

10. По Ларенцовом мишљењу, обавеза да се туђа штета спречи или умањи може произићи, најпре, из уговора или преговора (таква је, на пример, обавеза да се партнер обавести о извесним стварима), из закона или из опште и основне дужности да се властито понашање тако подеси како њиме не бисмо угрозили друге. Онај ко створи опасност штете по другога има поготову обавезу да ту опасност отклони. Он је дужан „да осигура безбедан саобраћај“. Ако то не учини, њему приписујемо насталу штету, као последицу његовог пропуштања. При томе се ради, у ствари, о замишљеној, *хипотетичкој* узрочној вези: питамо се које последице не би наступиле да је пропуштена радња предузета. Али, и код овакве оцене не треба водити рачуна о штетним последицама које се не могу сматрати „адекватним“ или се не могу приписати одговорном лицу из неких других разлога (стр. 458).

### Г. Закључак

1. Књига коју смо приказали заслужује много више од обичне хвале и препоруке читаоцима. Она је право благо од правничке вештине и памети. Читалац који до ње дође и који се упусти у разговор са њоме, спознаће неслућени свет идеја и података. Те идеје не мора прихватити и усвојити, али их мора уважавати. Јер оне су плод вековне правне културе народа од којег су се и многи други народи учили праву.

2. Никакав приказ и оцена књиге нису у стању да надоместе њено поседовање. Огромна је штета што је она, из више разлога, недоступна југословенским правницима. Та штета дала би се отклонити једино њеним превођењем на српски језик и објављивањем. Онај ко се на то одважи, учиниће велику услугу домаћим правницима.

Јаков Радишић

Dieter Medicus:

*Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*

(9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1996, XV + 411)

### А. Увод

1. Немачки студенти права имају на располагању две врсте уџбеника: мале и велике (тзв. *Kurzlehrbücher* или *Grundrisse*). Мали уџбеници намењени су студентима који се први пут суочавају са

одговарајућом облашћу права, а велики – искуснијим студентима.<sup>1</sup> Стога мали уџбеници морају посебно бити прилагођени потребама неискусних студената и њиховим могућностима разумевања одређене материје. За предмете који се изучавају на самом почетку студија то прилагођавање има нарочит значај. А облигационо право (супротно нашем очекивању) спада управо у такве предмете, јер се изучава у првом семестру, заједно са општим делом грађанског права. Већ на самом почетку студија студенти бивају увучени у сложену проблематику облигационог права, и зато им ваља пружити уџбеник у коме ће поједини правни институти бити изложени и објашњени веома јасно и прегледно. За пословично педантне немачке професоре такав уџбеник није само идеал коме се тежи, него је и животна стварност. Очигледан доказ за ову тврдњу јесте и уџбеник *Облигационо право: Ојшши део*, чији приказ следи.

2. Његов аутор је познати немачки правник Дитер Медикус (Dieter Medicus), бивши професор на Универзитету у Минхену и дугогодишњи уредник часописа *Archiv für die civilistische Praxis*. На страницама тог угледног часописа објављен је, својевремено, и један рад из наше домаће продукције о кодификацији облигационог права у Југославији.<sup>2</sup> Поред двотомног уџбеника из облигационог права (општи и посебан део), Медикус је аутор и уџбеника *Allgemeiner Teil des BGB* (досад објављен у шест издања) и специјалног приручника за полагање испита *Bürgerliches Recht*, чије је 17. по реду издање објављено још 1996. године. Сем тога, он је један од писаца чувеног Штаудингеровог Коментара немачког Грађанског законика. Већ само Медикусово име много обећава читаоцу његових дела, али објашњава и потребу да се о његовом уџбенику облигационог права обавесте донекле и југословенски правници.

## Б. Карактер и садржина

1. Девето издање овог уџбеника појавило се само годину дана после осмог издања, што очито говори колико је интересовање његових читалаца. Оно није напросто понављање претходног издања, него представља његову прераду и допуну. Из пишчевог предговора сазнајемо да се највеће новине налазе у одељку који се тиче накнаде штете, јер је та област облигационог права најживља. Извесне промене у деветом издању проистекле су из најновије праксе Савезног уставног суда Немачке, из праксе Врховног суда

1 Треба имати у виду да немачки студенти за време студија не полажу испите из предмета из којих слушају предавања, него то чине тек после, и то, по правилу, изван факултета на коме су студирали. Студирати значи, дакле, само учити, стицати знање.

2 Перовић Слободан, „Die Kodifikation des Obligationenrechts in Jugoslawien“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 182, Heft 4/1982, 293–315.

Европске уније, и из неких смерница ове организације. Писац се нарочито трудио да изложи основ и циљ важећих правних правила и њихову систематску повезаност. Сматрао је да познавање тих ствари, с једне стране, омогућује оштроумну и правилну примену права, а с друге стране, „чува студенте да се не утопе у бујици несхваћених појединости“. Приликом објашњења појединих питања, писац стално истиче њихову повезаност са другим сродним питањима и упућује читаоца на одговарајућа места своје прве и друге књиге. Сва питања у овом уџбенику веома су сређена и распоређена, обележена упадљивим насловима и поднасловима, а на маргинама означена још и бројевима који се ређају без прекида. На крају књиге дат је стварни регистар појмова и регистар места на којима су наведени поједини закони. Све то чини овај уџбеник веома прегледним и подесним за употребу и најнеискуснијем читаоцу.

2. Цела грађа књиге распоређена је у девет делова, који одговарају поглављима и које ћемо, ради лакшег описивања, тако и именовати. Највеће јединице у оквиру главе означене су параграфима, који се продужују из једне главе у другу, док су мање јединице обележене римским и арапским цифрама.

3. Прво поглавље насловљено је са „Основи“, и у њему су обрађена следећа питања: облигациони однос, раздељивање облигационог односа, спровођење потраживања, облигационо право у Грађанском законнику (скраћено BGB), облигационо право изван BGB, функција и тенденције облигационог права, и литература о облигационом праву. Од другог до деветог поглавља следује излагање проблематике овим редом: 1) постанак облигационих односа; 2) садржина облигационих односа и потраживања; 3) испуњење и сурогати испуњења; 4) сметње испуњењу; 5) гашење облигационих односа; 6) садржина захтева за накнаду штете; 7) замена учесника облигационих односа; и 8) учешће даљих лица. Централно место чини део о сметњама испуњењу. Писац под тиме подразумева ситуацију која настаје кад се потраживање благовремено не испуни нити дође до замене испуњења или до давања ради испуњења. Такви случајеви компликују веома облигационе односе, па се зато у свим немачким уџбеницима облигационог права њима поклања нарочита пажња. Ту проблематику Медикус излаже у три одељка. Најпре говори о општим проблемима, као што су: кривица дужника, одговорност за туђу кривицу, одговорност без кривице, и питање конкуренције захтева. Други одељак посвећен је сметњама испуњењу код једностранних облигационих односа, а трећи сметњама-испуњењу код узајамних уговора. У оба ова одељка највећи део текста односи се на разјашњење немогућности испуњења, дужничке и поверилачке доцње, и тзв. „позитивне повреде уговора“.

4. Пада у очи чињеница да се у *Ојшиџем делу облигационог* права говори готово искључиво о облигационим односима који извиру из уговора. Остали извори облигација спомињу се само узгред, у контексту објашњења одговорности због неиспуњења или рђавог испуњења уговорних обавеза. Једино је накнади штете узроковане деликтним радњама дато више простора, али ће тежиште излагања о грађанским деликтима бити, ипак, у другој књизи, тј. у *Посебном делу облигационог права*. С друге стране, о техници склапања уговора, тј. о понуди за закључење уговора и о прихватању понуде нема готово ни помена, јер је јединствен став свих немачких правника да је томе место у општем делу грађанског права, у материји о правним пословима.

## В. Одабрана места

Није ни уобичајено нити је могуће да се у приказу књиге укаже подробније на сва питања о којима писац говори. Зато издвајам само два, која ми се чине посебно интересантним: 1) немогућност испуњења обавеза из узајамних уговора и 2) уговор који твори обавезу заштите трећег.

### *1. Немогућности испуњења обавеза из узајамних уговора*

1. Овом питању Медикус посвећује цео један параграф у оквиру одељка о сметњама испуњењу код узајамних уговора. Полази од констатације да свака страна у овим уговорима може одбити да учини оно што је дужна уколико друга страна не нуди истовремено испуњење властите обавезе. То одбијање врши се истицањем приговора неиспуњеног уговора (*exemptio non adimpleti contractus*). Међутим, ако је испуњење обавезе за једну страну постало немогуће, приговор неиспуњеног уговора постаје бесмислен; поверилац нема више тражбено право којим би могао да оправда своје одбијање противчинидбе. Стога је нужно правно правило о коначној судбини уговора за случај немогућности чинидбе с једне стране, које би се тицало и правне судбине противчинидбе. Ако је противчинидба већ испуњена, тада настаје питање да ли је њу могуће повратити и који би прописи били за повраћај меродавни. Сва ова питања регулисана су у §§ 323–325 и 327 BGB. У њима је садржано правно правило по коме дужник чинидбе која је постала немогућа, чинидбу више и не дугује. Али се у исти мах поставља питање шта поверилац, уместо те чинидбе, може од дужника захтевати, и да ли поверилац дугује и даље противчинидбу коју је у стању да испуни? По BGB, одговор на сва ова питања зависи, у првом реду, од тога ко је одговоран за немогућност.

а) Немогућност за коју није одговоран ни дужник ни поверилац. – Медикус објашњава да се ради о немогућности која је последица случаја или кривице неког трећег. Кад се то догоди, гаси се и дужниково право на противчинидбу, јер треба да буде плаћено само оно што се мора платити (тзв. *функционална синалаџма*). Ако је противчинидба већ испуњена, може се захтевати повраћај по прописима о неоснованом обогаћењу. Међутим, писац указује на чињеницу да је по BGB (§ 818, ст. 3.) право на повраћај или надокнаду вредности искључено ако примацац није више обогаћен, тј. ако је оно што је примио изгубио не добивши за то никакво обештећење. Сем тога, у неким изузетним случајевима поверилац мора своју противчинидбу да изврши иако је испуњење обавезе друге уговорне стране постало немогуће. То бива, на пример, кад продавац задржи својину на продатој ствари до исплате цене (§ 455 BGB), па ствар пропадне услед случаја после предаје купцу. Тада продавац није више у стању да купцу пренесе својину на ствар, па зато ни купац не би требало да плати цену, а уколико је већ платио, морао би имати право да је поврати. То би, међутим, било неправично јер је ствар предајом доспела већ у подручје купчевог ризика. Стога BGB (§ 446, ст. 1) допушта да ризик случајне пропасти или погоршања продате ствари пређе са продавца на купца у тренутку њене предаје. Купац је, дакле, дужан да плати уговорену цену иако је случај онемогућио продавца да на њега пренесе право својине.

б) Немогућност за коју је одговоран дужник. – Медикус сматра да је ова ситуација знатно компликованија од претходне. Немачки законодавац овлашћује повериоца да у овом случају захтева од дужника накнаду штете због неиспуњења или да одустане од уговора (§ 325). Накнадом штете због неиспуњења поверилац би требало да буде доведен у ситуацију у којој би се нашао да је дужник своју обавезу испунио: он добија не само новчану вредност изостале чинидбе, него бива подмирен и за све пратеће штете. Али пошто накнада штете замењује дужникову чинидбу, мора и поверилац испунити противчинидбу. То је садржина тзв. *теорије сурозајта*. Да би је објаснио, Медикус ће се послужити овим примером: Лице А купи од лица Б извесну ствар за 80 DM, а препрода је лицу В за 100 DM. У случају да Б ствар не преда лицу А, оно може од њега захтевати 100 DM на име накнаде штете због неиспуњења, а дужан је да плати уговорену цену у износу од 80 DM. Ако купац још није исплатио цену, не мора то ни учинити, него ће доћи до пребијања потраживања, па ће продавац дуговати купцу 20 DM (стр. 230).

2. Писац упозорава читаоца да је проблематика још сложенија у случају кад потраживање накнаде штете због неиспуњења и потраживање које има друга страна нису компензабилни. И ту ситуацију писац илуструје примером: Лице А трампи свој трактор

за путнички аутомобил лица Б. Ако аутомобил пропадне кривицом лица Б, тада А не може своје потраживање накнаде штете пребити потраживањем трактора, које има Б. Но, ако се, упркос томе, хоће допустити лицу А да задржи свој трактор и да од лица Б захтева исплату разлике због веће вредности аутомобила, тада је потребно посебно образложење. Њега покушава да пружи *теорија диференције*. По тој теорији, поверилац чинидбе чије је испуњење постало немогуће, може противчинидбу, на коју се уговором обавезао, да задржи, и да на име накнаде штете захтева од друге стране само разлику у вредности између трактора и аутомобила (стр. 231).

3. Међутим, Медикус ће обавестити читаоца како неки правни писци сматрају да теорија диференције није у сагласности са BGB. Јер, ако поверилац хоће да задржи обећану чинидбу, морао би да одустане од уговора, и у том случају не може тражити накнаду штете због неиспуњења. Теорија диференције представља, дакле, незаконито проширење повериочевих права. Но, упркос том приговору, Медикус подвлачи да у правној теорији преовлађује став који допушта повериоцу да се користи учењем те теорије, поред учења што га нуди теорија сурогата (стр. 231). Претпоставка је да поверилац своју противчинидбу још није испунио, јер после испуњења је обрачунавање штете могуће једино по теорији сурогата. У наведеном примеру уговора о трампи, лице А може свој непродати трактор да задржи и да захтева накнаду штете обрачунате по теорији диференције. Али оно може и да трактор понуди лицу Б и да тражи накнаду штете по теорији сурогата. Ова друга могућност стоји му једино на располагању чим трактор преда лицу Б (стр. 231).

4. Уместо накнаде штете због неиспуњења, чији је обрачун могућ на један од два изложена начина, поверилац чинидбе која је постала немогућа може одлучити да одустане од уговора.<sup>3</sup> Одустанак има за последицу гашење неиспуњених обавеза, а оно што је већ дато мора се вратити, и то по правилима о одустанку или о неоснованом обогаћењу. Уговор чије је испуњење *in forma specifica* осујећено, не реализује се, дакле, ни путем накнаде штете због неиспуњења, него се уништава. Писац сматра да ће се поверилац одлучити на одустанак, пре свега, кад му је уговор бескористан (стр. 231).

## II. Уговор који њвори обавезу *заштитање њређе*

1. Овај уговор представља спецификум немачких и аустријских правника, а непознат је правницима осталих европских земаља. Његовом објашњењу писац прилази постепено, поредећи га са

<sup>3</sup> У томе се састоји битна разлика у односу на наше право, по коме се одустанак од уговора и накнада штете због неиспуњења међусобно не искључују.

правим уговором у корист трећег. При томе наглашава да треће лице у чију је корист уговор склопљен може непосредно од дужника тражити не само да испуни оно што је обећао, него и да му накнади штету због неиспуњења или рђавог испуњења. По тој логици би изгледало да је код неправог уговора у корист трећег ситуација потпуно другачија. Ту треће лице нема право да од дужника захтева обећану чинидбу, па самим тим не може захтевати ни надокнаду штете због неиспуњења или рђавог испуњења уговора. Ако оно претрпи штету због рђавог испуњења, изгледало би да може тражити обештећење по основу деликтне одговорности. Но, у том случају ризикује да дужник скине са себе одговорност за лица која су му помогла да своју обавезу испуни (§ 831, ст. 1 BGB).

2. Да би разјаснио ову проблематику, Медикус наводи један случај из праксе немачких судова. У зиму 1914. године, једном манастиру затребао је хитно лекар. Тужени је пристао да тужиоца као лекара до манастира превезе, уз надокнаду, саоницама са коњском запрегом. На том путу тужилац је, кривицом тужениковог слуге који је вршио превоз, задобио телесне повреде. Међутим, туженику је пошло за руком да скине са себе одговорност за кривицу свога слуге, па је стога долазио у обзир само уговорни захтев за обештећење. Другостепени суд одбио је тај захтев јер је утврдио да се тужени обавезао на превоз искључиво манастиру. По мишљењу суда, уговором између туженог и манастира тужилац није задобио властито право на превоз. Пошто се није радило о правом превозу у корист трећег, тужилац није могао да захтева од туженога накнаду штете због рђаво обављеног превоза. Али је Reichgericht дао мишљење да обавеза туженог да штету надокнади не сме зависити од тога да ли је тужилац имао према њему властито право на превоз (стр. 368). Медикус примећује да при таквом стању ствари остаје отворено питање да ли право на накнаду треба да припадне оштећеном лекару као тужиоцу или манастиру као уговорном партнеру туженога. Он сматра да би манастир, уколико није одговоран тужиоцу, имао право да тражи надокнаду штете коју је претрпео лекар. Будући да манастир као уговорна страна не трпи сам штету због рђавог превоза него треће лице, овлашћен је да захтева надокнаду за то лице, исто онако као што би могао захтевати обештећење за властиту штету. Таква могућност била је у пракси већ потврђена уз помоћ установе „Drittschadensliquidation“ (ликвидирање штете трећег).

3. Међутим, Медикус констатује да су се немачки судови, у одређеним групама случајева, изјаснили против примене установе „ликвидирања штете трећег“. Захваљујући управо таквом њиховом изјашњавању, рођена је нова врста уговора, под називом „der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte“ (уговор који твори обавезу заштите

трећег). То је тип слабијег уговора у корист трећег, тј. *нейрави уговор у користи итрећеџ*. Помоћу њега судови настоје да исправе неке недостатке у законским правилима о деликтној одговорности. Мада нема упориште у BGB, ова правна фигура сматра се данас општеприхваћеном од стране немачких правника (стр. 369). Њоме се трећем лицу не гарантује право на чинидбу која представља примарну обавезу дужникову, али му се гарантује право на накнаду штете коју претрпи због неиспуњења или рђавог испуњења чинидбе. Другим речима, трећа лица у овом случају постају повериоци секундарног уговорног права, и утолико су укључена у облигациони однос и стављена под „заштитни плашт“ тућег уговора.

4. У даљем излагању писац ће посебно нагласити да се уговорна заштита не може гарантовати сваком трећем лицу које би, на ма који начин, било оштећено неиспуњењем или рђавим испуњењем уговорне обавезе. У противном, поткопале би се границе облигационог односа и увећао ризик дужника да сноси штетне последице својих уговорних грешака. Било би то претерано ако би, на пример, закуподавац куће са оштећеном оградом на степеништу морао да одговара због телесне повреде сваког лица које ходи по степеништу. Стога је могућност увлачења трећих у подручје уговорне заштите ограничена посебним условима, које писац разврстава у четири групе.

а) Пре свега, треће лице мора бити изложено опасностима да претрпи штету услед мањкаве дужникове чинидбе у истој мери као и сам поверилац. То важи, на пример, за сва лица која заједно са закупцем станују у истој кући или стану; али не важи за оне који повремено долазе у посету закупцу, јер се они не налазе у видо-кргу дужниковом (стр. 370).

б) По правилу, поверилац треба да има неки нарочит интерес за заштиту трећих. Судска пракса је изградила став по коме поверилац „мора, такорећи, бити саодговоран за добробит и бол трећег, јер његово шкођење и њега погађа, пошто он има обавезу да штити трећег и да се о њему стара“. Медикус ће уз то приметити да ово објашњење одговара за законске обавезе издржавања и за уговоре о служби, али не и за обичне уговоре о куповини и за уговоре о делу. По његовом мишљењу, у наведеном примеру који се тиче манастира не би се могло рећи да уговор о превозу продукје обавезу заштите лекара, јер однос између манастира и лекара није однос личне природе. Али је, с друге стране, нормално да супруга и деца закупца буду обухваћени подручјем заштите уговора о закупу. Међутим, Савезни врховни суд Немачке, у својим најновијим одлукама, допушта да и лица која су веома удаљена од повериоца буду стављена под окриље његовог уговора. То су, у првом реду, лица која су заинтересована за стручна обавештења



која им дају припадници одређених занимања. Зато што та лица верују у стручна обавештења, Савезни врховни суд сматра да би она требало да уживају уговорну заштиту чак и у случају кад су њихови интереси супротни интересима повериоцима, и кад повериоцу није ни стало до њихове заштите (стр. 370).

в) По схватању већине правника, оба претходна услова морају бити позната дужнику у тренутку закључења уговора, или барем мора постојати могућност да их дужник спозна. Јер само у том случају дужник може рачунати са већим ризиком одговорности која се од њега очекује.

г) Све донедавно, уговорна заштита трећих лица била је ограничена на штету због рђавог испуњења обавезе на чинидбу. Сматрало се да онај ко нема право да тражи испуњење чинидбе не може имати ни право да захтева накнаду штете због неиспуњења. У вези с тим Медикус каже да је у једном случају из 1966. године Савезни врховни суд Немачке одлучио, ипак, друкчије. Кривицом адвоката изостало је било сачињавање тестамена у уговорено време, а потом је, због смрти оставиоца, то и коначно постало немогуће. Савезни врховни суд стао је на становиште да лица која је требало да постану тестаментарни наследници могу захтевати накнаду штете од адвоката због губитка наслеђа, иако је адвокат имао уговорну обавезу само према оставиоцу (стр. 371). Објашњење за то правна теорија види у својеврсном карактеру адвокатове обавезе у овом случају: њеним неиспуњењем штету не трпи поверилац, него бивају оштећени потенцијални наследници којима је он хтео да завешта своју имовину. Адвокат је морао знати за могућност да трећа лица претрпе штету због његове доцње и требало је са тиме да рачуна. Сем тога, пошто је поверилац умро, он није у стању да „ликвидира штету“ трећих лица, па зато треба њима признати право да то учине сами. Јер, било би очигледно неправично да, због „премештања“ штете на трећа лица, страна која није испунила своју обавезу из уговора буде ослобођена од одговорности (стр. 371–372).

5. У закључном излагању о уговору који твори обавезу заштите трећих, Медикус ће посебно истаћи његове најважније карактеристике и упоредити га са установом „ликвидирања штете трећег“. При томе каже да је предност уговора који твори обавезу заштите трећих у томе што трећим лицима гарантује властито право на обештећење, и то по правилима о уговорној одговорности. То значи да одређене категорије трећих лица бивају стављене у позицију која је донекле слична позицији што је имају саме уговорне стране. Њихов правни положај није једнак са положајем трећих оштећених лица чију штету може да „ликвидира“ само поверилац дужников. Поверилац једино има право да надокнаду

захтева, а оно што добије употребом тога права дужан је да преда оштећеном трећем. Уместо тога, поверилац може своје овлашћење да „ликвидира“ туђу штету уступити ономе о чијој се штети ради. Но, обе ове правне установе карактерише недовољна сигурност критеријума за препознавање трећих лица која могу бити обештећена на један или на други начин. Стога Медикус сматра да је мудрије мењати неподесна законска правила о одговорности због штете, неголи њих исправљати несигурним сурогатима (стр. 372–373).

## Г. Закључак

Медикусовим уџбеником студентима се нуди објашњење одређене проблематике која задаје тешкоће и искусним правницима, а камоли онима који се тек уче праву. Облигационо право писац види као живу материју са којом се свуда сусрећемо, и зато сматра да теорија која се бави њиме није ту да би водила некакав свој самосталан живот, него да би тумачила оно што се у туђем животу збива. Све правне проблеме он сагледава најпре у људској свакидашњици, па их потом разјашњава као теоретичар. Говори непрестано кроз примере које узима из судске праксе или их конструише сам. Без одговарајућих примера Медикус нити може нити хоће да студенте учи облигационом праву. Сем тога, његов начин казивања и објашњавања лишен је сувишне приче која је у стању да збуни неискусног читаоца и да га удаљи од конкретне теме. Својим примером показао је како треба писати уџбенике да би их студенти боље разумели.

И зато је ова књига достојна сваке хвале, а не само обичне препоруке читаоцима.

Јаков Радишић

Dieter Medicus:

*Schuldrecht II: Besonderer Teil*

(7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1995, XV + 461)

## А. Садржина и карактер

1. Немачки Грађански законик (скраћено: BGB) прави јасну разлику између општег и посебног дела облигационог права. Материју која спада у општи део регулише у шест одељака (§§ 241–