

## АПСТРАКТНА ШТЕТА

(Појам и правне особине)

### I ДИЛЕМЕ И ИСТОРИЈСКИ КОРЕНИ

#### A. Основни проблем

1. Мотив разматрања апстрактне штете је у појмовној недоследности или тачније, великој разноликости која је карактеристична не само за дефиниције у нашој, већ и у страниј доктрини. Колико аутора, толико схватања. Међутим, ближа анализа може да покаже, да је само изглед да су у питању велике разлике у схватањима. У стварности је реч о таквим дефиницијама којима се обухватају само елементи или поједини видови апстрактне штете. Зато се пре може рећи да се ретко наилази на синтезу. По свему судећи, проблем није у некој нетачности тих приступа или у неизграђености института, већ у некомплетном обухвату реалних обележја апстрактне штете, односно у дефинисању само њених појединих видова. (Узрок је вероватно у томе, што готово и нема монографске или друге студије у овој материји).

Тако неки аутори наглашавају само *извор* (обавезе накнаде) апстрактне штете битним, па сматрају да је та штета (обавеза) увек уговорног порекла.<sup>(1)</sup>

(1) Тако за наше право, в. Владимир Капор, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, „Службени лист“, 1978, том I, стр. 867, тач. 258-260; Душан Стаменковић, *Накнада штете у случају раскида продаје*, Уговорно одштетно право по ЗОО, „Зборник радова“ Београд, 1979, стр. 307; за страну и упоредно право, в. Henri et Léon Mazeaud et André Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome III, Montchrestien, Paris 1960, p. 509-524, посебно стр. 512; Léontin-Jean Constantinesco, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droit Français, Allemand, Anglais)*, Publications de l'Institut de droit Européen de de l'Université de la Sarre, Kohlhammer Verlag, Librairie Encyclopedique, Stuttgart-Bruxelles, 1960 p. 11-12; B. Staehelin, *Vergleichende Privatrecht im englischen und schweizerischen Privatrecht*, Basel, 1954; H. Anton., *Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht*, Diss., Namslau, 1905; H. Dernburg., *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte*, 2. izd., Heidelberg, 1858; H. Lange., *Schandensatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955; Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Das Recht der Schuldverhältnisse*, Manz-Wien, 1923. p. 190-191 Világiv. Gyula Miklos-Eörsi, *Magyar polgári jog*. Tankönyvkiadó, Budapest tom I. p. 492; Tamás Sándor, *Kárterítés szerződészegésért a nemen jogban (különös tekintettel a hibás teljesítésére)*. „Allam és Jogtudomány”, br. 3/1981. p. 405-440. и др.

Други напротив, сматрају да је извор (обавезе накнаде) апстрактне штете у закону.<sup>(2)</sup> Но, заједничко је тим ставовима, што сагласно сматрају да је то штета која је предвиђена за случај неизвршења уговора.

Друга група схватања у први план ставља висину апстрактне штете у компарацији са стварном штетом и методологију утврђивања накнаде, при чему је заједнички именитељ свих варијанти да је апстрактна штета *унапред предвиђен* и од *стварне штете* (мање или више) *независан* износ.<sup>(3)</sup> У овој групи схватања разлика у гледиштима испољава се не само у погледу вољног или легалног односа одређивања висине, већ и у методу одређивања (паушално, диференцијално, опште, сурогационо и др.). Није једнодушно решен у разним правима ни однос *примарне* (уговорене) обавезе (престације) и *секундарне* обавезе, апстрактне штете (вољне или легалне санкције за неизвршење) па ни положај апстрактне штете. Најпре тај однос није дефинисан сасвим јасно на разини диспозиције и санкције, јер је у уговорној пракси и прво и друго често последица сагласне воље уговорних страна. Затим, питање је *да ли се дужник исплатом апстрактне штете а priori ослобађа извршења примарне обавезе*. Питање је дакле, да ли било који разлог неизвршења и било какво *дужничково понашање* (савестан, несавестан однос, мотивисано или немотивисано извршење, посебно доцња) доводи до истих последица: *редукције одговорности на уговорени износ штете*, до ослобођења од примарне обавезе, па и стварно наступиле (од уговорене веће) конкретне штете?<sup>(4)</sup>

Од битног је интереса да ли је за накнаду апстрактне штете или за доспелост те штете, од значаја чињеница да ли је услед неизвршења уговора настала *било каква штета*. Наиме, према једном гледишту одговор на то питање је линија разграничења апстрактне (*паушалне*) штете и *специјалних* видова уговорне штете (нпр. уговорне казне), пошто код постојаних ради остваривања накнаде није битно да ли је дошло до било какве штете.<sup>(5)</sup>

(2) В. нпр., Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht* 6. изд., Gruyter, Berlin-New York, 1976, p. 90; Weitnauer, *Vereinstrafe, Vertragsstrafe und Betriebstrafe*, Festschrift f. Reinhardt, 1972, p. 179; Обрен Станковић истиче да је „апстрактна штета она чије се постојање и величина претпоставља тако да се не морају доказивати, а износ накнаде је одређен унапред у складу са законском претпоставком о величини штете“, нпр. „због доцње код новчане обавезе поверилац има право на законску камату“, *ibid.* „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада“, *op. cit.*, том III стр. 263, тач. 67. Larenz сматра да је апстрактна штета новчана вредност престације коју због пропаст сивари, на основу закона, попут неке суброгације дужан да исплати дужник, в. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, том I, Beck, München, 1979, p. 278. и др.

(3) Додуше, у нашем праву постоји и схватање, да се апстрактна штета накнадно одређује — тако Доброслав Митровић, у *Коментару ЗОО* (у редакцији др Б. Благојевић и др. В. Круља), Београд, Савремена администрација, 1980, том I., коментар уз чл. 264. и 265. Та примједба је тачна, ако се има у виду диференцијална штета. Но и тада је штета у основи у својој „формули“ ипак унапред предвиђена. Међутим, ако се има у виду контрактурална апстрактна штета, онда се мора приметити, да је она унапред предвиђена и у основи и у висини.

(4) Уговорну редукцију одговорности за неизвршавање социјалистичка законодавства углавном не признају. Тачније, нека права предвиђају проширење одговорности (и за непрегледљиву штету) за случај несавесности (Бугарски ЗО, § 82) или пак изузетно и редукцију на само предвидљиву штету, тј. штету која се може према уобичајеној пракси у привредном уговарању предвидети (право Немачке ДР, *GlW* § 297). Међутим, у низу права се предвиђа законска редукција одговорности, код уговора о превозу (§ 78 Пољског ГЗ, МГЗ и др.). В. ближе, Tamás Sándor, *Szerződészetési szabályok a szocialista országok polgári törvénykönyveiben*, „Jogtudományi Közöny”, Budapest, 8/1982, p. 612-626.

(5) В. нпр. Fikentscher, *op. cit.*, p. 90; Landgericht (Врховни земаљски суд Köln, „Neue Juristische Wochenschrift”, 14/1952, и др.

Апстрактна штета је централни проблем *неизвршења*, или неправилног извршења уговора,<sup>(6)</sup> под претпоставком да се усвоји у нас (до 300), иначе не баш распрострањено гледиште о контрактуралном извору апстрактне штете. Читава једна теорија, међутим, сматра да је у центру пажње неправилног извршења уговора *повраћај у пређашње стање*<sup>(7)</sup> што, мора се признати, представља шири али и ужи појам од апстрактне штете. Наиме, апстрактна штета сужава уговорну одговорност, а повраћај у пређашње стање је проширује.

Међутим, уважавајући разлике у изворима схватања, ни један од свих приступа узетих по себи и тенденцијама које изражавају не одражава у потпуности богату уговорну праксу у овој материји. Нема сумње, да се намеће испитивање компарације *посебних* (уговорних) и *законских* (супсидијарних и обавезних) облика обештећења за штету насталу услед неизвршења уговора. Тако су извесни примери законског обештећења за неблаговремено извршење специфичних (новчаних) облигација, као што су *законске камате*, најчешће третирани изван комплекса апстрактне штете. У нашој теорији има прихватљивих схватања, да су и они примери апстрактне штете.<sup>(8)</sup> Ту је, међутим, и *пенал* чија је висина одређена законом и који се може ангажовати уз његово посебно уговарање (тако нпр. код алотмана циља закон предвиђа, да ако то странке уговоре, агенција плаћа угоститељу „дуно за празно“ тј. сав непопуњени капацитет, ако не успе да попуни капацитете угоститеља), или *сума осигурања* као и *паушали* (нпр. код угоститељске оставе) одређени аутономним актом или законом.

Није без значаја да ли је у појму апстрактне штете битно да је унапред предвиђен износ фиксни, или се тај износ може подвргнути *судској ревизији*. Надаље, од релевантности је и питање да ли је та штета по свом карактеру *пенална* или је, водећи рачуна о тренутку уговарања, пре свега и *ab initio restitutionona*.

Проблем је изражен и у том погледу да ли се презумпција штете односи само на висину или и на његов настанак.

2. Апстрактна штета је строго *нормативни* појам. Она у принципу нема директну везу, односно механизам повезивања са стварном штетом. Зато она није штета већ одштета. Међутим, извесни мостови ипак постоје и њих треба испитати, имајући у виду принцип потпуне накнаде.

Поред ових може се поставити мноштво других питања која се углавном могу свести на основно и заједничко испољено у дилеми око

(6) Constantinesco, *op. cit.*, p. 11-12: 25-28 и др.; Ивица Јанковец, *Ограничење уговорне одговорности на штету, коју је дужник морао предвидети*, „Правни живот“, бр. 3/1982, стр. 277-279 и др.

(7) Karl Otto Schierner, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, F. Steiner, Wiesbaden, 1965; A. Adametz, *Geschichte des gesetzlichen Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen wegen Verzuges des einen Contractanten*, Beslau, 1912; N. Dernburg, *Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung*, „Deutsche Juristenzeitung“, 1903, p. 1; O. Elswaldt, *Rücktritt und Zurückweisung*, Diss., 1895., M. Lesser, *Gaben und geben die positiven Vertragsverletzungen ein Rücktrittsrecht?* Diss., Breslau, 1906; G. Müllensiefen, *Rücktrittsrecht bei einem gegenseitigen Schuldverträge wegen Erfüllungsverzögerung nach gemeinem Recht, preussischen Landrecht, Code civil und nach Handelsrecht*. Diss., 1896; 1899; Müller-Erbach, *Über den Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäfte und ähnlichen Verträgen*, „Deutsche Juristen Zeitung“, 1904, p. 1158; H. Steidle, *Das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners*, Diss., Tübingen, Heilbronn, 1903; K. Steinhauer, *Die Entwicklung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträge im römisch gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch*, Diss., Rostock, 1903., и др

(8) В.: Обрен Станковић, рад наведен у белешци бр. 2.

могућности и мере уговорне или законске *редукције штете* због неизвршења.

У сваком случају требало би указати на то да апстрактна штета није само синтетички израз за низ различитих институција одштетног уговорног права, већ је појам за себе и категорија права са сопственим идентитетом. При томе, разуме се, није искључена улога апстрактне штете као теоријске категорије. Напротив, као што је она и појам *in spe* и практична категорија, тако је и појам *in genera*, појам који има теоријску функцију.

Имајући управо у виду да смо одмах на почетку суочени са једним комплексним феноменом, једним правним хомонимом, потребно је ради јасног сагледавања појмова и њихових структура најпре покушати дефинисати, а затим и анализирати практична разграничења и последице.

### Б. Порекло и упоредноправни основи

3. По свему судећи, идеја потиче у Јустинијановом праву и заснива се на *ограничењу накнаде штете за случај неизвршења* на одређену, увек истоветну вредност. Наиме, у том праву накнада штете се ограничавала на *двоструку вредност ствари* у односу на вредност уговорене престације.<sup>(9)</sup> Таква врста накнаде у Јустинијановом праву предвиђена је у свим уговорима *qui habent certam quantitatem vel naturam*.

4. У савременим правима, та тежња да се уговором редукује одговорност за штету због неизвршења остала је, чини се, основно обележје апстрактне штете, при чему се испољавају несумњиве разлике у методу реализовања те редуције.

У француском праву тај циљ је постигнут једном јединственом одредбом која уједно служи и као основа целокупне уговорне одговорности.<sup>(10)</sup> Предметна одредба полази од идеје *уговорне кривице*, тј. од чињенице да неизвршење уговора има за последицу различити степен одговорности, у зависности од степена кривице.<sup>(11)</sup> Неизвршење уговора са умишљајем, резултира у одговорности за накнаду потпуне штете, тако да у том случају до редуције одговорности не долази, иако је апстрактна штета уговорена.<sup>(12)</sup> *Накнада се редукује на уговорени износ (апстрактне) штете, ако је до неизвршења дошло нехатном кривицом дужника.*

Ефикасност француског система испољава се и у негативном валоризовању грубе (умишљене) кривице за неизвршење и то тако што се тада испољава како одштетна, тако и пенална функција апстрактне штете.

Пеналну особеност (корелације апстрактне и конкретне штете) пажамо и у уговорној одговорности америчког права. У овом праву је, наиме, изграђен појам тзв. „*кривичне деликтне одговорности*” који омо-

(9) В. Ближе: Mazeaud—Tunc, *op. cit.*, р. 519, тач. 2375-2.

(10) В. чл. 1150 *Code civil*-а: Дужник није обавезан на накнаду штете и интереса који су предвиђени уговором ако је до неизвршавања уговора дошло без његове намере. В. и Mazeaud—Tunc, *op. cit.*, стр. 512; Constantinesco, *op. cit.*, р. 11.

(11) У суштини је иста идеја заступљена у социјалистичким правима; тако и Tamás Sándor *op. cit.*, стр. 623-624; Право Немачке ДР GIW, § 297; бугарски ЗО, § 82, румунски ГЗ, § 1085 и 1086.

(12) Тако у чл. 925 ОИЗ-а, § 1324 АГЗ-а (додуше, овде није реч о уговорној већ законској редуцији); као и ЗОО у чл. 265/1; 266/2.

ућава већу накнаду од просечне штете и то у васпитном и превентивном циљу у домену одговорности за испоруку добара, односно за њихове недостатке.(13)

У немачком праву се појам апстрактне штете појављује не у функцији скривљеног неизвршења, већ независно од тог субјективног елемента у контексту пропасти ствари — предмета уговора или задоцњења у извршењу уговора.(14) У том контексту, немачко право апстрактну штету не сагледава као унапред уговорен износ обештећења, већ један од законом загарантованих алтернатива (права) повериоца. Он, наиме, у случају неизвршења дужника најпре може да тражи извршење уговора, дакле примарну обавезу, али и раскид уговора и следствено томе секундарну обавезу, тј. накнаду штете. Ако би поверилац изабрао раскид уговора, он има право да тражи разлику у вредности узајамних престација или разлику између цене у време закључења и извршења (диференцијална штета).(15) Додуше, ова опција поверилаца је спорна. У француском праву је судска пракса искључила калкулисање са разликом у цени као видом апстрактне штете.(16)

5. Изгледа да су Опште узансе за промет робом(17) па делом и Закон о облигационим односима, прихватили легално и диференцијално схватање појма апстрактне штете заступљене у немачком праву(18). Додуше, на наше позитивноправно решење усвојено у Закону о облигационим односима је извештан утицај извршило и схватање француског права које наглашава контрактualan карактер апстрактне штете.(19) Отуда је у нашем праву, прихватајући и један и други правац, дошло до интересантног „раскорака“, између схватања Закона који апстрактну штету најпре сагледава у контексту уговорне одговорности и схватања дозаконске судске праксе, пре свега Врховног привредног суда(20), које је, ослањајући се на решење Општих узанси за промет робом, прихватило првенствено гледиште о диференцијалном (легалном) карактеру апстрактне штете. Но ЗОО није доследан француском решењу, јер код купопродаје прихвата систем диференцијалне штете у смислу разлике између

(13) D. G. V. Owen, *Problems in assessing punitive damages against manufacturers of defective products*, „The University of Chicago Review”, USA, 1/1982, p. 1-69.

(14) C. W. Wolf, *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen, 1811; H. Stoll, *Die Lehre von den Leistungstörungen*, Tübingen, 1936; Larenz, *op. cit.*, p. 272-278 и др.; Constantinesco, *op. cit.*, стр. 11-12 и др.

(15) Staffel, „Archiv für zivilistische Praxis”, 92. p. 467; Schöller *Gruchot's Beitrage*, 44. p. 699; и чл. 524 ЗОО и узансе бр. 211, 212 Општи узанси за промет робом.

(16) B. *Petit Code de commerce Dalloz*, 4. mars 1965, *Code civil, soixante-quatorzieme éd.*; „Jurisprudence generale”, Dalloz, Paris, 1974-1975, p. 509; Одредба чл. 1150 се односи само на предвиђање и предвидљивост конститутивних елемената штете, али не и на монетарни еквивалент накнаде.

(17) Наше Опште узансе за промет робом како у случају дошње (уз. бр. 211) тако и у случају раскида уговора омогућавају *ipso iure* да поверилац тражи разлику између уговорене цене робе и њене средње тржишне цене у време дошње или раскида, с тим да може тражити и другу (конкретну) штету. У истом смислу и чл. 524 ЗОО.

(18) В. бел. бр. 11.

(19) Наш ЗОО најпре истиче да се одговорност дужника за намеру или за крајњу непажњу не може уговором искључити (чл. 265/1), али је пуноважна одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледно несразмери са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено (чл. 265/3), с тим да та редукција одговорности не важи за случај намерног неизвршења исто као у француском праву: „у случају ограничења висине накнаде поверилац има право на потпуу накнаду ако је немогућност испуњења обавезе проузрокована намерно или крајњом непажњом дужника.” Чак и дужност предвиђања из француског права, у погледу могуће штете за случај неиспуњења пресађено је без икакве корекције у чл. 266/1, 2.

(20) Нпр. Решење Врховног привредног суда, Сл-2353/62 од 25. дец. 1962; *ibid.* Сл-709/55 од 15. фебр. 1956. и др.

цене у време закључења и текуће цене у време извршења.(21) Отворено је питање какав је однос (у суштини два система) између диференцијалне и контрактуалне штете.

## II ПОЈАМ

### (Основна обележја)

#### 1. Уговорна одговорност; секундарна обавеза или санкција за неизвршење

##### а) Функција апстрактне штете у материји уговорне одговорности

6. Упоредноправна анализа, иако је назначена само у својим тенденцијама, показује да је апстрактна штета еминентно питање уговорне одговорности.

У француском праву, видели смо, апстрактна штета омогућава уговорницима да *редукују своју одговорност на унапред уговорени износ накнаде* и то за случај да је до неизвршења дошло нехатном кривицом дужника. На овај начин у том праву страначка воља замењује легалан основ потпуне накнаде штете.

У делима немачке теорије апстрактна штета се појављује у материји тзв. *секундарне обавезе* као санкција за неизвршење чији је извор, међутим, одређен у законом утврђеној диференцији између вредности уговорене престације у време закључења уговора и вредности у време извршења. „Апстрактна штета” је, дакле, пре свега легална санкција за неизвршење. Она се исплаћује и онда када се странке на њу нису оствариле у уговору.

И поред видних разлика заједничко је овим решењима да је апстрактна штета новчана накнада имовинске штете за случај неизвршења уговорене обавезе и то (методолошки или стварно) у унапред предвиђеном износу, било уговором било законом или неким другим, често аутономним прописом (нпр. општим условима пословања).

7. Апстрактна штета међутим, не исцрпљује појам накнаде у материји уговорне одговорности нити улогу санкције за све случајеве неизвршења. Најме, ако апстрактна штета није предвиђена ни уговором ни законом, накнада позитивног и негативног уговорног интереса долази у обзир за случај неспецифичног неизвршења и то као вид потпуне накнаде штете.(22) Апстрактна штета, схваћена као редукована контрактуална или легална одговорност није, дакле, универзална санкција, нити је, увек могућа секундарна обавеза. Међутим, диференцијално, а посебно сурогационо схватање апстрактне штете, изгледа, упућује на универзалан карактер (тог вида) ове штете, јер је тај вид могућа санкција за неизвршење у свим случајевима неизвршења, јер са њим, као могућом опцијом увек може да рачуна поверилац. Ради се, најме, о готово сигур-

(21) В. чл. 524 300.

(22) Сагласно члану 266/1 300.

ним променама у ценовним односима у времену закључења и у времену (неправилног) извршења.

## б) Однос главне (примарне) обавезе и обавезе накнаде апстрактне штете (секундарне обавезе)

8. Апстрактна штета је стављена, као и уопште накнада штете, у службу извршења уговора (примарне обавезе). Због тога се, особито у случају контрактуалне апстрактне штете, поставља питање да ли поверилац може тражити примарну обавезу, тј. има ли и даље право избора између неизвршене примарне обавезе и накнаде (апстрактне) штете (секундарне обавезе) или је тај избор искључен.

Док немачко право за тај случај у принципу предвиђа слободу избора повериоца (као што то чине и опште узансе), сходно сугестијама диференцијалне или сурогационе теорије, дотле француско право (па и наш ЗОО) одустаје од права повериоца на избор примарне обавезе (извршења) и пристаје на накнаду (апстрактне) штете. Француски систем разликује положај повериоца не у зависности од његове воље, већ од поступања (савесности) дужника при неизвршењу. Право повериоца на потпуну накнаду зависи дакле од чињеница, тако да ће оно остати на ранини уговореног ако је дужник савестан, а биће преко тога, до висине стварне штете, ако је дужниково неизвршење акт намере.

Решење проблема, у први мах изгледа, зависи од чињенице тј. од разлога неизвршења. Ако је посреди немогућност извршења због скривљене пропасти индивидуално одређене ствари, тада накнада штете остаје једина алтернатива. За разлику од тога, доцња или извршење са маном, дозвољава и могућност тражења примарне обавезе (нпр. рекламирањем раскида због неблаговременог извршења или заштите због физичких недостатака). Међутим, ако се тражи и изврши примарна обавеза, још је увек отворен проблем права на кумулацију апстрактне и конкретне штете.

Решење у принципу зависи и од уговореног.<sup>(23)</sup> Ако су уговорници апстрактну штету предвидели за неправилно извршење, онда би поверилац требало да у принципу буде задовољан (бар према позитивном праву) исплатом уговорене штете, чак и ако је извршење примарне обавезе било могуће.

Мора се међутим приметити, да такво решење оставља доста простора фраудолозном понашању дужника (*fraus partis*), јер омогућава да овај лако избегне примарну обавезу у тренутку када му је повољније да плати апстрактну обавезу (односно, „потпуну” накнаду). Зато решење контрактuelне редукције одговорности француског (и нашег) права није без недостатка. Но тај проблем у потпуности не отклања ни диференцијална штета немачког права, шта више, интензивира га, јер повољна разлика у цени може да стимулише пре одустанак од уговора него извршење.

(23) В. чл. 264 ЗОО: Уговором се може проширити одговорност дужника чак и на случај за који он иначе не одговара и тиме је отворен широк фронт аутономије воље.

## 2. Слобода уговарања или одштета — судска ревизија (одмеравање) или ништавост клаузуле о апстрактној штети

Ако се пође од ужег схватања појма апстрактне штете, које истиче његово вољно извориште, онда се с правом поставља питање да ли је њена висина детерминисана било почетно, било накнадно, правилима одштетног права (нпр. правилом о потпуности накнаде) или правилима о слободи уговарања (границе слободе уговарања, ништавост). Решење све дилеме је од практичног интереса. Први вид алтернативе (одштетно правни поглед) указује на могућу кумулацију апстрактне и конкретне штете и на искључење редукције одговорности. Други вид алтернативе пак, заснивајући износ апстрактне штете на вољи, омогућава не само редукцију већ и повећање одговорности. Тај други вид дакле, укључује елемент алеаторности у појам апстрактне штете и евентуално, могуће ушпитање суда и у њену висину. Ушпитање суда долази у обзир нарочито онда, када је уговорена штета по свом износу или карактеру, односно начину правног обавезивања, противна моралном поретку друштвене заједнице.

Пошто у различитим правним системима или системима уговорне одговорности, апстрактна штета има своје извориште не само у уговору већ и у закону, и да она некад има не само одштену већ и редукциону функцију, онда један јединствен одговор на постављено питање није могућ.

Ако је реч о уговорном пореклу апстрактне штете, *ab initio* би се могло рећи да се апстрактна штета по својој природи, по правилу, не тиче поретка. Ипак, она тангира морални поредак у једном аспекту — чаизглед квантитативном, а у суштини квалитативном, — када је у питању неумерено велики износ.<sup>(24)</sup> Ако је, ценећи на основу поређења вредности уговорене штете и вредности престаџија и према нормалном очекивању евентуалне стварне штете за случај неизвршења, уговорена штета у претераном износу, те се покажу лукративне намере повериоца, тада је или одредба о апстрактној штети, или цео уговор ништав, пошто је у питању неморална клаузула (*fraus legi omnia corrumpit*).<sup>(24a)</sup> Међутим, одмах се може ставити примедба — да апстрактна штета није и не може бити неки еквивалент будућој штети. Осим тога, њен карактер зависи од привредне функције коју ћемо тој институцији приписати. Може се од таквог правила очекивати да појачава интерес за извршење примарне обавезе, те да буде пеналан по свом карактеру. Тада превисоко одмеравање накнаде за случај неизвршења не би требало посматрати као израз лукративних тежњи странака, већ као тежњу да се помоћу тог инструмента обезбеди извршење. У том контексту ни превисок износ није противан поретку. Међутим, превисок износ апстрактне штете може код повериоца да изазове интерес за наступањем секундарне обавезе, те да он ствара услове за неизвршење од стране дужника. Ту се сигурно и уговорне (дакле правне) околности али и ванправне (чиње-

<sup>(24)</sup> В.: Михаило Константиновић, *Природа уговорне казне — смањење од стране суда*, „Анали Правног факултета у Београду”, бр. 3—4/1982, стр. 520—523; в. и чл. 264/1 ЗОО који истиче да се уговором може проширити одговорност дужника, но то не може ићи прско начела поретка (чл. 10 и 15 ЗОО).

<sup>(24a)</sup> В. чл. 265/3 ЗОО.



ичне), које утичу и које могу да доведу до резултата супротних очекиваној функцији.

Предвиђање апстрактне штете за случај неизвршења треба да буде засновано на вољи уговорника и слободи уговарања, али и њених граница, са свим консеквенцама прекорачења тих граница. Проблем се дакле, не своди на смањење износа апстрактне штете (као што је то случај код превисоке уговорне казне), већ на *ништавост* клаузуле о апстрактној штети ако је она у супротности са начелом еквивалентности тј. поретком и моралом. Видели смо примере у нашој судској пракси да су судови поништавали клаузуле којима су биле превисоке одмерени износи апстрактне штете. Додуше, судске интервенције су у том правцу подељене, најпре у смислу што су неке усмерене на *ревизију* таквих клаузула (дакле ван контекста ништавости), а друге, ређе и то у материји прекомерних каматних стопа и на поништај, односно, примену правила о делимичној ништавости. Поред тога, та подела праксе је изражена и у смислу што су се судске интервенције пре кретале у границама апстрактне штете (нпр. уговорна казна) него у случају када је апстрактна штета уговорена на општи начин (без квалификације у правцу уговорене или уговорне камате, пенала и сл.).

### 3. Алеаторност уговорне клаузуле о апстрактној штети и тзв. непредвидљива штета

да ли апстрактна штета *ab initio* укључује лукративне елементе и да ли је она са те позиције под сумњом дозвољености? Ако је алеаторност саставни део појма апстрактне штете, онда идеја несигурности делом отклања опасност од лукративних циљева, јер она отпочетка тангира и једну и другу страну.

Ако се апстрактна штета схвати као дело *воље* странка и као могући основ *редукције*, па и *повећања* имовинске одговорности уговорника, једном речју, као одговорност која је *независна од висине претрпљене штете* или чак уопште од тога да ли је настала штета услед неизвршења, онда је уговорна клаузула о апстрактној штети са становишта економског исхода, једнако *неизвесна* како са позиције повериоца, тако и са позиције дужника. При томе су два елемента неизвесности евидентна. Прво, *неизвесност неизвршења* (извршења) је обострана, и постоји и на једној и на другој уговорној страни. Друго, ако до неизвршења дође, чије извесно ни то, *да ли ће уговором предвиђени износ штете бити*, с обзиром на конкретно претрпљену штету поводом неизвршења *већи или мањи* од те штете. Алеаторност је особеност само уговорене апстрактне штете. Наиме, легалне апстрактне штете често омогућавају кумулацију основа штете, тј. могућност наплате законске штете и разлике између апстрактне и конкретне штете, те на тај начин искључују било какав економски резултат или калкулисање. Ту са становишта потпуности накнаде нема никакве неизвесности.

Уопште посматрано, тачно је да апстрактна штета може имати елементе лукративности, а да при томе сама та чињеница не утиче на пуноважност клаузуле којом се она уговара. Међутим, у том општем кон-

тексту, уговарање такве штете има обележје неизвесности, па и алеаторности и то за обе уговорне стране. Наиме, тада, страна у чију корист је уговорена штета, не зна унапред да ли ће износ предвиђен за накнаду штете за случај неизвршења уговора бити довољан за покривање све штете до које долази због неизвршења друге стране.

Поредак је (по правилу) индиферентан према томе да ли висина апстрактне штете предвиђена због неизвршења уговора, одговара у потпуности претрпљеној штети, тј. да ли износ апстрактне штете знатно премашује обим стварно (конкретно) претрпљене штете.

Уговорне стране, наиме, имају при предвиђању њеног износа најпре у виду извршење уговора, а уговарањем већег износа апстрактне штете пристају да њеном исплатом буде кажњена она страна од њих која одуштаје од извршења обавезе и да се истовремено обезбеди реституција страни која је спремна за извршење своје обавезе. Према томе, у том смислу, апстрактна штета има улогу средстава за обезбеђење извршења уговора.

У француском праву, па изгледа и у нашем праву, алеаторност се редуцира одговорност елементом предвиђања у износу апстрактне штете, сходно очекивању странака колика би она била у тренутку доспелости извршења с обзиром на очекиване околности.<sup>(25)</sup> При томе француско право намеће пажљивост процене висине апстрактне штете. То би значило да та висина није искључиво заснована на арбитрарној вољи странака, већ и на одређеним *правима и дужностима при уговарању*. Отуда је и алеаторност у неку руку коригована, јер *странке*, с обзиром на редован ток, у *стању су да процене износ штете* за случај неизвршења тог њиховог датог одређеног уговора.

Међутим, *алеаторност је изглед само нехатног неизвршења*<sup>(25а)</sup> а не и намерног, пошто је последње ствар *свесне одлуке уговорника о одустанку, чиме је и особеност неизвесности релативизирана*.

#### 4. *Да ли је потребно да је штета наступила или је за наступање обавезе накнаде довољан факт неправилног извршења?*

Ако је апстрактна штета „створена“ уговором тако да њен извор није у деликту, тј. у прекорачењу уговора, онда ни накнада није дело факта, већ резултат воље странака, те је следствено томе и у основу и у висини одређена том вољом. Ако би се, међутим, сматрало да је апстрактна штета и она која је иначе предвиђена у износу законом, онда би се и закон морао „упитати“, с обзиром на природу предметног вида апстрактне штете, да ли је потребно да је било каква штета услед неизвршења наступила, да би дужник био обавезан и на накнаду.

Имајући у виду ове дилеме, у теоријским делима заступљена су, или се могу заступати, углавном три групе схватања.

Прво схватање је заступљено у немачкој теорији и судској пракси и полази од тога да се апстрактна штета има надокнадити тек онда

<sup>(25)</sup> Henri et Léon Mazeaud — André Tunc, *op. cit.*, p. 509.  
<sup>(25a)</sup> В. чл. 265/1 300.

ако је наступила штета услед неизвршења. Тачније, ако је до неизвршења дошло доцњом или случајном пропашћу ствари. Тада је дужник дужан да накнади штету било у њеном диференцијалном било у уговореном износу, али само ако је било каква штета наступила.(26)

Ово схватање се у једном домену може сасвим рационално образложити. Наиме, диференцијална штета (разлика између уговорене и текуће тржишне цене, тј. цене у време доспелости извршења) готово увек постоји. Она у суштини често оправдано и није схваћена као апстрактна штета у ужем смислу.

Овом гледишту се супротставља схватање истакнутог аустријског теоретичара Armin-a Ehrenzweig-a који сматра да код уговорне казне није потребно посебно доказивати висину штете и да уговорна казна припада повериоцу и онда ако због неиспуњења или испуњења са недостатком, није наступила никаква штета.(27) То схватање је прихваћено и од стране других аустријских теоретичара,(28) али и у делу наше теорије.(29) У случају када је наступила штета у већем износу од уговорене казне, разлика спрам већег износа се не може тражити. Додуше, мора се имати у виду да је ово схватање изражено само поводом једног специјалног примера апстрактне штете. Наиме, овај аутор даје истиче да један у интересу дужника утврђен максималан износ, као што ни у интересу повериоца утврђен минималан износ, није уговорна казна која (би имала ту посебност што) не искључује тужбу за износ штете који прелази њену висину. У сваком случају, поверилац има право на накнаду злонамерно му нанете штете.(30) Аутор се, надаље међутим, не изјашњава о томе да ли код општег вида апстрактне штете треба да наступи било каква штета да би се актуализовала обавеза накнаде.

Треће је становиште заступљено у нашем праву у радовима проф. др Обрена Станковића, из чијег излагања се може закључити да за настанак обавезе накнаде не мора да наступи штета поводом неизвршења уговора, јер су њен основ и величина претпостављени законом.(31)

Аутор нас надаље упозорава да апстрактну штету не треба мешати са штетом која се накнађује по унапред прописаном ценовнику какав је нпр. случај са шумским штетама, јер се у овим случајевима накнада може досуђивати само ако је штета стварно проузрокована и њено постојање доказано.(32) Чини нам се, међутим, да је ово упозорење упу-

(26) Тако Fikentscher, *Schuldrecht*, op. cit., p. 93, као и Врховни земалски суд Köln-а, „Neue Juristische Wochenschrift“, 74/1952. Наиме, за разграничење тзв. паушалне штете од уговорне казне по Fikentscher-у је меродавно управо то што накнада паушалне штете претпоставља настанак (било какве) штете, док напротив, уговорна казна је независна од штете у погледу висине накнаде и оријентисана је према типичним случајевима такве врсте односа. При томе, мерила за преиспитивања паушалне накнаде штете одређена су само општим законским границама, као и начелима накнаде штете.

(27) Тако Ehrenzweig, op. cit., p. 190.

(28) Тако Hasenörl, 588, бел. 22а; Mommsen, *Beiträge*, II p. 21; супротно одл. C3 IV бр. 105, која захтева имовинску штету, као и Elinger, Zu § 1336; сви цитирани према Ehrenzweig-у.

(29) В. Стаменковић, op. cit., стр. 307, према коме апстрактна штета „припада поверно повериоцу по основу самог неизвршења уговорне обавезе. Схватање проф. Капора је пак инспирисано одредбама узанси и немачком теоријом, јер полази од тога да назив „апстрактна штета“ долази отуда што се њен износ одређује апстрактно — на бази разлике између уговорене и тржишне цене, тј. без обзира на штету коју је купац стварно претрпео.“ Тако, проф. др Владимир Капор у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада I* том, стр. 867, стр. 258—260.

(30) Тако Ehrenzweig, op. cit., p. 161.

(31) Обрен Станковић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, III. том, одредница о штети, тач. 68., стр. 264.

(32) *Ibid.* тач. 86, стр 264 in fine.

ћено поводом специјалног случаја тзв. тарифиране штете, где би важила посебна правила као што је то случај и код уговорне казне, других случајева, где мора да дође до реализације било какве штете да би накнада била основана.

Можда је управо у томе линија разграничења општег и специјалних видова апстрактне штете, дакле, тзв. вољних и легалних примера унапред предвиђених износа штете и да се код *општег вида* апстрактне штете не тражи никаква стварна и конкретна штета поводом неизвршења, јер је извориште штете у вољи странака, а не у њиховом деликтном понашању, за разлику од случаја *легалне штете* где је законом предвиђен износ само *паушал*, *законска оцена штете*, чије је наступање иначе неопходно да би се накнада могла тражити, при чему се накнада ипак свођи на *паушал*, а не на стварну висину штете.

Изнета схватања нису контрадикторна у мери колико то у први мах изгледа, јер су заузета поводом засебних примера апстрактне штете (при чему има изгледа знатних разлика у погледу обухватности појма апстрактне штете). Ако се та схватања, дакле, сматрају као гледишта поводом подељених видова апстрактне штете, онда бисмо могли на основу њих и да сачинимо извесну синтезу и да сагледамо њихову релевантност и у односу на општи вид апстрактне штете.

Чини нам се најоснованијим, да у случају уговорене накнаде за случај неизвршења, повериоцу треба признати, под претпоставком да је до неизвршења дошло нехатном кривицом дужника, право на накнаду штете и онда ако штета уопште није наступила. То се може образложити извором контрактуалне апстрактне штете, у вољи и деликту, а не у последицама деликта. Чини нам се да је то решење (које нам иначе сугерише теорија француског права) уједно у духу нашег уговорног права а и формулација одговарајућих одредаба Закона о облигационим односима.<sup>(33)</sup> Такође, то решење може бити образложено и са позиција основних начела Закона о облигационим односима, у нас широким схваћеним начелом слободе уговарања.<sup>(34)</sup> Стога нам се чини да и принципијелно и догматски вољно предвиђање штете за наше право може бити прихватљиво. Код легалне апстрактне штете захваљујући и чињеници што су њени многобројни видови било у 300 било у другим специјалним прописима детаљније уређени, треба консултовати дотични пропис у погледу тога да ли је наступање штете неопходно ради актуализирања накнаде. У недостатку одредбе или значења посебног прописа у том правцу, чини нам се основаним заступати гледиште да се накнада због неизвршењу до штете заиста дошло. Међутим, штета се тада у принципу плаћа по паушалу предвиђеним законом, општим аутономним актом или уговором независно од висине конкретне штете.

##### 5. Излишност доказивања — презумпција постојања и висине штете

У многим дефиницијама апстрактне штете сагласно се истиче особеност која се састоји у излишности доказивања постојања било какве

(33) В. чл. 264, 265 300.

(34) В. чл. 10. 300.

штете, а у другим случајевима, односно посебним примерима апстрактне штете, саме висине пошто је она унапред одређена било вољом странака било одредбом закона.

Ради се дакле о једној презумпцији односно о презумираној штети било у основу било у висини. Могло би се поставити питање какав је карактер презумпције — да ли се овде ради о презумпцији *iuris tantum* или *iuris et de iure*. Чини нам се основаним да код вољног примера апстрактне штете, нарочито у случају нехатног неизвршења уговора, основа и висина апстрактне штете има обележје апсолутне претпоставке. То стога што се накнада тада редукује на уговорени износ штете и нема основа никаквим доказним могућностима да се стварно претрпљена већа штета, крај апстрактне, надокнади. У специјалним примерима апстрактне штете, где има основа за кумулацијом основа (апстрактне и конкретне) штете, или тачније, кумулацијом разлике (између апстрактне и конкретне штете) и апстрактне штете, ова презумпција је оборива и доказивањем веће конкретне штете може се остварити одговарајућа разлика. Отуда, у таквим случајевима (специјалних видова) апстрактне штете, презумпција висине накнаде је *presumptio iuris et de iure*, тј. оборива.

### 6. Принципијелна независност од конкретне штете

Постоји гледиште о потпуној независности апстрактне штете од конкретне штете и схватање које полази од повезивања апстрактне штете са конкретном штетом, које свој основ и мост сагледава у обавези савесног предвиђања могуће штете приликом уговарања апстрактне штете, а за случај неизвршења.

Гледиште о потпуној независности апстрактне и конкретне штете испољено је у схватању које извориштем апстрактне штете одређује искључиво уговор и где се висина и основ штете своди на вољу странака. У таквом случају и у таквом основу апстрактне штете, заиста и реално не видимо неке мостове повезивања спрам стварно претрпљене штете услед неизвршења. Међутим, ако се има у виду да саглашавање странака о апстрактној штети за случај неизвршења није у потпуном домену слободe уговарања, већ је ограничено *дужношћу савесног предвиђања могуће штете за случај неизвршења*, онда нам се чини основним закључити да и код уговорне штете постоји извесна, додуше блага, али у сваком случају евидентна веза између апстрактне и конкретне штете. Пропуштањем савесног предвиђања требало би тако да има за последицу *уважавање не конкретно наступиле штете, већ уважавање оне штете која се могла у времену закључења уговора, с обзиром на савесне уговорнике, и с обзиром на њихову пословну делатност, предвидети од стране diligentiam pater familias-a*, односно, доброг привредника.(35)

### 7. Редукциона особеност

На основу изложеног могло би се закључити да је битна особина апстрактне штете испољена у њеној редукционој особености, обележју

(35) Чл. 18 и чл. 264/2 ЗОУ, као и наш рад, *Начело савесности и поштења*, „Гласник Адвокатске коморе САПВ”, бр. 5/1982., стр. 1-34.

које омогућава смањење одговорности за штету због неизвршења, тј. да је сведе на уговорени износ. Та редукциона особеност испољава се у независности уговорне одговорности од стварне штете.

Наравно, редукциону особеност апстрактне штете требало би схватити у преносном смислу: она значи само редукцију основа — извора одговорности, а не и аутоматски (по себи) смањење износа одштете. Наиме, одговорност се кроз апстрактну штету своди на уговорену накнаду и искључује накнаду стварно претрпљене штете. Међутим, с обзиром да се накнада може тражити код апстрактне штете и онда, ако поверилац није претрпео никакву штету, то онда значи да апстрактна штета преузима функцију пенала, те нема никакву, бар са становишта висина одштете редукциону улогу у ужем смислу речи. Према томе, код апстрактне штете више је реч о редукцији основа накнаде, него о редукцији висине накнаде.

## SUMMARY

### ABSTRACT DAMAGE

In this essay, a comparative-legal analysis is firstly made, pointing out the different meanings of abstract damage in various legal systems as well as certain general characteristics common to them. In French law, this instrument of contractual liability is of willful origin and serves to reduce liability in respect of the contractual amount. But, such a reduction could be taken into consideration only in the event of non-execution being due to severe negligence of the contractual party. This leads to the conclusion that in that legal system, abstract damage is fundamental to contractual liability, representing the pre-estimated amount of damage. This viewpoint of French law has been incorporated in the new Yugoslav Law of Obligations of 1978. However, prior to the effectiveness of this Law, the viewpoint of German law had been dominant in Yugoslav law, retaining the element of the amount of compensation independent of the actually sustained damage within the concept of abstract damage, with the method of estimation of the amount not being derived from the will of the parties, but the will of the law, representing the difference between the contractual price and the current value of goods at the due moment of execution. German law „conceptually” regards abstract damage as the scope of impossibility of execution due to the *destruction of goods*. This German viewpoint dominated Yugoslav law during the era of exclusive effectiveness of the General Usances for the Turnover of Goods, from 1954 to 1978.

The new Yugoslav Law of Obligations has adopted both the French and German concepts of abstract damage. The field of differentiation of these two instruments is determined by the source (contract, law, etc.), but in the lack of the same, also by the fact of whether the sold goods have a current price. In the event of the affirmative, the rules of differential damage are applied.

## RÉSUMÉ

### LE DOMMAGE ABSTRAIT

Dans cette étude est exposée en premier lieu l'analyse de droit comparé, et par ce moyen l'attention est attirée sur la signification différente du dommage abstrait dans les différents systèmes juridiques ainsi que sur certains traits distinctifs communs généraux. Dans le droit français cet instrument de la responsabilité contractuelle est d'origine volontaire et sert à la réduction de la responsabilité sur le montant stipulé par le contrat. Cependant, une telle réduction vient en considération seulement dans le cas si l'inexécution est hors de la négligence lourde de conséquence du contractant. Il en résulte que dans ce système juridique le dommage abstrait est au centre de la responsabilité contractuelle et qu'elle représente le montant du dommage prévu d'avance. Cette conception du droit français est transmise dans la nouvelle Loi yougoslave relative aux rapports d'obligation (1978). Cependant, avant l'entrée en vigueur de cette Loi, dans le droit yougoslave dominait la conception du droit allemand qui en matière de dommage abstrait conserve le trait distinctif du montant de l'indemnité indépendant du dommage subi en réalité, mais le mode de la prévision du montant ne découle pas de la volonté des parties mais de la volonté de la loi et représente la différence entre le prix stipulé par le contrat et la valeur courante de la chose au moment de l'échéance de l'exécution. Le droit allemand considérait conceptuellement le dommage abstrait comme domaine de l'impossibilité de l'exécution à cause de la destruction de la chose. La conception allemande dominait dans le droit yougoslave dans la période de la validité (exclusive) des usances générales de la circulation des marchandises de 1954 jusqu'en 1978.

La nouvelle Loi yougoslave relative aux rapports d'obligation adopte le concept français et le concept allemand du dommage abstrait. Le domaine de la délimitation de ces deux instruments est déterminé par la source (la convention, la loi) mais dans le cas de leur absence de même par le fait si la chose vendue a un prix courant. Dans le cas que la chose vendue a un prix courant les règles relatives au dommage différentiel sont appliquées.