарајућих медицинских интервенција. Пошто је и ова штета нематеријална, не може се приступити њеном отклањању пре него што, у одређеном интензитету и трајању, буде доживљена. Тешко је и ретко могуће да се штета највећег интензитета и њена накнада истовремено доживљују. Болесник који због тежине задобијених повреда није у могућности да предузима најелементарније животне активности, осим функција којима се живот одржава, не може доживети ни накнаду, јер је и за то потребна одговарајућа животна активност. У стању најдубљег доживљавања штете, кад су физички болови, душевни болови и страх најинтензивнији, оштећени не жели нити може да доживи задовољства која би била у складу са сврхом накнаде. Он ће их, у извесној мери, моћи да доживи тек када изађе из стања највеће изложености штети. Пошто се штета због привременог и штета због трајног умањења животне активности поводом истог штетног догађаја доживљавају различитим интензитетом, могуће је да се накнада за привремено умањење животне активности остварује упоредо и независно од накнаде за трајно умањење те активности. Било би, шта више, могуће да се и у оквиру привременог умањења животне активности утврде период и смањивање интензитета штете, (на пример до операције и после ње), па би се за сваки од тих периода утврдила посебна накнада. Каснији мање интензивни доживљај штете оставља простор за доживљај накнаде поводом претходног интензивнијег доживљаја штете. Досуђивањем накнаде за период најинтензивнијег доживљаја штете отпочиње се и са отклањањем штете у целини. У свим фазама привременог умањења животне активности накнада се остварује за доспелу штету. Отуда и нема оправдања да се досуђује у облику ренте. Овај облик накнаде Закон о облигационим односима, уосталом, предвиђа само за материјалну штету. (32)

Погоршања здравственог стања оштећеног после правноснажног досуђивања накнаде за трајно умањење животне активности, рађају, ако су последица раније повреде, нову штету, па самим тим и право на

(31) Савремена пракса, бр. 491/74., стр. 4.
(32) Накнада у облику ренте предвиђена је чланом 188. у оквиру института накнаде материјалне штете.

нову накнаду штете. У таквим случајевима ранија пресуда неће бити сметња за остваривање накнаде нове штете. Исто тако, ни пресуда о накнади штете за период привременог умањења животне активности (или део тог периода) неће бити сметња да се оствари накнада за штету до које дође касније.

Г. Урачунавање инвалиднине и суме осигураника у износ накнаде

Лица чији је телесни или здравствени интегритет нарушен често остварују инвалиднину или осигурану суму због последица какве несреће. Отуда је потребно определити њихов однос према накнади штете због умањене животне активности.

Инвалиднина је новчана накнада за губитак, битније оштећење или знатнију онеспособљеност појединих органа или делова тела који отежавају нормалну активност организма и условљавају веће напоре у остваривању животних потреба. (33) Већ и из њеног појма произилази да је она у комплементарном односу према накнади штете за умањену животну активност. Отуда се у износ те накнаде и урачунава. (34)

Техника урачунавања је нешто сложенија јер се инвалиднина исплаћује у месечним оброцима, док се накнада штете због умањења животне активности досуђује у једнократном износу. У пракси постоје више метода урачунавања: 1) обрачунско капитализирање инвалиднине, 2) обрачунско претварање накнаде штете у износ месечне ренте и 3) обрачун по слободној оцени.

Обрачунско капитализирање инвалиднине врши се путем вештака-актуара. Капитализирањем се, зависно од старости оштећеног и просечног људског века, обрачунава садашња вредност будућих исплата инвалиднине, па се потом, уз обрачун међукамата, утврђује њено учешће у отклањању укупне штете због умањене животне активности, односно висина накнаде која одговара непокривеном делу штете. (35)

Обрачунско претварање накнаде штете у износ месечне ренте је обрнут поступак. Ту се накнада штете обрачунски претвара у ренту

(33) Члан 24. Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања („Службени лист СФРЈ", бр. 35/72).

(34) У пресуди Врховног суда Југославије Рев-281/70. од 3. XI 1970. године стоји: „Тужилац је тражио да му тужено предузеће накнади штету ... због тзв. телесног оштећења односно смањења опште животне способности ... Оба суда су ту штету утврдила износом од 30.000 динара и оба налазе да од тог износа треба одбити оно што тужилац прима на име инвалиднине за телесно оштећење по основу инвалидског осигурања ... То је правилно јер се инвалиднина даје за исти вид штете за коју тужилац тражи накнаду ... јер се иста штета не може наплатити од фондова социјалног осигурања и учиниоца штете, пошто би овај због права регреса које имају фондови, морао исту штету платити два пута. Према томе, тужени би био обавезан да тужиоцу накнади у том делу само онај износ штете који није покривен примањима из социјалног осигурања" (Пресуду наводи Обрен Станковић у књизи Накнада за појачане напоре ..., стр. 25).

(35) На овај метод указује став са Саветовања судија грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија-представника грађанских одељења републичких и покрајинских врховних судова од 15. и 16. IV 1971. године (Збирка судских одлука, књига XVI, свеска II, стр. 22).

да би се редуцирала за износ инвалидчине а потом капитализирањем поново претворила у паушални износ. (36)

Урачунавање инвалиднине у износ накнаде путем слободне оцене врши се применом члана 223. Закона о парничном поступку. (37) При том се не обављају било какве обрачунске операције већ се при утврђивању накнаде износ инвалиднине само узима у обзир, заједно са осталим релевантним околностима. Овај метод се у пракси најчешће користи.

Поступак остваривања права на инвалиднину врши одређен утицај на поступак по тужби за накнаду штете. Тужба за накнаду штете не смтра се преурањеном ако инвалиднина није правноснажно утврђена, али је то претходно питање за одлуку о тужбеном захтеву. (38) Ако поступак остваривања права на инвалидчину није покренут, или је покренут али није окончан, суд може прекинути поступак до правноснажног утврђивања инвалиднине али претходно питање може решити и сам. У сваком случају евентуално право на инвалиднину узеће у обзир при утврђивању накнаде штете.

У накнаду штете за умањену животчу активност урачунава се, у одређеним случајевима, и сума која се по основу осигурања од последица несрећног случаја исплаћује за смањену животну способност. Такви случајеви се најчешће јављају код обавезног или факултативног колективног осигурања. (39) Осигурача сума се урачунава у накнаду само кад је премије уплаћивао штетник. Код обавезног колективног осигурања то је увек тако. Код факултативног осигурања не мора бити. Ако је премију осигурања уплаћивао оштећени, осигурана сума се не може урачунати у накнаду штете. О томе говори одлука Врховног суда Србије Гж-3268/67: „Ако се радник сам осигура за случај повреде на послу и сам плаћа премију за ово осигурање осигуравајућем заводу, онда радна организација која је одговорна за штету коју радник претрпи услед задобијене повреде на послу не може таквом раднику да у накнаду штете урачуна и оно што је добио од осигуравајућег завода и за тај износ мање му накнади штету. Радник у оваквом случају има право да кумулира и накнаду из осигурања и накнаду штете од одговорног лица". (40) Осигурана сума се не може урачунати ни онда ако је премије

(36) На овај метод указује проф. др Обрен Станковић у књизи Накнада за појачане напоре и за умањење животне активности, стр. 27.

(37) На овај метод такође указује став са поменутог Саветовања (Збирка судских одлука, књига XVI, свеска II, стр. 22).

(38) У одлуци Врховног суда Србије — Одељење у Новом Саду Гж-1134/67. каже се: „Ако оштећено лице у парници тражи накнаду штете због телесног оштећења и расправљањем се утврди да је наступило телесно оштећење од најмање 30%, онда суд мора расправљањем утврдити и то да је оштећени покренуо код надлежног завода за социјално осигурање поступак, па утврђену инвалидност узети у обзир код обавезивања штетника на накнаду штете" (Збирка судских одлука грађанског права, одлука 464).

(39) Обавезно колективно осигурање односи се, рецимо, на осигурање посаде ваздухоплова или професионалне ватрогасце. Факултативно колективно осигурање најчешће се односи на раднике у организацијама удруженог рада.

(40) Збирка судских одлука грађанског права, одлука 416.

уплаћивала организација удруженог рада али из средстава за личну и заједничку потрошњу радника. (41)

IV. Наслеђивање и уступање потраживања накнаде штете

Према члану 204. Закона о облигационим односима, потраживање накнаде нематеријалне штете, па и накнаде за умањену животну активност, прелази на наследнике само ако је признато правноснажном одлуком или писменим споразумом. Под истим условима, то потраживање може бити предмет уступања, пребијања и принудног извршења.

Пошто је накнада, неимовинске штете строго личног карактера, ова законска одредба захтева извесно прецизирање. Накнаду штете за умањену животну активност, као доживљај л и ч н о г задовољства, треба, наиме, јасно одвајати новчане суме као средства којим се то задовољство прибавља. Смрћу оштећеног дефинитивно престаје могућност личног доживљавања накнаде неимовинске штете, па се, ни у присуству правноснажне пресуде или писменог споразума, не може говорити о наследивости права на накнаду те штете. То, међутим, не значи да се не може наследити правноснажном пресудом или споразумом одређена свота новца која је требало да послужи као средство за остваривање накнаде. Та свота припада наследницима, али не као средство за остваривање накнаде, јер је они не могу доживети уместо умрлог претка, већ у општој функцији коју новац има. Наследив је, дакле, новац као ствар а не накнада као лични доживљај.

Код уступања потраживања правноснажном пресудом или писменим споразумом одређене накнаде, ствари стоје нешто другчије. И овде се не преноси право на накнаду штете за умањену животну активност, већ новчани износ који служи за остваривање накнаде. Међутим, тим уступањем остварује се и сама накнада неимовинске штете. Оштећени доживљава накнаду основом и мотивом уступања новчаног износа. Задовољство односно психичко олакшање оштећени може доживети и кад новчани износ накнаде уступи необезбеђеном детету, родитељу или другом лицу за чију судбину је забринут. Оштећени се психички растерећује и кад уступањем новчаног износа накнаде испуњава обавезе које има по основу зајма, кредита, правноснажне пресуде и сл. или пак штете коју је и сам другоме проузроковао.

V. Застарелост потраживања

Потраживање накнаде штете застарева за три године од кад је оштећени сазнао за одређени степен умањења животне активности и

(41) У решењу Врховног суда Хрватске Гж-3364/68 од 22. V 1969. године стоји: „Од оштетног захтева који радник истиче против радне организације нема се одбити износ који је оштећена радник примио као осигурнину на темељу колективног осигурања радника ове организације ако су премије биле плаћене из укупних средстава које је радна заједница издвојила за особне дохотке или из средстава фонда заједничке потрошње". (Преглед судске праксе Врховног суда Хрватске за 1968. и 1969. годину, одлука 107).

за лице које је штету проузроковало, а у сваком случају за пет година од кад је штета настала. Кад је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, потраживање накнаде застарева кад истекне рок одређен за застарелост кривичног гоњења, с тим што прекид застарелости кривичног гоњења повлачи и прекид застарелости потраживања накнаде штете.

Као дан сазнања за штету узима се дан када оштећени упозна садржину завршног извештаја лекара. Рок застарелости „не може почети пре него што се заврши медицинска рехабилитација, тј. пре него што се промене у организму повређеног не стабилизују у тој мери да се може у медицинском смислу речи говорити о релативно стабилизованом стању". (42)

Ако код оштећеног „наступи битно погоршање здравственог стања, као последица раније претрпљене повреде, онда би то представљало нови вид штете, у погледу којег застарелост тече од дана сазнања за ту штету". (43)

Закључци

Штета због умањења животне активности одликује се својеврсним сажимањем разних видова неимовинске штете. Штета се најчешће доживљава као трајно стање физичких или душевних болова, односно физичких и душевних болова заједно, али се може јавити и као трајно стање страха које се испољава или самостално или у симбиози са осталим видовима штете.

Умањење животне активности може се јавити као појачан напор при вршењу животних активности или као губитак односно смањење неких животних активности. — Појачани напори се манифестују у тегобама којима је оштећени изложен у животу и при раду. Њихово порекло је у физичким боловима при предузимању одређених животних активности, у страху од предузимања тих активности и у душевним патњама због немогућности да се те активности предузимају без тешкоћа. — Губитак или смањење неких животних активности односи се на немогућност или смањену могућност оштећеног да врши активности којима је раније био испуњен његов живот. Штета се огледа у перманентном душевном болу.

Накнада штете је строго личног карактера јер се може доживети само у личности оштећеног. Новчани износ није накнада већ средство да се накнада доживи прибављањем одређених задовољстава животних радости и других пријатних афекција.

Досуђивање накнаде је оправдано ако је умањење животне активности довело до озбиљног поремећаја емоционалне односно психичке

(42) Одлука Врховног суда Југославије Гж-4135/63 (Збирка судских одлука грађанског права, одлука 452).

(43) Одлука Врховног суда Србије Гж-5407/72. од 28. XII 1972. године (Савремена пракса, бр. 453/73., стр. 4).

равнотеже. Право на накнаду и висина њеног новчаног износа зависе од степена умањења животне активности, природе телесног односно здравственог оштећења, узраста, радног века и других околности које утичу на интензитет физичког или психичког трпљења. На висину накнаде могу утицати имовинске прилике штетника али не и оштећеног. Накнада се, по правилу, досуђује за трајно умањење животне активности. За привремено умањење те активности досуђује се изузетно.

У свим случајевима накнада се одређује у једнократном, паушалном износу. У ту накнаду се урачунава инвалиднина, као и сума осигурања коју оштећени оствари по основу осигурања од последица несрећног случаја уколико он сам није плаћао премију.

Право на накнаду престаје смрћу оштећеног јер накнаду само он може доживети. Новчани износ накнаде прелази, међутим, на наследнике (али у општој функцији коју новац има), уколико је утврђен правноснажном одлуком или писменим споразумом. Новчани износ накнаде оштећени може уступити другоме али тада, основом и мотивом уступања, доживљава и саму накнаду.

Потраживање накнаде застарева од дана сазнања за штету и учиниоца. Рок застарелости не може почети пре него што се промене у организму, од којих зависи степен умањења животне активности, не стабилизују.

др Зоран Ивошевић

САДРЖИНА ГАРАНТИЈЕ ЗА ИСПРАВНО ФУНКЦИОНИСАЊЕ КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ

Гарантија за исправно функционисање ствари првобитно је никла у пракси индустријски развијених земаља и то код уговора о продаји такозване „техничке робе". Законодавном регулисању подлеже тек у последњим деценијама овог века и то у земљама са социјалистичким друштвеним уређењем. (1) У земљама са развијеним капиталистичким тржиштем, гарантија је настала добровољно, вољом произвођача техничке односно индустријске робе и то из конкурентских разлога, јер производ са гарантијом и дужим гарантним роком успешније конкурише на тржишту, него производ без гарантије или са гарантијом, али са краћим гарантним роком. Међутим, у земљама у којима планска привреда има примат над слободним тржиштем (а то су по правилу земље са социјалистичким друштвеним уређењем) гарантија је настала принудним путем, под дејством императивне правне норме у тежњи законодавца да на овај начин побољша квалитет индустријских производа, како би се задовољиле савремене потребе купца на унутрашњем тржишту, као и захтеви светског тржишта, на коме конкуришу произвођачи земаља са дужом индустријском традицијом.

Промет такозване „техничке робе" чија је сврха да функционисањем задовољава потребе купца, у индустријски развијеним земљама дуго се одвијао по правилима која важе за промет покретних ствари. Однос се заснивао између продавца и купца продајним уговором, а продавац је одговарао купцу по општим правилима имовинског права за материјалне недостатке ствари, који су обухватали и неисправно функционисање. Међутим, убрзо се увидело да су ова правила недовољна када су у питању недостаци у функционисању. Разлога је за то било више. Прво, техничка роба има једно посебно својство за разлику од осталих ствари у праву, а то је да своју намену остварује једино функционисањем, радом и то по правилу благодарећи додатној енергији. Друго, приликом куповине техничке робе и уз највећу пажњу, купац није у могућности да установи недостатак у раду, због техничке и технолошке сложености

(1) Бугарска: Закон о уговорима између социјалистичких организација Народне Републике Бугарске из 1963; Чехословачка: Законик међународне трговине ЧССР из 1963. и Грађански законик из 1965; Немачка Демократска Република: Закон о уговорном систему у социјалистичкој привреди НДР (Закон о уговору из 1965; Пољска: Грађански законик Народне Републике Пољске из 1964; СССР: Грађански законик РСФСР из 1964.

ових ствари. Међутим, то је могуће у току њиховог функционисања, што са осталим стварима није случај. Треће, када се испољи недостатак у раду ових ствари, произвођач који најбоље познаје састав и функционисање својих производа, који због тога у погледу оправке најмеродавније може пружити помоћ купцу и који осим тога стиче огромне профите услед њихове знатне вредности, налази се ван домашаја дејства правила о одговорности за материјалне недостатке. Четврто, у такозвану „техничку робу", било добровољно, било принудно, произвођач прилаже и гарантни лист у коме даје изјаву о преузимању одређених обавеза, ако ствар неисправно функционише у току предвиђеног гарантног рока, чега код продаја осталих ствари, које не задовољавају потребе купца функционисањем, нема.

Наведени разлози, а и други, указују на чињеницу да правни промет „техничке робе" са гарантним листом не може бити идентичан правном промету осталих ствари у праву. Због тога су се поводом продаје „техничке робе" у пракси индустријски развијених земаља развила посебна правила о одговорности продавца за неисправно функционисање, индустријских производа са гарантним листом, која су се протезала и на произвођача и на увозника ових ствари. Временом, та правила су обухваћена институтом „гарантија за исправно функционисање" која су, како је речено ушла у правни живот социјалистичких земаља путем императивних прописа а у правни живот земаља са капиталистичким друштвеним уређењем једнострано изјављеном вољом произвођача (гарантни лист) или уговорним путем.

У нашем праву гарантија за исправно функционисање ствари имала је приближно једнак развојни пут као и гарантија у другим социјалистичким земљама. Она је у нас првобитно уведена такозваним подзаконским актима,(2) а много касније је регулисана и законом.(3) У овом тренутку, у југословенском правном систему, гарантију регулишу истовремено три закона (4) и једна Наредба (5) и то разнородним правним

---

(2) Први прописи о гарантији за исправно функционисање датирају из 1959. год., када је донета Наредба о одређивању услова под којима се могу стављати у промет поједини индустријски производи, „Сл. лист ФНРЈ" из 1959/25. Пар година касније донета је следећа Наредба о одређивању посебних услова под којима се могу стављати у промет поједини индустријски производи, која је објављена у „Сл. листу ФНРЈ" 1962/17. У току 1968. год. донета је још једна наредба о одређивању производа који се могу стављати у промет само са гарантним листом и производа за које морају бити обезбеђени сервисно одржавање и потребни резервни делови, која је објављена у „Сл. листу СФРЈ" из 1968/43. Много касније донете су још две наредбе: једна у току 1975. год., која је објављена у „Сл. листу СФРЈ" из 1975/48 и друга, која је донета прошле 1978. године, а објављена је у „Сл. листу СФРЈ" 1978/5. Ова последња садржи једино одредбе којима одређује производе који се не могу ставити у промет без гарантног листа и одредбу којом ставља ван снаге Наредбу из 1975. године.

(3) Гарантија за исправно функционисање први пут је у нашем праву регулисана законом у току 1974. год. и то Законом о југословенским стандардима и нормама квалитета производа, који је објављен у „Сл. листу СФРЈ" из 1974/2.

(4) Закон о основама пословања организације удруженог рада у области промета робе и услуга у промету робе и о систему мера којима се спречава нарушавање јединства југословенског тржишта у тој области, „Сл. лист СФРЈ" из 1976/43; Закон о стандардизацији, „Сл. лист СФРЈ" из 1977/38 и Закон о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ" из 1978/29.

(5) Наредба о одређивању производа који се могу ставити у промет само ако су снабдевени гарантним листом, техничким упутством и списком овлашћених сервиса и о најмањем трајању упутством и за те производе, „Сл. лист СФРЈ" из 1978/5.

правилима и при том је занимљиво уочити да правни режим гарантије за исправно функционисање није истоветан у овим правним актима.

Са становишта нашег права гарантија представља посебну врсту имовинско-правне одговорности произвођача односно продавца или увозника код уговора о продаји техничке робе коју прати гарантни лист. Она обухвата обавезу гаранта (произвођача односно продавца или увозника) да о свом трошку доведе у исправно стање ствар која је испољила недостатке у функционисању у току трајања гарантног рока, како би омогућио корисну државину купцу, односно да изврши замену, када је оправка немогућа или економски неоправдана, или да изврши повраћај куповне цене, када је оправка или замена немогућа. Међутим, наш законодавац гаранту намеће и друге обавезе, као што су надокнада штете, сервисно одржавање ствари, сношење додатних трошкова око оправке и замене и друге обавезе.

До доношења Закона о облигационим односима, гарантија је била регулисана, по правилу, нормама јавно-правног карактера. Међутим, судови су у пракси примењивали како одредбе Скице, иако се на њу нису позивали, тако и опште одредбе имовинског права. Доношењем Закона о облигационим односима, гарантија је нашла своје место у оквиру грађанско-правне материје, односно у оквиру грађанско-правне одговорности, као што је то место нашла и у законима земаља са социјалистичким друштвеним уређењем.

Закон о облигационим односима сврстао је гарантију за исправно функционисање у оквиру материје о општој одговорности продавца за материјалне недостатке ствари, али јој је дао посебно место у односу на општу одговорност продавца, јер је као субјекта одговорности предвидео и произвођача. Она је предвиђена код уговора о продаји техничких ствари за које је произвођач дао гарантију за исправно функционисање у виду гарантног листа. Међутим, осим овог закона, материју о гарантији регулишу још два закона, чије норме производе паралелно дејство са одредбама Закона о облигационим односима, а предвиђају различита решења поводом истих питања. То је посебно случај са садржином гарантије за исправно функционисање. Отуда се намеће питање: која права купац има по основу дате гарантије када наступи такозвани гарантовани случај, имајући у виду данас важеће прописе у нас?

2. Закон о облигационим односима, који је одредбе о гарантији скоро у потпуности преузео из Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Михаила Константиновића, (6) уз незнатне допуне и измене, (7) купцу је дао право да у случају неисправног функционисања

(6) Др Михаило Константиновић: „Облигације и уговори", Скице за законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969. одредбе од 430 — 435.

(7) У Закону о облигационим односима извршене су допуне текста преузетих одредби из Скице у том смислу што је у Законику изричито регулисано да „Овим правилима не дира се у правила о одговорности продавца за недостатке ствари" (чл. 501. став 2) и да док се врши оправка, односно замена ствари „За то време продавац, односно произвођач сноси ризик за пропаст или оштећење ствари" (чл. 505. став 2), што Скицом такође није било регулисано. Међутим, одговорност произвођача односно продавца по основу гарантије, као посебне врсте одговорности ових субјеката, није била у Скици искључена општом одговорношћу продавца и обрнуто. Што се тиче одговорности произвођача односно продавца за пропаст или оштећење ствари док се врши превоз односно пренос ради оправке или замене ствари, са становишта купца повољније је решење које даје Закон о облигационим односима, јер ово питање изричито регулише.

техничке ствари у току трајања гарантног рока (под претпоставком да је ствар правилно употребљавана и чувана) може захтевати како од произвођача тако и од продавца у првом реду оправку ствари и то у разумном року,(8) па ако у овом року оправка не буде извршена, он може захтевати њену замену.(9) Другим речима, купац мора прво захтевати оправку, што је економски оправдано, јер су у питању ствари веће и трајније вредности чији би превоз односно пренос ради замене морао изискивати несразмерне трошкове, па тек ако је она немогућа или није извршена у разумном року, као и кад су трошкови оправке већи од трошкова замене, купац може захтевати замену ствари.

Како оправка ствари као и њена замена, изискују лишавање купца корисне државине за одређен период времена, купцу је дато право да захтева и накнаду штете коју трпи од тренутка када је захтевао оправку односно замену до извршења тог захтева.(10)

Осим права на оправку, замену и накнаду штете, Законом о облигационим односима купцу је дато право да захтева и раскид уговора у случају кад право на оправку, односно право на замену, није могао да оствари, ни према произвођачу, ни према продавцу. И у овом случају, купац има право на накнаду штете коју трпи услед раскида уговора.(11)

Међутим, ако се купац одлучи, да и поред недостатака које ствар показује у функционисању, исту ипак задржи, јер таква каква је, његовим потребама одговара, а то значи останс при уговору, Закон о облигационим односима даје купцу право да може захтевати од продавца снижење цене и накнаду штете.(12)

Право на раскид уговора и право на снижење цене, купац може користити једино према продавцу, а не и према произвођачу, јер се уговор може раскинути са оним са којим је и закључен, као што се може захтевати снижење цене од онога коме је њен износ плаћен. Поред наведених права, купцу је дато још једно, а то је да захтева од продавца односно од произвођача да као субјект одговорности сноси трошкове око превоза односно преноса ствари када се врши њена оправка односно замена.(13)

Укратко, према Закону о облигационим односима, купац има право да по основу гарантије захтева: оправку ствари, њену замену, накнаду штете, раскид уговора, снижење цене и да трошкове око превоза односно преноса сноси гарант. У односу на Скицу, ово последње право представља новину, док су остала права купца по основу гарантије регулисана на једнак начин као и у Скици.

Међутим, како су права купца по основу гарантије регулисана и другим правним актима, чије су одредбе углавном јавно-правног карактера, ваљало би упоредити њихова решења са решењима Закона о обли-

(8) Закон о облигационим односима, одредба чл. 501. став 1.
(9) Исто.
(10) Исто, одредба чл. 502. став 2.
(11) Исто, одредба чл. 504.
(12) Исто, одредба чл. 504.
(13) Исто, одредба чл. 505. став 1.

гационим односима. То су у првом реду Закон о стандардизацији и Закон о основама пословања организације удруженог рада у области промета и услуга.

3. Закон о стандардизацији, који је донет годину дана пре Закона о облигационим односима, предвиђа другачија решења у погледу права купца по основу гарантије за исправно функционисање. Прво, овај закон предвиђа права купца која су непозната Закону о облигационим односима, а то су: право на сервисно одржавање техничких ствари и право на потребне резервне делове у току законом прописаног времена. (14) Друго, одредбе којима су регулисана ова права купца јавноправног су карактера, јер њихова повреда повлачи за собом казнене мере за организацију која не обезбеђује сервисне услуге купцима и потребне резервне делове. Према овом закону, предвиђена права купац може истицати само према произвођачу. Изузетак од наведеног правила чини одредба којом је предвиђено да купац има право да захтева сервисно одржавање од продавца једино кад давалац гарантије није обезбедио сервисно одржавање у месту продаје ствари. (15) Иначе и према овом закону купац има право на оправку односно „отклањање кварова и недостатака" и право на замену, ако се оправка не изврши у примереном року. (16) И ова права купац може остваривати једино према произвођачу, а према продавцу само у случају који је већ поменут. Осим тога, Закон о стандардизацији дао је право купцу да захтева сношење трошкова ради оправке односно замене купљене ствари од произвођача односно од продавца као и Закон о облигационим односима. Међутим, Закон о стандардизацији не предвиђа остала права која Закон о облигационим односима предвиђа, као што су: право на раскид уговора, право на снижење цене и право на накнаду штете.

Уопштено говорећи, права купца по основу Закона о стандардизацији, када је у питању гарантија за исправно функционисање, много су ужа од права купца по основу Закона о облигационим односима. Међутим, са друге стране, Закон о стандардизацији предвиђа једно ново право, које је од посебног значаја са становишта купца, а непознато материји грађанског права, а то је право купца на сервисно одржавање техничке ствари за коју је дата гарантија и то од стране произвођача. Непоштовање овог купчевог права сматра се прекршајем, за који је предвиђена новчана казна. (17) Због тога, ова обавеза произвођача нема грађанско-правни карактер, већ јавно-правни. Исти је случај и са његовом обавезом у погледу резервних делова.

У вези обавезе произвођача да редовно сервисира ствар за коју је дао гарантију, може се поставити питање, која би била права купца имовинско-правног карактера за случај да произвођач не обезбеди сервисно одржавање ствари или да га неосновано одбије? Да ли би у том

(14) Закон о стандардизацији, „Сл. лист СФРЈ" из 1977/38. одредба чл. 46. став 1. тачка 3.
(15) Исто, одредба чл. 50.
(16) Исто, одредба чл. 46. став 1. тачка 4.
(17) Закон о стандардизацији, одредба чл. 93. став 1. тачка 3.

случају санкција јавно-правног карактера (новчана казна за прекршај организације удруженог рада) била довољна да обезбеди еквивалентност престација или је и ово питање требало регулисати Законом о облигационим односима? Питање није од малог значаја кад се имају у виду квалитет услуга које данас сервиси пружају купцима техничких ствари и чињеница да купац не може користити техничку ствар без њеног редовног сервисног одржавања. Отуда је по свој прилици требало да Закон о облигационим односима предвиди и ову обавезу произвођача, јер је она услов корисне државине ствари купца.

4. Закон о основама пословања организације удруженог рада у области промета робе и услуга, чије одредбе паралелно производе дејство са одредбама Закона о облигационим односима и одредбама Закона о стандардизацији, такође регулише питање права купца по основу гарантије за исправно функционисање, али на начин који указује да овај закон не прави разлику између опште одговорности продавца за материјалне недостатке ствари од његове одговорности по основу гарантије за исправно функционисање. Према овом закону, купац производа који има недостатке има право на замену ствари, на повраћај плаћеног износа и на отклањање недостатака на ствари (оправка). ([18]) Иста права купцу припадају и у случају куповине производа који му је продат са гарантним листом. ([19]) Другим речима, постојање гарантног листа, према овом закону, ништа не мења у односу који настаје између продавца и купца поводом куповине техничке ствари са гарантним листом, нити ствара посебан однос између произвођача и купца. Осим тога, Закон о основама пословања организације удруженог рада у области промета робе и услуга, предвиђа само нека од права која купац иначе има по основу опште одговорности продавца за материјалне недостатке ствари, услед чега у регулисању овог питања пружа најужа решења. Према томе, у овом закону није направљена дистинкција између опште одговорности продавца за материјалне недостатке и одговорности по основу гарантије за исправно функционисање, а права купца по основу опште одговорности продавца ограничена су на: оправку, замену и повраћај плаћеног износа.

Међутим, материју о гарантији за исправно функционисање ствари, поред наведених закона, регулише и једна Наредба донета у току 1978. године, само што се њене одредбе не односе на садржину гарантије, већ на утврђивање ствари које се не могу пустити у промет без гарантног листа. Због тога можемо закључити да је гарантија за исправно функционисање дачас скоро у потпуности предмет регулисања закона, а не подзаконских аката, како је у прошлости било.

На основу приказаних законских решења у вези питања: која права купац има по основу гарантије за исправно функционисање, могуће је закључити следеће. Прво, материју о гарантији и права купца по

([18]) Закон о основама пословања организације удруженог рада у области промета робе и услуга у промету робе и о систему мера којима се спречава нарушавање јединства југословенског тржишта у тој области, „Сл. лист СФРЈ" из 1976/43. одредба чл. 15. став 1.
([19]) Исто, одредба чл. 15. став 5.

основу гарантије регулишу истовремено три законска акта, чија решења нису усклађена; друго, следствено томе, купац може да остварује своја права по основу било ког од наведених закона, али како један другог не искључују, купац би могао да захтева испуњење обавеза гаранта истовремено по основу два или сва три закона, док не дође до њиховог усклађивања, под претпоставком да су се за то стекли сви потребни услови и да остваривање права по основу гарантије не води неоснованом обогаћењу купца; треће, права купца по основу гарантије имовинско-правног су карактера, јер обавезе продавца односно произвођача, које су јавно-правног карактера, нису правна подлога било ког купчевог права; четврто, права купца су различита од закона до закона који ову материју регулишу, што даје основа предлога да се њихова решења усагласе; пето, најшира права купцу даје Закон о облигационим односима, а најужа Закон о основама пословања организација удруженог рада у области промета робе и услуга; шесто, једно од најзначајнијих права купца, право на сервисно одржавање техничке ствари, није обухваћено правилима имовинског права, тј. Законом о облигационим односима, већ правилима јавно-правног карактера, што може довести до поремећаја равнотеже између престација купца и гаранта; седмо, у остваривању својих права купац се мора држати одређеног редоследа, а то значи да њему није препуштен избор права које ће да користи у случају неисправног функционисања купљене техничке ствари; осмо, субјект одговорности по основу Закона о облигационим односима је, како продавац, тако и произвођач, док је према Закну о стандардизацији у првом реду произвођач, а према Закону о основама пословања организације удруженог рада у области промета робе и услуга, продавац, што говори о чињеници да ни у погледу овог питања наш законодавац нема јединствен став. Међутим, у погледу субјекта одговорности треба констатовати да, пошто је произвођач давалац гарантног листа, тј. гарантије, он је и обавезан на испуњење његове садржине, док је продавац, пак, лице, које има обавезе према купцу по два основа: по основу правила о одговорности за материјалне недостатке ствари и по основу гарантије за исправно функционисање техничких ствари јер гарантни лист представља саставни део уговора о продаји. Ово треба имати посебно у виду, јер је реч о два различита правна института: о општој одговорности продавца за материјалне недостатке ствари и о одговорности продавца односно произвођача по основу гарантије за исправно функционисање ствари.

др Луција Спировић-Јовановић

РЕЗЮМЕ

Содержание гарантии за правильные действия в договоре о продаже

Гарантия правильности действия возникла двойственным способом: из практики оборота промышленных благ и из-за принуждения правовыми нормами.

В нашем законе она возникла принудительным путем также как и многих других социалистических странах. Среди многочислечных вопросов характера имущественно — правовой ответственности производителей т.е. продавцов ставится и вопрос о правах покупателя в основе гарантии в нашем законе, учитывая и то, что общая ответственность продавца за материальные недостатки предмета эту ответственность не исключает, и наоборот? В связи с тем, что у нас несколько законов регулирует этот вопрос, то их сопоставление указывает на то, что предлагаемые ими решения различные и поэтому следовало бы ожидать их согласования. В настоящий момент самые широкие полномочия предусматривает Закон об облигационных отношениях: закон о поправке, закон о замене, закон о возмещении убытков, разрыв договора, снижение цены и снижение расходов гарантирующего по случаю перевоза или переноса предмета для починки или замены. Но, Закон о стандардизации предусматривает еще два права покупателя: право постоянного ухода за техническими предметами и право быть обеспечённым необходимыми запасными частями. Так как эти обязанности гарантирующего общеправового характера, следует поставить вопрос: не оправдано ли ожидать регулировки этих прав правилами облигационного характера, потому что уход за предметами является условием полезного владения покупателя.

A SUMMARY

The Contents of the Guarantee for the Proper Functioning Unger Sales Contracts

Good performance guarantees have emerged from a dual source: firstly, out of the day to day practice of turnover of industrial goods, and secondly, under the pressure of legal norms. In Yugoslav law, they have emerged from this second source, like in many other socialist countries. Among the numerous questions arising in connection with this particular kind of legal and property liability of the manufacturer or seller, there is the question of rights of the buyer under the guarantee in our law, in consideration of the fact that the general liability of the seller for the material defects of the goods does not exclude this liability and vise — versa. In Yugoslav law, several acts regulate this matter, therefore, their comparison has shown that they offer different solutions of the problem and that it is quite justified to expect efforts to bring these legal texts into accord with one another. At this moment, the widest possible authority has been provided by the Obligation Relations Law: the right to repair, the right of replacement (substitution), the right to compensation of damage, termination of contract, price reduction and the reduction of transport charges when goods are sent back for repair or replacement by the guarantor. However, the Business Standards Law has provided two additional rights of the buyer: the right to regular servicing of technical goods and the right to the sufficient supply of the necessary spare parts. Since these liabilities of the guarantor are of legal and public character, it is reasonable to ask the following question: is it not justified to expect that these rights will also be regulated by the legal norms of obligational character as service maintainance of goods is in fact a condition of beneficial possession of the buyer.

RÉSUMÉ

Le contenu de la garantie pour le fonctionnement normal dans le contrat de vente

La garantie du fonctionnement normal a pris naissance de deux manières: de la pratique de l'échange des biens industriels et sous la contrainte des normes juridiques. Dans notre droit elle a pris naissance par la voie de la contrainte ainsi que dans un grand nombre de pays socialistes. Parmi de nombreuses questions qui se posent à l'occasion de cette responsabilité civile patrimoniale des producteurs ou des vendeurs de même la question se pose quels sont les droits de l'acheteur en vertu de la garantie dans notre droit, eu égard au fait que la responsabilité générale du vendeur pour les défauts matériels de la chose n'exclut pas cette responsabilité et inversement? Vu que dans le droit yougoslave plusieurs lois réglementent cette question, leur comparaison fait ressortir que les solutions auxquelles on aboutit sont différentes et c'est pourqoui il est justifié de s'y attendre qu'elles soient coordonnées. En ce moment les pouvoirs les plus larges prévoit la Loi relative aux rapports d'obligation: le droit aux réparations, le droit au remplacement, le droit à la compensation des dommages, la résiliation du contrat, l'abaissement du prix et l'action de supporter les frais de la part des garants à l'occasion du transport c'est-à-dire du transfert des objets pour les réparations ou le remplacement. Cependant, la Loi relative à la standardisation prévoit encore deux droits de l'acheteur: le droit de se servir régulièrement des objets techniques et le droit d'être assuré des parties de réserves indispensables. Vu que ces obligations des garants sont de caractère de droit public, il est fondé de poser la question: est-ce qu'il serait justifié de s'attendre que ces droits soient réglementés par les règles de caractère obligatoire car le maintien de service des choses est la condition de la possession utile de l'acheteur.

УГОВОР О ЛИЦЕНЦИ У САВРЕМЕНОМ ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Врло су ретка законодавства која детаљније регулишу уговор о лиценци. У такву групу спада, поред ДР Немачке (1), однедавно и наше законодавство.

Доношењем Закона о облигационим односима, први пут је у нашем правном систему у целини (са имовинско-правног аспекта) регулисан уговор о лиценци. До сада је превасходно са јавно-правног аспекта материја која се односи на уговор о лиценци била регулисана посебним савезним законима (2). Садашњи пројекат закона о заштити проналаска, техничких унапређења и знакова разликовања (у даљем тексту: Нацрт закона), чије разматрање започиње у надлежним скупштинским радним телима, регулисаће ову материју искључиво са јавноправног аспекта. Приказ важнијих законских решења о уговору о лиценци према Закону о облигационим односима и најновијем законском пројекту о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања има за циљ да допринесе целовитијем сагледавању уговора о лиценци у савременом југословенском законодавству.

Целисходност кодификације

У току израде Закона о облигационим односима поставило се питање да ли је целисходно кодификацијом облигационо-правне материје обухватити и уговор о лиценци. Позната Скица проф. Константи-

---

(1) Закон о међународним привредним уговорима ДР Немачке (од 5. II 1976. год.) спада у прве савремене законе који детаљније регулишу уговор о лиценци.

(2) У току је суштинско усклађивање са Уставом СФРЈ следећих важећих савезних закона који третирају, поред осталог и уговор о лиценци:

— Закон о патентима и техничким унапређењима („Сл. лист СНРЈ", бр. 44/60, 28/62 и „Сл. лист СФРЈ", бр. 24/79).

— Закон о узорцима и моделима („Сл. лист ФНРЈ", бр. 45/61; „Сл. лист СФРЈ", бр. 24/74).

— Закон о робним и услужним жиговима („Сл. лист ФНРЈ", бр. 45/61; „Сл. лист СФРЈ", бр. 24/74). Ово усклађивање треба да се изврши будућим законским актом кодификационог значаја чија је припрема у току под називом: „Закон о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања" (Документација Скупштине СФРЈ, АС бр. 105/1).

новића не садржи овај одговор. Међутим, преовладао је став, још при изради првих официјелних верзија Нацрта закона, да је укључивање уговора о лиценци у Закон о облигационим односима пожељно и целисходно. (3) При томе, пошло се, поред осталог и од следећих констатација:

— уговор о лиценци поставља један од најзначајнијих уговора у оквиру тзв. индустријске својине; Њиме се најбоље обезбеђује толико неопходна размена научно-техничких достигнућа;

— уговор о лиценци је од посебног значаја како за унутрашњу тако и за међународну економску сарадњу. Зато се и стално повећава број закључених уговора о лиценци, нарочито у области индустрије. Најмање 10% садашње светске трговине обавља се посредством уговора о лиценци; (4)

— за наш убрзани технички и технолошки развој уговор о лиценци је од посебног значаја. Не само за освајање нове технологије већ и за извоз техничког знања и искуства. Уосталом, трансфер технологије, који је услов за бржи привредни просперитет у оквиру укупне међународне поделе рада, одвија се у свом најзначајнијем виду преко уговора о лиценци.

Несумњив значај и довољно искристалисана правна физиономија уговора о лиценци битно су утицали на његово регулисање Законом о облигационим односима. Нормативна активност у области индустријске својине и на међународном плану је веома динамична. (5) Значај ове материје у односима са иностранством утицао је да се код нас средином 1968. год. донесе Закон о дугорочној производној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и прибављању и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица („Службени лист СФРЈ", бр. 40/78) којим су дерогиране до тада важеће две уредбе СИВ-а у овој материји.

Регулисањем уговора о лиценци легализовано је досадашње искуство и позитивне тенденције у пословној пракси. То ће битно олакшати правни промет у овој области. Закон о облигационим односима са двадесет и пет посебних чланова (чл. 686 — 711) покушао је да дâ одговоре на сва она битна питања која се постављају код уговора о лиценци.

---

(3) Комплетан пројекат законских решења о уговору о лиценци припремио је, према захтеву посебне скупштинске комисије која је радила на изради Закона о облигационим односима, др Миодраг Јаћић, који је у овој области дао запажене монографске радове.

(4) „Значај овог уговора у светском промету материјалних добара (јер лиценца најчешће замењује извоз робе), као и нематеријалних добара (тзв. интелектуалне својине) у последње време постаје све већи, нарочито од како се као предмет лиценци јавља и уступање техничког знања и искуства (know-how) у најширем смислу речи". (Из образложења пројекта законских решења о уговору о лиценци).

(5) Велика динамика развоја технике захтевала је стално усклађивање међународних конвенција у овој области. Париска конвенција за заштиту индустријске својине је до сада више пута ревидирана (у Вашингтону 1911., у Хагу 1925. г., у Лондону 1934. г.).

II ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

Законска дефиниција

Закон о облигационим односима садржи јединствену дефиницију појма уговора о лиценци. Према члану 686, уговором о лиценци обавезује се давалац лиценце да стицаоцу лиценце уступи (у целини или делимично) право искоришћавања:

— патентираног или непатентираног проналаска;

— техничког знања и искуства (know-how); (6)

— жига; (7)

— узорка, или

— модела,

а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду.

Овако јединствен тј. проширен појам уговора о лиценци је у складу са савременим међународним тенденцијама. Светска организација за интелектуалну својину проширила је исто тако ову дефиницију и на предмет know-how-a. Уосталом, данас know-how доминира као предмет уговора о лиценци.

Према Нацрту закона о заштити проналаска, техничких унапређења и знакова разликовања од јануара 1979. уговор о лиценци садржи нарочито: време трајања лиценце, обим лиценце, назначење да ли је лиценца искључена, као и висина накнаде за уступљено коришћење права ако је накнада уговорена (члан 127. став 1. Нацрта).

Уговор о лиценци је двостран, по правилу теретан, формалан и трајног карактера.

---

(6) „У нашој правној литератури углавном је заступљено широко схватање појма know-how. Алберт Верона подразумева под know-how-ом не само погонско искуство (вишег и нижег ступња) и производну (фабричку) тајну, већ и тајни проналазак, који није пријављен за патентирање, али који се може патентирати. Врло широко одређује појам know-how-a Радоје Прица, који разликује know-how у ширем смислу и know-how у ужем смислу (под којим подразумева допунска знања, искуства и вештине који су потребни да се патентирани или непатентирани проналазак може користити)" ... према монографији др Миодрага Јањића: „Уговори о лиценци (посебно међународни уговори о лиценци); издање Института за упоредно право; Београд 1967. год, ст. 18.

Од посебног значаја је за одређивање овог појма и интерпретативна норма према којој *под знањем и искуством*, у смислу Закона о дугорочној производној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и прибављању и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица „подразумева се скуп савремених техничких и технолошких знања и искустава и вештина, укључујући и она која се односе на спецификације сировина, стандарде производње и прераде, процесну технику и тајне сопствених поступака и контролу квалитета и друге податке који се могу применити у индустријској и другој производњи. Знање и искуство садржи и обавештења и упутства која се односе на програмирање, производњу, употребу и одржавање производа, а може садржавати и методологију испитивања тржишта" (члан 22. став 4).

Има мишљења да уговор о лиценци у ужем смислу и уговор о know-how представљају два типа уговора, с обзиром да за њих важе, по правилу, другачија диспозитивна правила (Види: „Страни правни живот", Институт за упоредо право, бр. 99/1978. ст. 98; Sebestyen Petar: „Правна природа уговора о know-how".

(7) Према Нацрту закона *колективни жиг* не може бити пренет, тј. не може бити ни предмет лиценце (члан 121. ст. 4. и члан 124. став 4).

Ограничено и неограничено трајање лиценце

Према закону о облигационим односима предвиђено је најдуже трајање само оних уговора о лиценци које имају за предмет одређена права индустријске својине чији је рок трајања одређен законским путем (патентирани проналазак, узорак или модел).

Лиценца за искоришћавање патентираног проналаска, узорка или модела не може бити закључена за време дуже од трајања заштите тих права (члан 688). Ово је императивна одредба. Супротно стипулисана клаузула о трајању уговора о лиценци је ништава. Сагласно принципу pacta sunt servanda, уговором утврђени дужи рок не повлачи ништавост уговора у целини, већ корекцију овог рока на законом утврђено време трајања одређеног права индустријске својине. (8) Ову корекцију ће морати да изврше саме уговорне стране, јер ће се, у противном, одбити официјелни упис уговора о лиценци у одговарајући регистар (члан 128. Нацрта). Иначе уговор о лиценци који није уписан у регистар не производи правно дејство (члан 127. ст. 3. Нацрта). Одредба Закона о трајању одређених лиценци представља израз принципа: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.

С обзиром да трајање жига, техничког знања и искуства није временски ограничено, *трајање лиценце о искоришћавању жига или техничког знања и искуства је у домену аутономије воље уговорних страна.* По правилу, за ове уговоре важи правило о престанку уговора о лиценци, према коме: уговор о лиценци закључен на неодређено време може престати отказом било које стране (члан 710), а онај који је закључен на одређено време може се и прећутно продужити, односно трансформисати у уговор са неодређеним трајањем (члан 709). Према томе, relocatio tacita у овом има релативно дејство: односи се само на уговоре о лиценци који могу бити неограниченог трајања.

Форма уговора о лиценци

Интересантна је еволуција законског решења у погледу форме уговора о лиценци. Према још важећем Закону о патентима и техничким унапређењима од 1961. год. предвиђена је обавезна писмена форма уговора о лиценци (Члан 26. став 2). У току израде Закона о облигационим односима доминирало је схватање да, упркос томе да се уговори о лиценци закључују у писменој форми, за овај уговор треба да важи начело консенсуализма. Такво схватање је изразио Нацрт закона о облигацијама и уговорима од 1974. год. Међутим, у току јавне дискусије о овом Нацрту закона предложено је и коначно прихваћено решење

(8) Уговори о лиценци, по правилу, закључују се на рок од 5 до 10 година. Код наведених облика лиценци уговорне стране би морале да поштују законске рокове заштите одређених права индустријске својине. Тако на пр. према Нацрту закона патент траје 7 година, рачунајући од дана објављивања пријаве патента, а модел и узорак трају 5 година, рачунајући од дана подношења пријаве (члан 45). Под законом одређеним условима трајање ових права може се продужити још за 7 односно 5 год.

према коме *уговор о лиценци мора бити закључен у писменој форми* (члан 687). Ово је императивна одредба, којом се утврђује законска форма ad solemnitatem. Ово је изузетак од општег става нашег облигационог права према коме закључење уговора, по правилу, не подлеже никаквој форми.

Иначе, у упоредном праву углавном се захтева писмена форма за закључење уговора о лиценци. (9) Само Закон ДР Немачке не захтева писмену форму као услов пуноважног закључења уговора о лиценци.

Законска форма ad solemnitatem је, према нашем мишљењу, прописана и у циљу заштите интереса уговорних страна, али и у јавном интересу. То се може закључити и на основу законом конституисане обавезне регистрације ових уговора. Да је прописана форма и у јавном интересу може се закључити и из чињенице да се контрола поштовања одређених јавних интереса може остварити увидом у текстове ових уговора. Међутим, има мишљења да је форма овог уговора прописана превасходно у интересу заштите странака. (10) Веома је битно утврдити сврху — циљ прописане форме. Ово је од посебног интереса за правилну примену одредаба општег дела закона који се односе на форму уговора (чл. 67 — 73).

Према Закону о облигационим односима доцније усмене погодбе којима се смањују или олакшавају обавезе једне или друге стране пуноважне су ако је посебна форма прописана само у интересу уговорних страна (члан 67. ст. 4. Закона). Исто тако пуноважне су и истовремене усмене погодбе којима се смањују или олакшавају обавезе једне или обе стране ако је посебна форма прописана само у интересу уговорних страна (члан 71. ст. 3. Закона). Само из ова два примера види се од колико је значаја за правилну примену Закона тачно утврђивање циља прописивања посебне форме.

---

(9) „Пропис да је лиценцни уговор ништетан односно да нема правни учинак ако није закључен писмено, налазимо уз наше законе и у патентним законима Албаније, Алжира, Боливије, Бугарске, Чехословачке, Чилеа, Филипина, Француске, Индије, Израела, Јапана, Канаде (само у погледу уговора о искључивој лиценци), Кубе, Марока, Мексика, Монака, Нигерије, Низоземске, Пољске, Португала, Сирије, Туниса и Уругваја.

Писмени уговор изискују такође једнообразни патентни закони 12 афричких земаља учлањених у Афричку организацију за индустријско власништво (OAPI) — те су земље: Бенин, Централноафричка Царевина, Чад, Габон, Горња Волта, Камерун, Конго, Мауретанија, Нигер, Обала Бјелокости, Сенегал и Того — а изискује га и одлука број 85. Андског пакта те супранационални закони о узроцима и моделима и жиговима за подручје држава Бенелукса.

Патентни закони Аустрије, Аустралије, Бахамског оточја, Италије (за уговор који траје дуље од три године), Ирске, Јужне Кореје, Мађарске, Новог Зеланда, Сједињених Америчких Држава и Совјетског Савеза прописују регистрацију лиценцног уговора уз налог да се у патентној администрацији депонира писмена исправа о њему.

Патентне исправе Велике Британије садржавају клаузулу према којој се трећи не смије користити патентираним изумом „without the written consent, licence or agreement of the patentee", али се успркос томе сматра да писмени уговор није обавезан. Ипак британски патентни закон предвиђа упис искључиве лиценце у патентни регистар на темељу писмене исправе о лиценцном уговору.

Нови британски патентни закон, који је прилагођен Европској патентној конвенцији те Споразум о патенту Заједничког тржишта, а који је 1. VII 1978. ступио на снагу, имплицитно прописује да је сваки правни посао о стјецању права на патенту — а такав је правни посао и лицентни уговор — ништетан ако није писмено закључен и ако га нису потписале уговорне странке (section 30)." Цитирано из текста Алберта Вероне: „Лиценцни уговор", објављеног у збирци: Обавезно право, у редакцији др Александа Голштајна, књига прва; стр. 356 „Информатор", Загреб 1968. године.

(10) Види: проф. др Стојан Цигој: „Obligacijska razmerja", Časopisni zavod Uradni list SR Slovenije, Љубљана, 1978. год, стр. 609.

Претпоставка о неискључивој лиценци

Концепцијски Закон о облигационим односима има рестриктиван прилаз тзв. искључивој лиценци. (11) Пошло се од концепције да су права тзв. индустријске својине, по правилу, од ширег, друштвеног интереса. Оваквом карактеру ових права, у условима друштвене својине, у принципу, не одговара монополски положај у искоришћавању предмета лиценце, што је иначе својствено тзв. искључивој лиценци. Зато се Закон опредлио за преруумпцију о неискључивој лиценци.

Искључива лиценца настаје само ако је то изричито уговорено. Према томе, ако уговором о лиценци није назначено о каквој је лиценци реч, сматра се да је дата неискључива лиценца. Ова презумпција значи да у сумњи треба узети да се ради о простој тзв. неискључивој лиценци тј. да давалац лиценце може и даље да користи предмет лиценце, односно да га може дати у исто време и на истој територији и другом на коришћење. *Закон стимулише неискључиву (тзв. просту) лиценцу.* Овакво законско опредељење ствара шире могућности за слободно удруживање рада и средстава, јер смањује препреке које може да ствара искључива лиценца. Истовремено омогућује да се, у зависности од конкретних околности, искористе све предности које пружа искључива лиценца. Изричито рестриктивни однос према искључивој лиценци изражава и Нацрт закона (члан 129). (12)

Закон је решио једно до сада отворено питање, поводом кога, иначе, постоји битна разлика између француског и немачког права. Ради се *о обиму ограничења права даваоца искључиве лиценце.* Према француском праву и по common law-u давалац искључиве лиценце задржава сопствено право искоришћавања предмета лиценце. Немачко право има супротан став. Наш закон о облигационим односима прихватио је германско схватање. Ако је уговорна искључива лиценца, давалац лиценце не може ни у ком виду сам искоришћавати предмет лиценце, нити његове поједине делове, нити то поверити неком другом у границама просторног важења лиценце. У овом случају право даваоца искључиве лиценце у погледу коришћења предмета лиценце постоје nudum ius, на територији на којој је дата искључива лиценца. Да ли ову обавезу даваоца искључиве лиценце треба схватити као императивну?

Има основа интерпретација према којој је ова одредба диспозитивног карактера (13). Зато, не би била ништава клаузула уговора о искључивој лиценци којом би се изричито предвидели случајеви кад давалац лиценце може сам искоришћавати предмет лиценце.

---

(11) Искључива лиценца је, по правилу, она лиценца на основу које је стицалац лиценце добија *искључиво право* искоришћавања предмета лиценце. Давалац лиценце тада ускраћује себи могућност да у било ком виду сам искоришћава предмет лиценце или да га пренесе на треће лице, на одређеној територији и у одређено време (ако је у питању временски и територијално ограничена лиценца).

(12) „Уговор о лиценци патента, модела или узорка организацији удруженог рада и другом друштвено правном лицу не може се, за територију СФРЈ, уступити искључиво право коришћења" (члан 129. Нацрта).

(13) Види: др С. Цигој, оп. цит., ст. 614. Међутим, Алберт Верова, сматра да се у члану 695. ради о императивној забрани (оп. цит., ст. 360).

III ОБАВЕЗЕ ДАВАОЦА ЛИЦЕНЦЕ

Давалац лиценце има, према диспозитивним правилима Закона, следеће обавезе:

1) обавезу предаје предмета лиценце, са неопходном техничком документацијом;

2) обавезу давања упутстава и обавештења (потребна за успешно искоришћавање предмета лиценце);

3) обавезу гарантовања техничке изводљивости и техничке употребљивости предмета лиценце;

4) обавезу јемства (да предмет лиценце нема правних недостатака).

Предаја предмета лиценце

Да би се остварио циљ уговора о лиценци, давалац лиценце мора предати предмет лиценце у одређено време. У противном излаже се ризику раскида уговора и накнаде штете због неизвршења уговора.

Давалац лиценце је дужан да поред предмета лиценце преда и потребну документацију. Која је то документација? То је она која је потребна за успешно искоришћавање предмета лиценце (члан 692). Ту се пре свега мисли на цртеже, скице и сл. По правилу, уговором треба прецизирати о којој се документацији ради. Уколико уговор не садржи прецизну спецификацију неопходне документације, оцена о обиму ове обавезе даваоца лиценце заснива се на основу природе конкретног предмета уговора о лиценци, имајући у виду циљ које су странке имале у виду закључењем уговора. У случају њиховог неспоразума примениће се и одговарајућа правила о интерпретацији уговора (чл. 99 — 102. Закона).

Давање упутства и обавештења

Ради сврсисходног искоришћавања предмета лиценце, давалац лиценце дужан је да стицаоцу лиценце даје (значи: у току трајања уговора) сва потребна упутства и обавештења. Овде се не ради само о техничким информацијама и упутствима. Ради се о *свим* обавештењима која су потребна за успешно искоришћавање предмета лиценце (на пр. о броју већ закључених уговора о лиценци и сл.). Питање је да ли ова обавеза обухвата и допунску обуку потребних стручњака. Обим ове обавезе је у искључивој диспозицији уговорних страна. Уколико нема прецизних уговорних клаузула о томе ствар је интерпретације околности конкретног уговора.

Обавеза давања потребних упутстава и обавештења обухваћена је уговореном накнадом. Према томе, ако другачије није уговорено, даваоц лиценце нема право на посебну накнаду за извршење ове обавезе.

Гарантовање за одређена својства предмета лиценце

Давалац лиценце гарантује стицаоцу лиценце техничку изводљивост и техничку употребљивост предмета лиценце. Под техничком изводљивошћу треба подразумевати могућност да се техничким путем произведе одређени предмет или примени одређени поступак, а под техничком употребљивошћу — несумњива извесност да ће одређени производ или поступак служити одређеном техничком циљу. Уколико давалац лиценце не обезбеди ова два својства предмета лиценце, сматра се да је предао предмет лиценце са манама. У овом случају, ако уговором није другачије одређено, сходно се примењују законска правила о одговорности за материјалне недостатке (чл. 478 — 507, а у вези члана 121. став 3.). Према томе, под одређеним условима, као санкције за непоштовање ове обавезе даваоца лиценце могу доћи у обзир следеће санкције: захтев за правилним испуњењем уговора, actio quati minoris и actio redhibitoria. У сваком од ових случајева стицалац лиценце има право и на накнаду штете.

Законом је прецизно утврђена обавеза јемства за тзв. правне недостатке (члан 694). Непоштовање ове обавезе повлачи, уколико другачије није уговорено, последице одговорности у случају евикције. ([14])

IV ОБАВЕЗЕ СТИЦАОЦА ЛИЦЕНЦЕ

Стицалац лиценце има две основне обавезе: да сагласно уговору искоришћава предмет лиценце и плати уговорену наканаду.

Законом је посебно решено *питање искоришћавања накнадних усавршавања предмета лиценце* (члан 697). Стицалац лиценце закључењем уговора не стиче аутоматски право на искоришћавање накнадних усавршавања предмета лиценце. Ово је законска преруимпција. Овакав став према накнадним усавршавањима је опште прихваћен у правним системима.

На овај начин стимулише се давалац лиценце да усавршава предмет лиценце и да, по правилу, он има користи из тог усавршавања.

У нашим условима, с обзиром на друштвени карактер средстава рада и одређене дугорочније односе између друштвених правних лица, предвиђена је и могућност да се, у одређеним случајевима кад то друштвени интереси налажу, посебним законом предвиди право на коришћење накнадних усавршавања.

Одредба члана 697. је диспозитивног карактера. Према томе, уговорне стране могу право на искоришћавање накнадних усавршавања предмета лиценце и посебно уговорити.

Треба имати у виду да је овде реч о накнадним усавршавањима предмета лиценце. Међутим, није редак случај у међународној пракси да

([14]) Види: законска правила дата у чл. 508 — 515, а у вези члана 121. став 3).

је давалац лиценце већ у тренутку закључења уговора дошао до одређених побољшања. Он би, према начелу савесности и поштења, морао о томе да обавести стицаоца лиценце. Ако то пређути у моменут закључења уговора, могао би се, под одређеним условима, поништити закључени уговор о лиценци, према општим правилима о ништавости уговора.

Загарантовани квалитет робе

Заштитини карактер има и императивна одредба Закона о квалитету робе која је резултат искоришћавања одређеног предмета лиценце (члан 699). Ова одредба је установљена у циљу заштите и даваоца лиценце и потрошача робе. Према овој одредби, ако је уз лиценцу за производњу уступљена и лиценца за употребу жига, стицалац лиценце може стављати у промет робу са тим жигом само ако је њен квалитет исти као што је квалитет робе коју производи давалац лиценце. Ово решење представља конкретизацију начелних одредаба о посебној дужности чувања интереса потрошача у промету (члан 8) и о дужности удруживања од поступка којим се другом може нанети штета (члан 16). Истовремено наведено законско решење представља конкретизацију начела о савесности и поштењу у правном промету. (15)

Накнада

Накнада за искоришћавање предмета лиценце није essentialia negotii. Она се дугује само ако је уговорена. Ако није уговорена важе сва правила која се односе на уговоре без накнаде (на пр.: о дејству недопуштених побуда; о заблуди; о тумачењу нејасних одредаба и др.).

Накнада за искоришћавање предмета лиценце може се уговорити на разне начине (процентуално, паушално или на други начин). Овако формулисана одредба о накнади омогућује да се односи између друштвених правних лица у вези искоришћавања предмета лиценце закључују и у складу са њиховим доходовним везама. Ако се накнада одређује у зависности од обима искоришћавања предмета лиценце, стицалац је обавезан да га обавештава о елементима неопходним за утврђивање обима накнаде (члан 702). Ако је накнада уговорена у новчаном облику, важе све законске одредбе о новчаним обавезама (члан 394. и сл.).

Да би се заштитио принцип из члана 15. о еквивалентности узајамних давања *Закон предвиђа и могућност измене (тзв. ревизија) уговорене накнаде.* Ово ће бити посебно случај код накнаде одређене у

(15) Уосталом овакво решење није ново у нашем законодавном систему. Оно је предвиђено и одредбом члана 15. став 3. Закона о робним и услужним жиговима.

Интересантно је и решење из члана 125. Нацрта, према коме: „право да се робни или услужни жиг користи може се уступити само ако се истовремено уступа и технологија која обезбеђује исти квалитет робе или услуга".

Ово је императивна одредба која ће као комплементарна допринети да се обезбеди и доследније остваривање одредбе члана 699. Закона о облигационим односима.

паушалном износу, тј. у случају кад је уговорена накнада постала „очигледно несразмерна" у односу на приход који стицалац лиценце има од искоришћавања предмета лиценце. Права на ревизију уговорене накнаде има заинтересована страна (давалац лиценце: ако је накнада несразмерно мала, а стицалац лиценце ако је накнада несразмерно велика у односу на стечени приход од искоришћавања предмета лиценце). Сагласно члану 19. Закона о облигационим односима уговорне стране требало би да настоје да свој евентуални спор и о ревизији накнаде реше „усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин" Уколико до тога не дође, суд ће морати да утврди да ли су испуњени услови за ревизију уговорене накнаде. У сваком конкретном случају суд ће процењивати да ли је реч о „очигледној несразмери". Очигледна је она несразмера која је таквог обима да је може констатовати свако треће — непристрасно лице. Судском интервенцијом треба утврдити сразмерну накнаду. То је фактичко питање које суд утврђује у сваком конкретном случају.

V ПОДЛИЦЕНЦА

У принципу, стицалац искључиве лиценце може право искоришћавања предмета лиценце уступити другоме (тзв. подлиценца). То је случај кад лиценцу не даје титулар права индустријске својине, већ титулар лиценце. Законско правило о подлиценци је диспозитивне природе. Право на давање подлиценце може се уговором искључити или ограничити (давањем посебне дозволе). [16] Решење предвиђено у нашем Закону о облигационим односима је слично оном које имају: немачко (осим ДДР), јапанско и швајцарско право. Супротно је схватање легализовано у земљама важења common law-a, у социјалистичким земљама Источне Европе и у француском праву. Према овим правима, у принципу, не може се давати подлиценца. Овакво решење, иако има неке предности, са гледишта ширих интереса, није оправдано. Оно не стимулише бржи развој технике и технологије и ширу примену савремених техничких знања и искуства.

Решење прихваћено у нашем закону, посебно одговара нашим условима. Оно ствара шире могућности стицаоцу искључиво лиценце да размишља о допунском коришћењу предмета лиценце (на пр. у фази кооперације и других видова пословне сарадње и доходовног повезивања), што може бити од ширег друштвеног интереса. У складу са овим интенцијама предвиђено је и законско решење према коме *давалац искључиве лиценце не може одбити дозволу за закључење подлиценце ако нема озбиљних разлога* (члан 705). На овај начин је потиснут лични карактер лиценце. Она се код нас, по правилу, не закључује intuitu personae. То се уосталом види из других законских одредаба (на пр. о начинима престанка лиценце).

[16] Види: члан 29. Закона о облигационим односима у коме је предвиђена сагласност трећег лица за закључење уговора.

Иначе, стицалац просте лиценце нема право давања подлиценце ако то право није изричито уговорено. С обзиром да је Закон прихватио презумпцију о неискључивој (простој) лиценци, пожељно је, ако је то интерес стицаоца лиценце да се изричито уговори право на подлиценцу.

VI РЕСТРИКТИВНЕ КЛАУЗУЛЕ

Код закључења уговора о лиценци врло често се дешава да економски јача уговорна страна злоупотребљава свој положај. То је случај нарочито у односима са страним партнерима. Има основних индикација да смо понекад били у доста инфериорном положају при закључивању уговора о лиценци са иностраним даваоцима лиценци. То се види из великог броја тзв. рестриктивних клаузула у овим уговорима. Једна веома документована и убедљива анализа лиценцних уговора извршена од стране Савезног завода за патенте од новембра 1977. године показује да се трансфер технологије из иностранства у југословенску привреду врши под врло неповољним условима, с обзиром на велики број тзв. рестриктивних клаузула у уговорима са страним даваоцима лиценци. (17) Нацрт закона садржи изричиту одредбу према којој „у уговору о лиценци ништава је свака одредба која кориснику лиценце поставља таква организација која не проистичу из права које је предмет уговора или је непотребна за очување тог права (члан 130).

Нашим Законом о дугорочној производној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и прибављању и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица, од јула 1978. год. предвиђају се одредбе које ће битно утицати на елиминисање рестриктивних клаузула из уговора о лиценци са иностраним партнерима. То се обезбеђује разрађеним одредбама о условима и поступку за закључење ових уговора (нарочито чл. 24, 26. и др.).

Не само у националним димензијама (18) већ и на међународном плану чине се напори да се допринесе закључивању ових уговора под равноправнијим условима. (19)

---

(17) Ту се пре свега мисли на клаузуле као што су: територијална ограничења код извоза; одграничења у погледу извоза снабдевања сировинама, претерани износ накнаде, понекад за веома дуги рок, као и читав низ других ограничавајућих уговорних клаузула.

(18) Патентни закони Аустрије те Велике Британије и оних земаља чији су закони израђени под утицајем или по узору британског закона — забрањују рестриктивне клаузуле лиценцног уговора, тј. углавке које намећу примаоцу лиценце разна ограничења што прелазе оквир дотичног лиценцног права. Забране рестриктивних клаузула садрже и антикартелни закони, специјални прописи о преносу технологије, особито Аргентине, Бразила, Мексика и Шпањолске, одлука Андског пакта бр. 24 (којем припадају Боливија, Чиле, Еквадор, Колумбија, Венезуела). Забрану таквих клаузула препоручује и савјет Организације за економску кооперацију и развој (Organisation for Economic Cooperation and Development — OECD) својом одлуком до 22. I 1974. Комисија Европског заједничког тржишта издала је такође препоруке и одредбе о примјени чл. 85. Римских уговора о оснивању европских заједница, на уговоре о патентним лиценцама" (цитирано према А. Верона, оп. цит, стр. 352).

(19) У оквиру СЕВ-а је 1970. год. основана радна група са задатком да проучи те проблеме и да изради типичне услове уговора. Као резултат четворогодишњег рада те групе предложене су и примљене у 1974. четири типичне варијанте уговора о лиценци, тзв. модели уговора који су раздељени државама-чланицама СЕВ-а, а са њима су упознате и заинтересоване спољнотрг. организације" (Lontal Endre: НАПОРИ СЕВ-а ЗА УНИФИКАЦИЈУ УСЛОВА О ЛИЦЕНЦИ (KGST — torekvesek a licenzerzodesek felteteleinek egysegesitesere); Jogtudomany Kozlony, 1975; 12: 690 — 699).

Изградња новог међународног економског поретка захтева и у овој области активан однос посебно земаља у развоју. Такви напори су учињени и на конференцији УН за преговарање и доношење Међународног кодекса понашања у трансферу технологије, одржане крајем 1978. год. у оквиру UNCTAD-a у Женеви.

Наше целокупно законодавство, наша међународна економска активност усмерена је у правцу закључивања уговора који су у духу равноправности уговорних страна, без обзира на њихову фактичку економску неједнакост.

VII ЗНАЧАЈ ЗАКОНСКОГ РЕГУЛИСАЊА УГОВОРА О ЛИЦЕНЦИ

Из анализе правила Закона о облигационим односима, како оних општег карактера тако и посебних која се односе искључиво на уговор о лиценци, може се закључити да ће они допринети да се и у области промета права индустријске својине закључују уговори који ће бити у складу са нашим системом друштвено-економских односа.

С обзиром да су углавном законске одредбе диспозитивне природе (осим одредаба о форми уговора — члан 687; о просторном ограничењу — члан 690; о трајању лиценце — члан 688; о квалитету робе — члан 699), оне ће омогућити да уговорне стране закључују уговоре у складу са њиховим интересима. Диспозитивна правила им пружају драгоцен индикатор о начелној целисходности одређених решења.

Претежно диспозитивни карактер законских одредаба о уговору о лиценци пружа истовремено и неопходну еластичност и нужну усмереност у регулисању ових односа. Ако ове одредбе дају одређени допринос нашем бржем техничком развоју, нашој већој конкуретној способности у међународној размени и ако подстакну стваралачки рад, онда се може слободно рећи да је законодавна активност на овом плану била целисходна.

Наведне императивне норме, заједно са одредбама наведених савезних закона, који чине комплементарне акте инспирисане заједничким интенцијама, свакако ће допринети новој — позитивној пракси у промету права индустријске својине.

Правила дата у Закону о облигационим односима су универзална, с обзиром да важе за све субјекте (за сва правна лица и за појединце). Она се односе на закључивање уговорних односа између свих ових субјеката. Међутим, ова правила су тако компонована да могу да послуже као драгоцена инспирација за уређивање међусобних самоуправних односа друштвених правних лица, кад искоришћавање предмета лиценце представља једну од компоненти удруживања рада и друштвених средстава. У том случају, клаузула о накнади морала би да буде у духу одредаба о учешћу у заједнички остваренom дохотку (члан 67 и др. Закона о удруженом раду).

С обзиром да се у одређеним случајевима, сагласно правилима о међународној колизији закона, могу одредбе Закона о облигационим односима применити и на уговоре о лиценци са страним елементом, ове законске одредбе могу допринети стварању равноправнијих односа са иностраним партнерима.

На крају, треба истаћи наду да ће све анализиране одредбе југословенског законодавства, које се најнепосредније односе на област лиценцног уговора права, представљати подстицај бржем проширењу коришћења савремених техничких и технолошких снага и укупних стваралачких резултата у овој области.

др Ратомир М. Слијепчевић

ЗАКОНСКО РЕГУЛИСАЊЕ ЗАБРАЊЕНОГ НЕСКЛАДА САМОУПРАВНОГ СПОРАЗУМА И УГОВОРА КАДА СУ ЈЕДАН ДРУГОМЕ ОСНОВ И ОКВИР (1)

I

Закон о удруженом раду и Закон о облигационим односима су у погледу регулисања читавог низа материја комплементарни. Тако је то између осталог и са материјом промета друштвених средстава. Постоји законска могућност да се тај промет реализује на тај начин да се као iustus titulus било засебно, било кумулативно, односно сукцесивно појави и самоуправни споразум и уговор. У том случају се saedes materiae примењују односне одредбе како Закона о удруженом раду тако и Закона о облигационим односима. Као и у домену других материја у којима се прожимају правила ова два закона, и у области међусобне релације самоуправног споразума и уговора, када један другоме служе за основ или оквир, читав низ питања ће изнети тек пракса примене закона. Намера је да се укаже на један проблем који се тиче правних последица могућег несклада између два инструмента промета, самоуправног споразума и уговора, у ситуацији када су они међусобно директно повезани сегменти ланца промета.

Самоуправни споразум је акт широког спектра. (2) Без обзира што његова правна природа још увек није довољно испитана, широки спектар правила његовог правног режима указује на могућност и такве хипотезе у којој ће се самоуправни споразум наћи у функцији промета. При томе су отворена два правца: један је да се овај акт појави као директан основ преношења средстава у друштвеној својини, без посредовања уговора. Пренос средстава у друштвеној својини са једног на други дру-

(1) Овај рад представља допуњен и прилагођен део нацрта обухватнијег рада, написаног маја — августа 1977. о забрањеним дивергенцијама унутрашње и изјављене воље.

(2) О општој проблематици, о модификацији и престанку самоуправних споразума, примене правила облигационог права на самоуправне споразуме, као и њиховог тумачења, в. нарочито: Цигој, др Стојан, Настанак, промена и престанак самоуправних споразума и друштвених договора, Страни правни живот, бр. 99/1977, стр. 33 — 49; Перовић, др Слободан, Начин престанка самоуправних споразума, ибид., стр. 49 — 65; Лоза, др Богдан, Примјена правила облигационог права на самоуправне споразуме, ибид., стр. 77 — —85; Поповић, др Славољуб, Однос самоуправних споразума према другим правним актима, ибид., стр. 13 — 23; Стојановић, др Драгољуб, Тумачење уговора, самоуправних споразума и друштвених договора, ибид., стр. 85 — 96; Кошутић, др Будимир, Самоуправни споразум као извор права, стр. 3 — 13; Групче, др Арсен, Контрола уставности и законитости самоуправних споразума, ибид., стр. 23 — 33, као и у овим радовима цитирана дела.

штвени субјект без накнаде могао би да се обуче у форму и основ самоуправног споразума, без потребе за једним актом реализације као што је уговор. (Мада, цео комплекс питања око основа, начина и облика преношења средстава у друштвеној својини чини засебно питање и поље за ширу дискусију). Други је правац, који ће вероватно бити и учесталији, да се самоуправни споразум са прометном функцијом буде само оквирни акт, при чему ће се ради реализације промета појавити потреба за уговором као инструментом финализације садржаја самоуправног споразума.

У таквом односу, два акта су комплементарна, при чему је уговор деривиран из самоуправног споразума, пошто се јавља као акт реализације самоуправног споразума којим се заснивају материјалне обавезе.[3] Та хипотеза је предвиђена и Законом о облигационим односима и Законом о удруженом раду. Одредбе закона налажу обавезу уговорним странама да уговор закључе у складу са самоуправним споразумом.

Друга хипотеза је ређа и није директно регулисана законом, сем у једном изнимном случају у Закону о удруженом раду, али ће се вероватно и ван тог изнимног случаја у пракси промета у неким случајевима појавити као могућност. Она се тиче ситуације када ће уговор бити оквирни или претходни акт из којег ће произићи потреба за закључивањем самоуправног споразума. Питање међусобног односа та два акта у таквој релацији остало је отворено у оба поменута закона.

Према томе, могуће је да самоуправни споразум и уговор у промету средстава у друштвеној својини служе један другоме за основ и оквир. Када је у истој прометној операцији реализација промета регулисана и самоуправним споразумом и уговором, и поред различитости димензија регулативне спецификације, може да дође до дивергенције између садржаја, права и обавеза странака установљених у овим актима. Та дивергенција ће се исказати у садржају деривираног акта.

Питање, на које тражимо одговор, јесте, да ли је дозвољена дивергенција између самоуправног споразума и уговора када један другоме служе као основ и оквир у реализацији материјалних права учесника споразумевања и уговарања. Мера несклада може бити различитог интензитета. У неким случајевима ће деривативан акт бити само акт употпуњења или конкретизације општих одредаба акта из којег произилази, када ће најчешће бити речи о комплементарности, а не о неусклађености. Некада ће разлике бити корективног карактера (рок, место, време, начин извршавања обавезе и сл.). Међутим, некада ће дивергенција бити много израженија и тицаће се битних обавеза странака у прометној операцији. Поред тога, могуће је да ће се дивергенција одредаба два акта тицати и друштвеног поретка и правила морала.

У свим тим хипотезама поставља се питање карактера санкција за несклад два акта. У неким случајевима ће бити речи о нескладу који

---

[3] В., Др Слободан Перовић, Самоуправни споразуми којима се утврђују материјалне обавезе учесника и уговори облигационог права, Самоуправно право, Београд, 2/1978, стр. 57 и др.

ће остати у границама дозвољеног, а у другим о нетолерисаној дивергенцији, при чему, у зависности од случаја долазиће у обзир низ санкција, почев од релативне до апсолутне ништавости дериviраног акта, па и ништавости која ће се наћи на разини између релативне и апсолутне ништавости преко нове установе нашег облигационог права прописаног Законом о облигационим односима који предвиђа усклађивање уговора са самоуправним споразумом иницираног и од лица која нису у уговорном односу.

У детаљној елаборацији проблематике правног режима и карактера санкција за дивергенцију уговора и самоуправног споразума када кумулативно регулишу права и обавезе учесника у истој прометној операцији, најпре ће се покушати сагледати несклад уговора и самоуправног споразума из кога је уговор дериviран. То најпре због тога што је ова хипотеза подробније регулисана Законом о облигационим односима и Законом о удруженом раду. Детаљније разматрање ове ситуације образлаже чињеница што правила закона могу бити меродавна за решавање санкција другог случаја који ће се разматрати (када је претходан акт уговор), код којих немамо изричита правила, али и због тог што из законских формула могу произићи неке нејасноће око права и дужности „лица која нису уговорне стране" у погледу усклађивања уговора. Потом ће се испитати да ли је уопште могућа, односно дозвољена друга поменута хипотеза, да уговор буде основ и оквир самоуправном споразуму и, уколико је то законски могуће, како би се решио проблем несклада потоњег акта са првим.

II

Када је уговор дериviран из самоуправног споразума меродавна су неколико општих и посебних правила. Закон о облигационим односима у чл. 6 предвиђа дужност друштвених правних лица да у заснивању свих својих облигационих односа поштују самоуправне споразуме: Друштвена правна лица која заснивају облигационе односе ради извршавања самоуправног споразума који су међусобно закључили дужна су да поступају у складу са тим самоуправним споразумом. Поред тога, у заснивању облигационих односа друштвена правна лица дужна су да воде рачуна о самоуправним споразумима и друштвеним договорима које су закључила са другим и о својој одговорности за извршавање обавеза преузетих тим самоуправним споразумима и друштвеним договорима.

Нешто је конкретнија одредба по својим правним импликацијама и по свом регулативном домету у односу на испитивани случај. Правило члана 22. Закона о облигационим односима, које предвиђа обавезу друштвених правних лица и грађанских правних лица да у заснивању облигационог односа поступају у складу са својим статутом и другим општим актима. Међутим, према одредби истог члана, уговор који је закључен супротно тим актима остаје на снази, осим ако је за то друга страна

знала или морала знати или ако је законом друкчије одређено. Ова одредба се очигледно првенствено односи на релацију уговора према општим самоуправним актима, а не и на однос било ког самоуправног споразума и уговора који се на њега ослања. Међутим, примена ове одредбе дошла би у обзир и у неким случајевима када је у питању склад самоуправног споразума и уговора. У неким случајевима самоуправни споразум може имати домет само појединачног акта. У неким могућим ситуацијама пак самоуправни споразум може добити и обележја општег акта. О овом последњем може бити речи нарочито у оним самоуправним споразумима у којима се регулише правни статус организације удруженог рада или друга питања статусног карактера, као што су напр., права и обавезе радника у удруженом раду. Из самоуправних споразума којима се регулишу таква статусна питања, могле би настати и неке материјалне обавезе чија реализација намеће и закључивање облигационог уговора. Уговор који би се закључио супротно таквој врсти самоуправног споразума у принципу би производио правна дејства без обзира на свој садржај, контраран самоуправном акту. Тачније, услов пуноважности уговора у датом случају јесте да је друга уговорна страна била савесна, односно, да није знала или није морала знати за самоуправни споразум (или други општи самоуправни акт) из кога је уговор деривиран. Уговор не би произвео правна дејства ни онда ако би закон другачије одредио правни третман његовог противљења са општим самоуправним актом.

Поставља се питање, какав је карактер неважности уговора који је противан општем самоуправном акту, односно, самоуправном споразуму у случају да је сауговорач знао за контраран садржај општег акта, или када закон забрањује његово даље фунгирање на правном плану.

Одговор налазимо у меродавним правилима члана 118 Закона о облигационим односима која се иначе односе само на други део питања. Закон, наиме, у овој одредби решава једну специфичну хипотезу обавезног склада уговора са самоуправним споразумом: случај кад учесници у самоуправном споразуму закључе уговор ради *извршења* тог споразума. Тада закон са несумњивом когентношћу у дикцији, одређује да уговор м о р а бити у сагласности са самоуправним споразумом. Међутим, ако уговор ипак није закључен у сагласности са самоуправним споразумом, према закону, сваки учесник у самоуправном споразуму, па и о н а ј к о ј и н и ј е у г о в о р н а с т р а н а, *може* захтевати да се такав уговор *усклади* са самоуправним споразумом, или, ако то није могуће, да се у целини или делимично *поништи*. Право на захтев за усклађивање уговора престаје у субјективном застарном року од године дана који почиње тећи почев од сазнања за чињеницу несклада. (4) Закон још прописује правила о враћању и накнади у случају поништења уговора, дакле ситуацију када се уговор није одржао на снази његовом ревизијом у складу са регулама самоуправног споразума. Закон одређује да ако је на основу уговора који је поништен нешто било *испуњено,*

(4) В. чл. 120 ст. 1 и ст. 2 Закона о облигационим односима.

има се извршити *враћање*, а ако то није могуће, или ако се природа онога што је испуњено противи враћању има се дати одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време враћања, односно доношења судске одлуке. (5) У вези санкција за овај случај несклада уговора са самоуправним споразумом, тј. случај када је уговор акт извршења тог споразума може се најпре констатовати да је она оригинално, рационално и еластично решење Закона о облигационим односима, које ће удовољити захтевима праксе уговарања и споразумевања. Међутим, у појединостима посматрано, као и у претходном случају, случају контрарности уговора статусном самоуправном акту, ствари нису до краја јасне у погледу карактера и последица неважности уговора али и у погледу појединачних последица почев од права на позивање на ревизију односно поништење до других појединости.

У испитиваном случају није реч ни о обичној судској ревизији уговора који је предвиђен као модификационо правило у материји апсолутне, а понекад и релативне ништавости из неких грађанских законика (нпр. Мађарског грађанског законика од 1959, коју је потврдила али унеколико и изменила ревизија овог Законика од октобра 1977. године) (6), већ правило које даје основа да се говори о посебној врсти правних последица.

Већ у дикцији и према употребљеним речима садржаних у ст. 1 и ст. 2 члана 118 Закона о облигационим односима се може запазити да су заступљене карактеристичне формуле и апсолутне и релативне ништавости: У ст. 1 овог члана каже се да кад учесници у самоуправном споразуму закључе уговор ради извршења тог споразума, уговор м о р а бити у сагласности са тим самоуправним споразумом. Израз „мора" упућује на недвосмислену дужност уговарача деривираног уговора да клаузуле уговора ускладе са самоуправним споразумом, дакле на један когентан, императиван захтев за склад уговора са самоуправним актом који му је основ и оквир. Оваква дикција би лако упућивала на закључак (уколико не би било других меродавних правила) да је закон за случај несклада два акта презумирао апсолутну ништавост уговора. Међутим, став 2 истог члана одмах доводи у сумњу овакав закључак. Наиме, одре-

(5) В. чл. 119 Закона о облигационим односима.

(6) В. Службени лист НР Мађарске (Magyar Közlöny, A Magyar Népköztársaság Hivatalos Lapja), Будимпешта, од 25. октобра 1977, год. бр. 78. Параграф 209 ревидираног текста МГЗ у ст. 1. и 2. одређује да када друштвено правно лице користи једнострано одређење опште услове пословања којима се обезбеђује неоправдана једнострана корист, оштећујућу одредбу може напасти пред судом државни орган или друштвено правно лице. У случају основаности овог захтева суд ће утврдити неважност оштећујуће одредбе и то са дејством према *свима*. Ово је правило које допуњује лезионарно правило из пар. 201 МГЗ, при чему се уочава напуштање концепције релативне ништавости и кретање ка компромису између апсолутне и релативне ништавости. Суд додуше нема право на ревизију уговора као у „главном" правилу о прекомерном оштећењу (§ 201 МГЗ), већ уколико утврди нееквиваленцију, мора да поништи одредбу. При томе он не мора поништити и цео акт, већ само оштећујућу одредбу, што у ствари представља својеврсну когентну ревизију једног дела општих услова пословања или уговора. Лезионарно правило из ранијег пар. 201 и даље носи исту нумерацију и формулацију, али се више не предвиђа могућност директне судске ревизије уговора ако није реч о релацији општих услова пословања друштвених правних лица и уговора, већ само о повреди еквивалентног односа у престацијама физичких лица и грађанских правних лица. Ревизија у виду промене неравноправних услова пословања или одредаба уговора вреди дакле само за уговоре закључених између странака код којих је макар правно лице.

ђује, да када је уговор противан самоуправном споразуму, сваки учесник у самоуправном споразуму, па и онај који није уговорна страна, *може* захтевати усклађивање или поништај уговора. Реч „може" ни учесницима споразума, ни трећим лицима не налаже обавезу за подношење захтева за ревизију, нити поништаја уовора. Тиме закон упућује на другачији закључак, супротан ономе који нуди цитирани први став: интервенција учесника или трећих у правцу ревизије уговора следи у зависности од њихове процене и заинтересованости за ревизију. То би значило да је овде закон унео елементе релативне ништавости.

Дилема је очита: у једној формули (реч „мора") закон упућује на закључак о апсолутној ништавости, у друго пак (реч „може") на консеквенцу релативне ништавости дивергентног уговора. Који је коначно карактер ништавости који се овде сугерише?

Ову дилему појачва још једна чињеница. Право на ревизију или поништај уговора имају не само учесници самоуправног споразума (који по правилу директно и не морају бити уговорне стране, обзиром на начин закључивања самоуправног споразума, али не само због тога не морају бити уговорне стране, већ и због тога што деривирани уговор могу закључити и трећи), већ и „*онај који није уговорна страна*". Укључивање трећих у ред лица са правом на ревизију и поништај уговора може лако упутити и на превагу апсолутне ништавости, али може да укаже и на мање од тога.

У материји апсолутне ништавости је уобичајена формула права на нападање уговора обично дата у смислу значења израза „свако заинтересовано односно треће лице", укључив наравно и одговарајућег државног органа, у ранијим формулацијама наших закона често јавног тужиоца, у новије време друштвеног правобраниоца самоуправљања, или другог органа, заступника општих друштвених интереса. Формула „онај који није уговорна страна" је несумњиво довољно широка да обухвати и лица, све субјекте који заступају општи друштвени интерес. Исто тако, израз је довољно еластичан да обухвати и друга заинтересована лица. Међутим, са становишта правила о апсолутној ништавости, израз би могао бити и непрецизан. То утолико пре ако се има у виду истовремено и формула која упућује на могућност нападања уговора. Практично, не само заинтересована, већ и сва лица, изгледа, укључив и друштвене органе, заступнике општег интереса *могу* покренути захтев за ревизијом и поништајем уговора. Та ширина круга лица који су овлашћени на поништај је разумљив и неопходан, пошто се ради о заштити општих интереса. Међутим, није схватљиво, зашто закон није *сбавезао* на покретање поступка ревизије или поништаја, нарочито онда када је *очигледно повређен општи интерес*. Несумњиво је, да интервенција свих тих лица није увек потребна, јер је некад реч о безначајном или правно ирелевантном одступању уговора од споразума. Али се чини да је макар друштвени правобранилац самоуправљања требао имати когентну обавезу покретања поступка поништаја када је повређен друштвени интерес. Он је несумњиво и у овом случају дужан

да интервенише и може интервенисати и по основу члана 10 (опште правило о заштити од повреде друштвеног поретка и морала) Закона о облигационим односима, али је, чини се, овде то требало конкретизовати као дужност макар једног од лица који су обухваћени изразом „и онај који није уговорна страна", а не само као могућност.

Осим тога, преширока формула којом се обухвата практично свако заинтересовано, али и незаинтересовано лице са овлашћењем на активну легитимацију у спору око неусклађености уговора сам по себи упућује на најоштрију варијанту апсолутне ништавости, што се и може аргументовати. Најоштрију због тога, што у материји апсолутне ништавости право на нападање по правилу имају одговарајући друштвени орган и свако заинтересовано лице. Овде су заступљена и лица која нису директно заинтересована. Међутим, оштрину формуле изузетно ублажава диспозитивност права на поништај и ревизију баш с в и х овлашћених на нападање уговора. Исто тако, ублажење је и чињеница што се у формули изричито не именује друштвени (правобранилац самоуправљања) или одговарајући државни орган, иако опет, наравно, формула укључује и м о г у ћ н о с т њихове интервенције. Оваква дивергенција између ширине круга лица овлашћених на интервенцију у правцу отклањања последица несклада уговора са самоуправним споразумом и когентних дикција око обавезе странака да свој уговор закључе у складу са актом из којег извире и које извршава представља истовремену антиципацију два екстрема у одређивању правних последица дивергенције у питању: и правила о апсолутној ништавости, и то у његовој „оштријој" варијанти и правила о релативној ништавости.

Свему овоме се мора додати и питање права на нападање лица која нису заинтересована. Могуће је да поништај траже и лица која нису упозната са садржајем самоуправног споразума у потпуности, те да захтев поставе и у сасвим неоправданим случајевима, па и онда када учесници самоуправног споразума имају друштвено оправдани што пречи интерес за реализацијом материјалних обавеза преко уговора.

Ако би ипак тражили једну квалификацију неважности уговора у случају када се извршавајући самоуправни споразум наће у противности са њим, имајући у виду и елементе апсолутне (ширина круга овлашћених на нападање уговора, когентан захтев закона у погледу склада уговора са самоуправним споразумом) и елементе релативне ништавости (диспозитивности овлашћења на нападање) који су истовремено присутни у односним формулама закона, могло би се констатовати, да се ради о једном новом примеру „компромисне апсолутне ништавости", тј. ништавости са елементима и апсолутне и релативне ништавости. Но, ипак, чини се, то није ништавост на средини између апсолутне и релативне ништавости, већ ништавост, којим ипак доминирају општи интереси, и која се због тога више помера према правилима о апсолутној ништавости, без обзира на присуство елемената релативне ништавости. (Тај случај квалификације компромисне ништавости није једини међу правним инструментима нашег уговорног права, такву квалификацију у једном делу наше правне књижевности је добило и правило о преко-

мерном оштећењу, због његовог објективног конципирања и због интереса друштва за реализацијом начела еквивалентности у уговорном праву.) Општи интереси доминирају у испитиваном случају ништавости уговора не само због когентне дикције закона о обавезном складу уговора са самоуправним споразумом који му служи за основ и оквир и којег извршава, већ и због начина настанка самоуправног споразума, јер је он резултат колективног одлучивања радних људи, наспрам уговора који је обично акт сагласности само двеју воља.

Поред овога, питање оштрине санкција за несклад уговора са самоуправним споразумом када му је овај последњи основ и оквир, поставља се у још једном правцу. Познато је да је у материји забрањених уговора и у нашој досадашњој судској пракси по угледу на одговарајућа правила социјалистичких грађанских законодавства (Руски ГЗ, Чехословачки ГЗ и др.) а на основу индикације одредаба предратних правила из чл. 600 Општег имовинског законика за Црну Гору из 1888. г., модификованих према савременим схватањима, у случају посебно изражене дивергенције уговора са законом, на предмет престације несавесне уговорне стране примењивана је санкција одузимања у корист друштвене заједнице.

Закон о облигационим односима је усвојио правило о одузимању предмета престације несавесног уговарача и унео је једно ново моћно позитивно правно средство заштите друштвене својине и правило којим се штити друштво од забрањених и неморалних уговора. У чл. 104, ст. 2 Закон је изричито прописао да ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима или моралу социјалистичког самоуправног друштва, суд може одбити, у целини или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште, односно пребивалиште, или боравиште.

Ако посматрамо ово правило засебно, треба истаћи, да се оно увек може примењивати и на случај када је несклад уговора са својим основом, самоуправним споразумом толико изражен да се вређају општа начела друштвене заједнице, те да у тој хипотези долази у обзир и санкција одузимања предмета у корист друштвене заједнице, односно општине.

У овој хипотези се вероватно не намеће никакав посебан проблем. Проблем се отвара, чини се, у једној другој димензији, и то у два правца: први се тиче тога, да ли ће се наведени несклад уговора са самоуправним споразумом третирати увек као таква мера повреде којом се аутоматски, без даљег апострофирају одредбе о одузимању предмета престација, или само у одређеним случајевима, у зависности од околности конкретног случаја. Наиме, ако би тај несклад био увек пример поверде општих друштвених интереса, ни примена правила о релативној ништавости, нити примена правила о једној компромисној апсолутној ништавости не би долазила у обзир, већ само правила о оној најоштри-

јој варијанти апсолутне ништавости код којих се поред других, уобичајених санкција апсолутне ништавости, примењује и правило о одузимању предмета у корист друштвене заједнице. Ако би тај несклад између два поменута акта био супротан општим интересима друштва само у појединим конкретним случајевима тада би санкција одузимања долазила у обзир само у дотичним случајевима. Други правац се тиче следећег проблема: Уколико су уговор којим се извршава самоуправни споразум закључила друштвена правна лица, под претпоставком да је уговор противан споразуму из кога извире и под претпоставком да је тиме повређен општи интерес, поставља се питање, има ли места одузимању предмета, пошто се предмет несавесне стране иначе налази у друштвеној својини.

Не улазећи у детаљнија разматрања, чини се, да се код првог проблема може наћи следећа солуција. Формуле закона о облигационим односима, и поред когентних дикција, не дају основа закључку да сваки несклад уговора са самоуправним споразумом којег уговор извршава увек толиког интензитета и таквог карактера да би вређао општа начела заједнице. На то указује и чињеница што закон не изриче без даљег неважност уговора, већ указује и на могућност његове ревизије, усклађивања са актом из кога извире. По себи се разуме, да таква ревизија не би долазила у обзир уколико би противречност садржаја уговора са самоуправним споразумом била таквог интензитета да би се тиме задирало у основна начела друштвене заједнице. У том случају несумњиво, никакво усклађивање уговора не би долазило у обзир, већ би се примењивала правила најоштријих санкција о забрањеним уговорима. Чини се да је закон дао исправно начелно решење. Утолико пре, што уговор може одступити од свог основа само у неким небитним појединостима, које не само да не дирају у установу тзв. јавног поретка и морала, већ ни у установу релативне ништавости. За такав случај одступања уговора од свог основа и оквира закон је оправдано предвидео само ревизију, усклађивање уговора са самоуправним споразумом, и то само као могућност, а не и обавезу. Као могућност, ипак, само и искључиво онда, када су одступања толико незнатна, небитна и не дирају основна права и обавезе учесника да ни учесници самоуправног споразума ни уговарачи, нити други, немају правног интереса за усклађивањем. Закључак је дакле, да противљење уговора самоуправном споразуму није увек домен забрањених уговора и да због тога ни примена санкција о одузимању предмета престације не долази у обзир у свим примерима дивергенције између два акта, већ само онда када је према околностима случаја интензитет те дивергенције у тој мери изражен да се вређају основна начела друштвене заједнице.

Питање одузимања предмета престација несавесне уговорне стране када је она друштвени субјект, у корист шире друштвене заједнице је веома сложено и задире и у питање појма друштвене својине. Не улазећи у детаљнија разматрања у том правцу, намеће се ипак једно решење које се чини да извире из законских одредаба како Закона о удруженом раду, тако и Закона о облигационим односима. Чини се да према

Уставу и Закону о удруженом раду није предвиђен исти правни режим за све објекте у друштвеној својини. Различита правила вреде за ствари у општој употреби којима по правилу управља шира друштвена заједница преко својих органа и оних који се налазе у посебној употреби (нпр. средства организација удруженог рада) којима управљају и располажу радници у удруженом раду. Нема принципијелне сметње да један исти објект у друштвеној својини било због модификације намене, било због одлуке суда, не промени свој правни режим, без обзира што та промена не утиче на његово битно обележје, тј. да је и даље остао у друштвеној својини. Тако, и у случају када је садржај уговора у тој мери и на тај начин противан садржају самоуправног споразума којега извршава да је изузетно повређен друштвени интерес, без обзира што је уговор закључен од стране друштвених правних лица и што се предмет несавесне уговорне стране налази у друштвеној својини, — могла би се применити санкција одузимања предмета у корист шире друштвене заједнице (општина). Оправданост ове солуције подржава чињеница што друштвена својина коју чини предмет престаније несавесне стране одузимањем мења свој правни режим, није више у тзв. посебној употреби дотичног друштвеног правног лица, због његовог индигнитета у располагању тим средствима, већ се ствар враћа у правни режим опште употребе и о његовој судбини одлучиваће одговарајући органи општине, односно, право располагања ће припасти општини.

Према томе, санкције контрадикторности уговора са самоуправним споразумом из којег извире уговор, у начелу посматрано, ближе су правилима о апсолутној ништавости (ширина овлашћених на нападање, когентност захтева за складом два акта). При томе су истовремено заступљени и елементи релативне ништавости (могућност усклађивања и одржавања уговора на снази и др.), сем у случају када је овом дивергенцијом повређен друштвени поредак и морал када се према околностима случаја могу применити и правила о одузимању предмета у корист општине, чак и када су уговарачи уговора којим се извршава самоуправни споразум друштвена правна лица.

Овакве санкције би сходно могле бити примењене и на случај противности садржаја уговора статусним или општим самоуправним актима (чл. 22 Закона о облигационим односима). Тада је дакле у принципу такође реч о случају компромисне апсолутне ништавости, са елементима релативне ништавости сем ако је повређен општи интерес који искључује одржавање уговора на снази. За овај случај дивергенције, потребно је још напоменути да ништавост не може погодити уговараче ако нису знали да им је уговор противан са садржајем општег акта. Зато, у случају савесности уговарача, уговор, према закону, остаје на снази. Поред савесности, за одржавање неизмењеног уговора на снази поставља се још један услов: да закон друкчије не решава судбину уговора у посебном случају. Чини се да је тај посебан случај предвиђен управо у одредби у којој се говори о обавезном складу уговора и самоуправног споразума кад први извршава потоњи. То значи, да ако уговор извршава самоуправни споразум као општи правни акт, уговор не може

остати увек на снази без имена, или можда чак уопште не може остати на снази ако то околности захтевају, као што то омогућује чл. 22 Закона о облигационим односима, без обзира на то што је испуњен услов савесности уговарача око незнања за недостатак противности уговора са самоуправним општим актом. У другим случајевима, када уговор не извршава општи самоуправни акт у једном директном смислу, његов противан садржај, под условом савесности странака оставља уговор на снази без његове ревизије. Ово решење Закона о облигационим односима је сасвим оправдано. Оно не намеће уговорницима директну обавезу да се приликом закључења уговора упознају са садржајем релевантних самоуправних аката, иако ће то у пракси бити индикативно и корисно, да не би дошло до непотребних дивергенција па и спорова, већ се, чини се, може разумети тако, да је странка несавесна тек онда када је, знајући за садржај самоуправног акта, свесно уговорила обавезе које су супротне одредбама тог општег акта.

III

Што се тиче могућности хипотезе да уговор послужи као основ и оквир, дакле извориште самоуправном споразуму, чини се, требало би имати у виду следеће. Такву хипотезу не би требало сасвим искључити иако се мора имати у виду да ће она бити сразмерно ређа у пракси споразумевања и уговарања. Круг случајева, у којима је таква релација уговора и самоуправног споразум могућа, тешко је одредити на сасвим принципијелан начин. Чини се, ипак, да постоје две групе случајева у којима би уговор могао бити извориште самоуправног споразума: у прву групу спадају они који су изричито прописани законом, и то пре свега Законом о удруженом раду, а у другу групу они код којих је посебан стицај чињеничних околности у ланцу прометних операција произвео овакву релацију.

У члану 309 Закона о удруженом раду је изричито предвиђена чињенична подлога у којој ће самоуправни споразум имати извориште у уговору. Према одредбама овога члана, „на основу уговора о оснивању уговорне организације, радници и пословоће закључују самоуправни споразум о удруживању којим ближе уређују међусобна права, обавезе и одговорности у уговорној организацији". Уговор о оснивању уговорне организације мора бити закључен у писменој форми (чл. 308 ст. 1 ЗУР-а). Пред тога, овај уговор мора да садржи тачно одређене елементе, које закон захтева, а нарочито одредбе статусног карактера (фирма, седиште, делатност), одредбе о средствима, о правима и обавезама радника и пословоће по основу рада удруженим средствима и средствима у друштвеној својини, о начину расподеле дохотка, о начину враћања удружених средстава и о одговорности уговорне организације према трећим лицима (чл. 308. ст. 2 ЗУР-а). Према томе, и форма и садржај уговора о оснивању уговорне организације указују на то да је ту уговор оквиран акт и да се по свом садржају приближава обележјима општег прав-

ног акта, без обзира што према ничину закључивања задржава своје особености уговора у традиционалном смислу, дакле акта, којим се уобичајено регулишу индивидуалне правне ситуације. И поред начелног садржаја оваквог уговора, обавезе које се заснивају у том уговору претежно су облигационог карактера, иако се несумњиво уносе и елементи којима се уговору придају нова обележја којима добија нову димензију, друштвено и самоуправно правно обележје и социјалну функцију. Због тога је имогуће да из овако конципираног уговора проистиче обавеза за закључивањем самоуправног споразума којим ће се детаљније регулисати права и обавезе учесника у уговорној организацији.

Закон (ЗУР, чл. 309) користи речи „на основу уговора о основању..." „...радници и пословођа закључују самоуправни споразум о удруживању", што значи да се приликом закључивања самоуправног споразума морају поштовати одредбе уговора о основању, који је темељ самоуправном споразуму. Самоуправни споразум мора бити усклађен са уговором о основању.

Ван овог законом регулисаног случаја, у пракси споразумевања и уговарања, вероватно ће се, обзиром на посебне околности случаја показати потреба да уговор буде основ и оквир самоуправном спразуму. О томе ће вероватно бити речи у примерима међународних трговинских и пословних операција, у случајевима закључивања међународних уговора; али и ван тих ситуација са елементом иностраности или односа два суверенитета, — и у унутрашњем праву можемо претпоставити неколико хипотеза код којих ће уговор бити оквирни и полазни акт, као што би могао бити случај уговора о дугорочној пословној и техничкој сарадњи, уговора о инвестирању и сл. Несумњиво је, да и у оваквим случајевима, иако о томе нема директних законских регулатива, уговор и следујући споразум морају бити усклађени.

Ако је хипотеза о уговору као основу и самоуправном споразуму као дериviраном акту могућа релација између та два акта и то у законом предвиђеним случајевима и у одређеним приликама када елеменат иностраности или однос два суверенитета или оквиран и начелан карактер уговора у пословним операцијама то захтева, и ако се у таквом односу два акта захтева њихов когентан склад, — поставља се питање правних санкција за случај неусклађености самоуправног споразума са својим изворштем, уговором, којега извршава. За овај несклад ни ЗУР ни Закон о облигационим одчосима није изричито прописао санкције. Saedes materiae, санкције за ову врсту несклада је требао да поништи Закон о облигационим односима. Међутим, у том закону не налазимо одредбе о томе. Закон о удруженом раду је поставио темеље једном могућем случају несклада самоуправног споразума са уговором који му служи као основ и оквир, у чл. 309. али не прописује санкције. Додуше, у чл. 588. Закона о удруженом раду налазимо санкције формулисаних на општи начин, које би несумњиво имале примену када би се дивергенцијом самоуправног споразума и уговора вређали општи интереси и општа начела друштвене заједнице: „Ако је самоуправни споразум закључен ради остварења недозвољеног интереса и циља или о

предмету који је недозвољен, он не производи правно дејство. Циљ и предмет самоуправног споразума су недозвољени, ако нису у складу са уставом или ако су у супротности са законом или са начелима морала социјалистичког самоуправног друштва." Када је дакле, несклад самоуправног споразума са уговором таквог садржаја и интензитета да вређа општа начела друштва, и ступио на терен забрањености и противзаконитости, наступа апсолутна ништавост ex tunc. У том случају, чини се, чак ни санкција одузимања предмета у корист шире друштвене заједнице не би била немогућа.

Остаје проблем одређивања санкција за случај када дивергенција самоуправног споразума према његовом извориштy није екстремно изражена и када се том дивергенцијом не вређају општа начела друштва. Ова материја је остала непокривена у правилима закона. Ипак, чини се да и за овај случај, аналогно правилима Закона о облигационим односима, или, још боље, комплементарном применом правила овог закона о нескладу уговора са самоуправним споразумом, када уговор извршава самоуправни споразум, долазимо и до санкција када је уговор основ и оквир самоуправном споразуму. При томе, сходно вреде сва она правила која су предвиђена Законом о облигационим односима.

Према томе, правне последице, чини се, треба одредити на једнак начин и за случај противности уговора са самоуправним споразумом и за случај када самоуправни споразум произилази из одредаба уговора. Разлог за то можемо наћи у следећем. Код нас се уговор као инструмент промета по свом карактеру не одваја од других, нових инструмената, јер је његов друштвени и правни карактер (нарочито социјална компонента), инкорпорисан у социјалистички друштвени систем. У ситуацијама када је уговор извориште самоуправном споразуму, реч је о таквом садржају уговора који је лимитиран когентним прописима закона. Тај садржај је по правилу начелног и општег домета (случај уговорне организације), или од посебног друштвено-економског значаја (уговори о инвестиционој изградњи) за које случајеве важе посебни законски прописи, чиме је обезбеђена заштита друштвених интереса.

IV

Уговор и самоуправни споразум као инструменти промета уопште посматрано представљају два комплементарна акта, инструмета промета, који један другоме могу да послуже као основ и оквир ради реализације одређених прометних операција. Када један акт извршава материјалне обавезе предвиђене на општи начин у оквирном акту одн. извориштy, деривирани акт, без обзира да ли је уговор или самоуправни споразум у питању, мора бити у складу са актом који му служи за основ и оквир. У случају неусклађености деривираног акта са својим извориштем примењују се санкције предвиђене у Закону о удруженом раду и Закону о облигационим односима на сходан и комплеметаран начин. У зависности од интензитета и правног садржаја у том нескладу,

санкције се крећу од могућности одржавања деривираног акта на снази са могућношћу кориговања одступања, до апсолутне ништавости ex tunc укључив и одузимање предмета у корист шире друштвене заједнице чак и онда када је уговарач или учесник самоуправног споразума као деривираних аката друштвено правно лице.

мр Јожеф Салма

РЕЗЮМЕ

Законная регулировка воспрещенного несоответствия самоуправительного соглашения и договора, являющихся друг другу основой и рамками

Самоуправительный договор является новым регулировочным инструментом в югославском законе. Его место в правовой системе определено Конституцией (1974 г.) и Законом об объединенном труде (1976 г.). Распространяясь на широкий спектр, этот правовой инструмент может стать источником права, если происходит из автономных нормативных компетенций трудящихся в предприятиях объединенного труда и других ассоциациях, и улаживает правила поведения общим способом. Кроме этих рамок, в которых имеет характер общего правового акта, самоуправительный договор может регулировать и индивидуальные правовые ситуации, при чем, ставя основу для субъективного права, получает черты отдельного правового акта. В этом случае самоуправительный договор может создать и материальные обязательства участвующих в обороте. В связи с тем, что и договор сохраняется как инструмент оборота, законодатель поставил принципы, на которых основываются отношения этих двух актов. Самоуправительное соглашение и договор являются дополнительными инструментами оборота. Они могут, кроме других отношений, служить друг другу основой и рамками в случае реализации оборотных операций. Когда один из этих актов выполняет материальные обязательства, установленные принципиальным образом в другом рамочном акте, Закон об облигационных отношениях (1978 г.) предписывает, что исходящий акт должеч соответствовать рамочному акту, его осуществляющему. Однако, если все же существует несоответствие, тогда применяются санкции, чья интенсивность зависит от размеров и содержания этого несоответствия. Правовые последствия вращаются от сохранения договора (самоуправительного соглашения) т.е. от исходящего акта с возможностью коррекций его отступлений до абсолютного аннулирования этого акта. Если же при этом очевидно наносится урон общественному интересу, тогда не исключается ни возможность отнятия предмета платежных возмещений в пользу более широкого общественного содружества, даже и тогда, когда договаривающийся или участвующий в обороте, заключивший исходящий акт, является общественным правовым лицом.

A SUMMARY

Legal Sanction of Prohibited Disparity between a Self-management Agreement and a Contract when they are Basis and Scope of each other

The self-management agreement is a new regulative instrument in Yugoslav law. Its place in the legal system is determined by the Constitution (1974), and the Law on Associated Labour (1976). On a broad basis, this legal instrument could be a legal source if it originated from the autonomous normative competence of the working people in the basic organisations of associated labour and other associations and regulated the rules of conduct in a general way. Besides this aspect, in which it has the characteristic of a general legal act, the self-management agreement could also sanction individual legal situations, and in doing so, establish subjective rights, acquiring the features of an individual legal act. In this case, the self-management agreement could also create (determine) material responsibilities of the participants in the business activity in question. Since the contract is also an instrument in this sphere, the legislator has laid down the principles of the relationship between the two acts. The self-management agreement and the contract are complemental instruments in the sphere of busines activity (turnover). Among other things, they could serve as the basis and scope of each other at realisation of the turnover operation. Whenever one of these acts executes material responsibilities established as principles in the other, the one defining scope of the activity, the Law on Obligation Relations (1978) provides that the derivative act must be consistent with the scope laid down by the act which it is executing. If disparity still occurs, then there are applied sanctions the intensity of which depnds on the dimensions and legal content of the disparity in question. Legal consenquences range from keeping the contract (self-management agreement), that is, the derivative act, in force with the possibility of rectification of the deviation, to the absolute anullment of the act. If the social (public) interest has been injured in doing so, then it is possible to seize the object „in praestatio" in favour of the larger social entity even when the contractual party or participant in the business activity, who has concluded the derivative act, is a social legal person.

RÉSUMÉ

La réglementation légale de la discordance interdite de la convention autogestionnaire et du contrat quand ils sont l'un à l'autre le fondement et le cadre

La convention autogestionnaire est un nouvel instrument régulateur dans le droit yougoslave. Sa place dans le système juridique est déterminée par la Constitution (1974) et par la Loi sur le travail associé (1976). En évoluant sur un large spectre, cet instrument juridique peut être la source du droit, pour autant qu'il découle de la compétence normative autonome des travailleurs dans les organisations de travail associé et des autres associations et détermine les règles de comportement de manière générale. A part cette dimension, dans laquelle elle a le caractère d'acte juridique général, la convention autogestionaire peut réglementer aussi les situations juridiques individuelles, auquel cas, en fondant les droits subjectifs, elle

obtient les caractères de l'acte juridique isolé. Dans ce cas la convention autogestionnaire peut créer des obligations matérielles des participants dans les échanges. Etant donné que le contrat est maintenu aussi comme instrument dans les échanges le législateur a établi les principes sur lesquels est basé le rapport de deux actes. La convention autogestionnaire et le contrat sont les instruments complémentaires des échanges. L'un à l'autre, à part les autres relations, peuvent servir de fondement et de cadre à l'occasion de la réalisation des opérations d'échanges. Quand un de ces actes execute les obligations matérielles établies sous forme de principe dans l'autre, l'acte d'enchâssement, la Loi relative aux rapports d'obligation (1978) prescrit que l'acte dérivé doit être en conformité avec l'acte d'enchâsement qu'il met en pratique. Si une discordance se produit quand même, on applique les sanctions dont l'intensité dépend des dimensions et du contenu juridique de cette discordance. Les conséquences juridiques évoluent à partir du maintien du contrat (de la convention autogestionnaire), c'est-à-dire de l'acte dérivé en vigueur avec la possibilité de corriger ses variations, jusqu'à la nullité absolue de cet acte. Si dans ce cas une atteinte importante a été portée à l'intérêt social, la possibilité n'est pas exclue de retier l'objet de la prestation au profit de la communauté sociale, même alors que la partie contractante ou le participant dans l'échange qui a conclu l'acte dérivé est une personne morale sociale.

ОДЛИКОВАНИ ПРОФЕСОРИ И РАДНИЦИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Указом Председника Републике СФРЈ одликовани су за дугогодишњи предан рад на образовању, за допринос нашим правним наукама и успешан рад Правног факултета, следећи радници Правног факултета Универзитета у Београду:

Др *Михаило Константиновић*, редовни професор у пензији, Орденом заслуга за народ са златном звездом;

др *Јован Ловчевић*, редовни професор у пензији, Орденом заслуга за народ са златном звездом;

др *Радомир Лукић*, редовни професор, Орденом заслуга за народ са златном звездом;

др *Милош Радојковић*, редовни професор у пензији, Орденом заслуга за народ са златном звездом;

др *Драгомир Стојчевић*, редовни професор, Орденом заслуга за народ са златном звездом;

др *Драгаш Денковић*, редовни професор у пензији, Орденом рада са црвеном заставом;

Танасије Јанићијевић, шеф Одсека за студентска питања, Орденом рада са сребрним венцем.

Одликовања Председника Републике професорима и радницима нашег факултета уручио је 14. децембра 1978. у Председништву Скупштине СР Србије, друг Душан Чкребић, председник Скупштине СР Србије.

Тим поводом председник Скупштине СР Србије друг Душан Чкребић одржао је пригодан говор.

У име одликованих професора и радника захвалио се професор др Михаило Константиновић.

У овом броју објављујемо текстове оба говора.

— *Душан Чкребић*

Другарице и другови,

Имам пријатну дужност да врло истакнутим професорима Правног факултета Универзитета у Београду, др Михаилу Константиновићу, др Јовану Ловчевићу, др Радомиру Лукићу, др Милошу Радојковићу, др Драгомиру Стојчевићу и др Драгашу Денковићу, као и заслужном дугогодишњем раднику овог Факултета, шефу Одсека за студентска питања Танасију Јачићијевићу, уручим одликовања Председника Републике, којим су одликовани за дугогодишњи предан рад на образовању, за допринос нашим правним наукама и успешан рад Правног факултета.

Правне науке су међу областима научног стварања које имају дугу историју. Оне су научно засноване још у старом веку а њихов развој и унапређивање пратио је и омогућавао развој друштва и цивилизације. Правне науке имају најширу актуелност и данас, у време снажног материјалног и друштвеног прогреса човечанства, када својим развојем треба да допринесу, у националним и међународним оквирима, условима за ослобођење човека, хуманим и демократским друштвеним односима.

Правне науке имају велику традицију у Србији. Потреба за стручним кадровима, правницима, осетила се одмах по стварању независне српске државе. Тако је правни одсек на Лицеју основан 1841. године, да би се интересовање за студирање права наставило у свим етапама нашег бурног и динамичног развитка.

Правни факултет у Београду убраја се међу најзначајније научне и педагошке установе наше земље. У његовом крилу стасали су и развили се бројни научни радници, који су својим делима задужили научну мисао, а у више примера својим оригиналним прилозима обогатили правну науку у најширем смислу. На њему су дипломирали бројни стручњаци неопходни у свим областима друштвеног развоја, у правосуђу, државној управи, друштвеним делатностима и привреди. Врсни научници и педагози са Правног факултета васпитавали су млада поколења да спознају друштвене односе и њихов карактер и да својим доприносом помогну и унапреде друштвени и економски развој своје земље. Правни факултет био је и у сложеним временима између два светска рата и непријатељске окупације, извориште прогресивних слободарских, хуманих и демократских стремљења.

Дачас у социјалистичкој, самоуправној заједници коју градимо, друштвена улога Правног факултета добија нове, још значајније садржаје. Ми изграђујемо систем социјалистичких самоуправних односа без узора и модела, на основу историјских опредељења радничке класе и вековних слободарских тежњи наших народа. Социјалистичка држава и социјалистичко право у условима самоуправних друштвено-економских односа губе карактер класичне државе и класичног права. У процесу преношења државно-правних функција са државног апарата на удружени рад и самоуправно организоване радне људе и грађане, настаје потреба и за новим нормама, које више немају обележја класичних правних норми и класичног права, већ самоуправних норми и самоуправног права. Правници су зато дачас међу најтраженијим стручњацима, без чијег рада и ангажовања у свим сферама друштвеног и привредног живота, наш брз и свестран развој не би био могућ. Отуда Правни факултет мора и надаље својим целокупним деловањем, наставним програмом а посебно садржајем, да у самоуправном и социјалистичком духу васпитава младе људе који ће се не само брзо уклапати у наш друштвени, политички и економски живот, него ће бити и оспособљени да га унапређују и даље развијају.

Пред правним и уопште друштвеним наукама су и даље сложени задаци. Оне треба да прате и подстичу динамичну, самоуправну праксу друштвених односа. Свесни смо да је даљи друштвени развитак веома сложен процес. Од друштвених наука очекујемо да нам омогуће дубљу спознају метода и путева за које се као друштво опредељујемо. При томе, друштвеним а посебно правним наукама, мора бити и даље стран сваки шематски приступ, већ свој развој треба и даље да заснивају на аутентичним друштвеним вредностима, искуствима из досадашњег развоја и демократским и слободарским тежњама наших народа.

Другарице и другови,

Са посебним задовољством желим да истакнем да су афирмацији наших правних наука, а тиме и афирмацији социјалистичке Југославије у свету, својим изванредним научним достигнућима и друштвеним ангажовањем, значајан лични допринос дали професори Константиновић, Ловчевић, Лукић, Радојковић, Стојчевић и Денковић. Плодним, најшире друштвено афирмисаним, научним и педагошким радом, они су створили дела од изванредног значаја за разумевање и даљи развој самоуправних социјалистичких односа, а својим теоријским радовима значајно су повећали домет правним и друштвеним наукама уопште. Одликовани професори су били учесници у изграђивању нове, социјалистичке власти и дали непосредан допринос у законодавној регулативи нове, социјалистичке државе.

Дела ових истакнутих научних радника на најбољи начин илуструју суштину наших друштвених опредељења. У њима је садржана револуционарност и хуманост социјализма и дубоке демократичности

самоуправљања. У њима је и спознаја неопходности да градимо отворено друштво, ангажовано за мирољубиву међународну сарадњу, прогресивне и демократске тежње савременог човечанства. Зато одликовања, која су додељена професорима Константиновићу, Ловчевићу, Лукићу, Радојковићу, Стојчевићу и Денковићу, представљају израз најширег друштвеног признања за њихов велики лични допринос развоју правних и друштвених наука, као и укупном развоју наше земље.

Задовољство ми је што одликовање Председника Републике могу да уручим и другу Танасију Јанићијевићу, који је свој дугогодишњи предани рад на бројним и увек значајним студентским питањима уткао у успешно деловање Правног факултета у Београду.

Свим одликованим друговима срдачно честитам на високом признању Председника Републике и изражавам најбоље жеље за даље успехе у њиховом друштвеном ангажовању и раду на добро наше социјалистичке самоуправне заједнице.

— *Проф. др Михаило Константиновић*

Друже председниче,

Дозволите ми да Вам захвалим на речима којима сте пропратили предају одликовања мојим колигама и друговима и мени и да Вас замолим да будете тумач наше дубоке захвалности председнику Социјалистичке Федеративне Републике Југославије маршалу Титу за почаст која нам је указана.

Повод за то је наш рад на праву и другим друштвеним наукама. Та активност је одувек била значајна, како за живот појединаца, тако и за живот друштва као целине.

Давно, пре много векова записано је да има три основна правила права, а то су: живети поштено, не наносити штету другоме и сваком признати оно што је његово. У ствари, то је сврха права, то су руководна начела за све, и правнике и неправнике. За формирање правника, да неко постане правник, потребно је савладати више разних дисциплина, за то треба доста времена и напора. Потребно је научити разликовати разноврсне односе, који могу настати између разних субјеката, појединаца и њихових група, рашчланити сложену стварност и утврдити о чему се ради.

То је потребно и данас, када се поље примене закона сужава у корист друштвених договора, самоуправних споразума и других самоуправних општих аката, који све више постају извори права. Они неће потпуно заменити закон, али у области привредне делатности они ће све више долазити до изражаја. За њихово састављање и примену биће потребна сарадња правника, наших ученика. Мислим да су они дорасли том задатку, а то за нас значи да се можемо повући у мир, пошто смо своју дужност испунили.

Др Драгољуб Стојановић: Толкование договора — — — — — — 465

Др Обрен Станковић: Возмещение убытка (имущественного и неимущественного) согласно Закону об облигационных отношениях 483

Др Јаков Радишић: Ответственность за убыток по отношению к предмету с недостатком — — — — — — — — — — — 495

Др Марија Тороман: Продажа по образцу и продажа по спецификации — — — — — — — — — — — — — — — — 507

Др Светислав Т. Аранђеловић: Чрезмерный убыток согласно Закону об облигационных отношениях — — — — — — — — — 521

Никола Гавела: Продолжение обязательных отношений после смерти должника в свете постановлений Закона об обязательных отношениях — — — — — — — — — — — — — 535

Др Славко Царић: Договор о контроле товара и Закон об облигационных отношениях — — — — — — — — — — — — 553

Др Стефан Георгиевски: Новинки в деле принудительного исполнения облигаций — — — — — — — — — — — — — 565

Др Младен Драшкић: Ответственность за материальные недостатки проданного предмета согласно Закону об облигационных отношениях — — — — — — — — — — — — — 579

Др Предраг Шулејић: Договор об обеспечении (страховании) в новом Законе об облигационных отношениях — — — — 597

Др Зоран Компањет: Реальный договор после вступления в силу Закона об облигационных отношениях — — — — — — 617

Др Миодраг Орлић: Противопоставление арендаторского права закупщику до передачи — — — — — — — — — — 629

Др Вјекослав Шмид: Кладовая ресторана — — — — — — — 643

Др Зоран Ивошевић: Возмещение убытка из-за уменьшения жизненных деятельностей — — — — — — — — — — — 661

Др Луција Спировић-Јовановић: Содержание гарантии за правильные действия в договоре о продаже — — — — — — — 677

Ратомир Слијепчевић: Договор о лицензии в современном югославском законодательстве — — — — — — — — — — — 687

Мг Јожеф Салма: Законное регулирование запрещенного несоответствия самоуправмтельного договора и договора, являющихся друг другу основой и рамками — — — — — — — — — 687

ХРОНИКА ФАКУЛЬТЕТА — — — — — — — — — — — — 717

CONTENTS

Dr Borislav T. Blagojević: The Law on Obligation Relations as a Reflectin of its Time — — — — — — — — — — — — 227

Dr Radomir Đurović and dr Miodrag Orlić: From a General Property Law to the Law on Obligations Relations — — — — — — 245

Dr Obrad Stanojević: The „Sketch" of Mihailo Konstantinović — — 267

Dr Slobodan Perović: The Main Determinations of the Law on Obligation Relations Concerning Contractual — — — — — — 285

Dr Vladimir Kapor: The Application of Customs and Usance According to the Law on Obligation — — — — — — — — — — — 335

Dr Živomir Đorđević: The Principle of Equal Value of Delivery — 349

Dr Milan Brkić: The Questions of the Legal Establishment of Obligation Relations — — — — — — — — — — — — — — 305

Dr Borivoje Poznić: Review of Some Provisions Contained in the Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — 367

Dr Vrleta Krulj: Monetary Nominalism and the Doctrine of Valorisation — — — — — — — — — — — — — — — 389

Dr Ivica Jankovec: Contracts in the Economy According to the Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — 409

Dr Stojan Cigoj: New Solutions in Respect of the Optional Alternative in Yugoslav Law — — — — — — — — — — — 424

Dr Vladimir Jovanović: Legal Regulations Concerning Representation According to the Law on Obligations — — — — — — — 437

Dr Dimitar Pop-Georgijev: Agreed responsibility according to the law of obligations — — — — — — — — — — — — — 451

Dr Dragoljub Stojanović: The Interpretation of Contracts — — — 465

Dr Obren Stanković: Compensation of Damage (as a Property and Non-property Settlement) According to the Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — — — — 483

Dr Jakov Radišić: Responsibility for Damage Caused by Defective Goods — — — — — — — — — — — — — — — 495

Dr Marija Toroman: Sale according to Sample and Sale according to Specification — — — — — — — — — — — — — 507

Dr Svetislav Aranđelović: Excessive Damage According to the Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — — 521

Nikola Gavella: The Continution of Obligation Relations after the Debtor's Death in Respect of the Provisions of the Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — — — 535

Dr Slavko Carić: The Contract of Control of Goods and the Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — — 553

Dr Stefan Georgievski: Novelties in the Procedure of Coercive Execution of Obligations — — — — — — — — — — — — 565

Dr Mladen Draškić: Liability for the Material Defects of Sold Goods According to the Law Obligation Relation — — — — — — 579

Dr Predrag Šulejić: The Contract of Insurance in the new Law on Obligation Relations — — — — — — — — — — — — 597

Dr Zoran Kompanjet: „Real" Contracts After the Coming into force of the Law on Obligation Relations — — — — — — — 617

Dr Miodrag Orlić: The Opposition of the Renter's Rights to that of the Obtainer Prior to Submission — — — — — — — — 629

Dr Vjekoslav Šmid: Hotel Industry Deposit — — — — — — — — 643

Dr Zoran Ivošević: Compensation of Damage due to Reduced Living Activities — — — — — — — — — — — — — — — 661

Dr Lucija Spirović-Jovanović: The Contents of the Guarantce for the Proper Functioning Unger Sales Contracts — — — — — — 677

Ratomir Slijepčević: Licence Contracts in Contemporary Yugoslav Legislature — — — — — — — — — — — — — — — 687

Mr Jožef Salma: Legal Sanction of Prohibited Disparity Between a Self-Management Agreement and a Contract when they are Basis and Scope of each other — — — — — — — — — — 701

NOTES — — — — — — — — — — — — — — — — — 717

SOMMAIRE

Dr Borislav T. Blagojević: La Loi relative aux rapports d'obligation à la lumière de son temps — — — — — — — — — — 227

Dr Radomir Đuđrović et Dr Miodrag Orlić: Du Code patrimonial général à la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — 245

Dr Obrad Stanojević: „L'Esquisse" de Mihailo Konstantinović — — 267

Dr Slobodan Perović: Les déterminations fondamentales de la Loi relative aux rapports d'obligation dans le domaine du droit contractuel — — — — — — — — — — — — — — 285

Dr Milan Brkić: La question de l'organisation des rapports d'obligation — — — — — — — — — — — — — — — 305

Dr Vladimir Kapor: L'application des coutumes et des usances d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — 335

Dr Živomir Đorđević: Le principe de l'equivalence des prestations d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — 349

Dr Borivoje Poznić: Exposé sommaire de quelques dispositions de la Loi relative aux rapport d'obligation — — — — — — — 367

Dr Vrleta Krulj: Le nominalisme monétaire et la doctrine de la valorisation — — — — — — — — — — — — — — 385

Dr Ivica Jankovec: Les contrats dans l'économie d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — — — — — 409

Dr Stojan Cigoj: Quelques solutions au sujet de „facultas alternativa" dans le droit yougoslave — — — — — — — — — — 424

Dr Vladimir Jovanović: Les règles de droit sur la représentation d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — 437

Dr Dimitar Pop Georgijev: La responsabilité contractuelle d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — — 451

Dr Dragoljub Stojanović: L'interprétation du contrat — — — — 465

Dr Obren Stanković: La compensation du dommage (matériel et moral) d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — 483

Dr Jakov Radišić: La responsabilité pour le dommage causé par la chose qui a un défaut — — — — — — — — — — — 495

Dr Marija Toroman: La vente par échantillon et la vente par spécification — — — — — — — — — — — — — — — 507

Dr Svetislav T. Aranđelović: La lésion des normes d'après la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — — — — 521

Nikola Gavella: La continuation des rapports d'obligation après la mort du débiteur à la lumière des dispositions de la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — — — — — — — 535

Dr Slavko Carić: Le contrat de contrôle des marchandises et la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — — — — 553

Dr Stefan Georgievski: Les nouveautés dans la procédure de l'exécution coercitive des obligations — — — — — — — — — — 565

Dr Mladen Draškić: La responsabilité pour les défauts matériels de la chose vendue d'après la Loi relative aux rapports d'obligation 579

Dr Predrag Šulejić: Le contrat d'assurance dans la nouvelle Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — — — — 597

Dr Zoran Kompanjet: Les contrats réels après l'entrée en vigueur de la Loi relative aux rapports d'obligation — — — — — — 617

Dr Miodrag Orlić: L'opposabilité du droit du locataire à l'acquéreur 629
Dr Vjekoslav Šmid: Le dépôt hôtelier — — — — — — — — 643
Dr Zoran Ivošević: La compensation du dommage en raison de la diminution des activités vitales — — — — — — — — — 661
Dr Lucija Spirović-Jovanović: Le contenu de la garantie pour le fonctionnement normal dans le contrat de vente — — — — — 677
Ratomir Slijepčević: Le contrat de licence dans la législation yougoslave contemporaine — — — — — — — — — — — 687
Mr Jožef Salma: La réglementation légale de la discordance interdite de la convention autogestionnaire et du contrat quand ils sont l'un à l'autre le fondement et le cadre — — — — — — 701
CHRONIQUE DE LA FACULTÉ — — — — — — — — — — 717

Уредништво АНАЛА моли своје сараднике да рукописе достављају откуцане на машини са проредом и са довољно белине са стране. Примљене рукописе Уредништво не враћа.

АНАЛИ ће објавити и, у границама могућности, приказати сваку нову књигу послату на приказ.

АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ излазе двомесечно.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду" у 1978. за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин. 90.—
2. За појединце	„ „ 60.—
3. За студенте (редовне и ванредне)	„ „ 20.—
4. За један примерак	„ „ 15.—

Претплата за иностранство износи н. д. 140.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-032-4356

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501