



ГЛАСНИК ПРАВА



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

КЊИГА 3 ▲ 1994 ▲ YU ISSN: 0351-2207 ▲ УДК 34 (05)



ГЛАСНИК ПРАВА

Часопис за правну теорију и праксу

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ

УРЕДНИК:

ИЗДАВАЧ:

Доц. др Ненад ЂУРЂЕВИЋ
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу,
Ђуре Пуцара Старог 1, 34000 Крагујевац;
телефон: (034) 47-130 лок. 327;
телефакс: (034) 46-891;
жиро рачун: 41700-603-3-1578.

УРЕДНИШТВО:

Ред. проф. др Драгољуб Стојановић; Доц. др Слободан Марковић; Проф. др Предраг Стојановић; Доц. др Ненад ЂУРЂЕВИЋ; Доц. др Снежана Соковић; Доц. др Душина Палачковић; Др Јездимир Митровић, судија Вишег привредног суда Србије; др Зоран Ивошевић, судија Врховног суда Србије
Једна књига годишње у четири свеске
Претплата и наручивање појединачних примерака може се извршити на телефон издавача. Уколико се не откаже најмање шест недеља пре истека календарске године, уговор о претплати се продужава и на наредну годину.

НАЧИН ПОЈАВЉИВАЊА:

ПРЕТПЛАТЕ:

УДК:

Јелена Б. Срећковић, виши библиотекар
Универзитетске библиотеке у Крагујевцу

ДИЗАЈН ЧАСОПИСА:



СЛОГ И ПРЕЛОМ:

ШТАМПА:

"ДМ-ПРИНТ", Крагујевац
СГР "Графичар" Крагујевац

ПРЕДЛОГ ЗА ЦИТИРАЊЕ:

ГлП, књ. 3 (1994)
Радове слати на адресу издавача, са назнаком "за Гласник права". Манускрипти се не враћају. Часопис издаје само ауторске прилоге који нису објављени, као и оне који су објављени, али нису издати. Уредништво задржава право на вршење техничких измена у прилогу, уколико су оне неопходне да би се прилог саобразио техничким стандардима часописа.

ГЛАСНИК ПРАВА је настављач излажења часописа "ГЛАСНИК ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ", који је основан 1979. године. Досадашњи главни и одговорни уредници су били: Проф. др Миленко Јовановић, проф. др Живомир Ђорђевић и проф. др Тодор Подгорац.

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ:	Др Драгољуб СТОЈАНОВИЋ ПРЕНОШЕЊЕ СВОЈИНЕ У ЦИЉУ ОБЕЗБЕЂЕЊА КРЕДИТА1
	Др Ненад БУРЂЕВИЋ МАТЕРИЈАЛНИ НЕДОСТАЦИ УПОТРЕЂАВАНОГ АУТОМОБИЛА19
	Др Мирса МИЈАЧИЋ ПРИНЦИП ПОТПУНЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ39
	Др Радоје БРКОВИЋ РАДНИ ОДНОС ЛИЦА О ЧИЈЕМ ЗАСНИВАЊУ ЈЕ ОДЛУЧИВАО НЕНАДЛЕЖНИ ОРГАН, ОДНОСНО КОЈЕ ЈЕ ЗАСНОВАЛО РАДНИ ОДНОС У НЕПРОПИСНОМ ПОСТУПКУ53
	Др Емилија КАРАЈОВИЋ ТЕТРАРХИЈА, НОВИ ДРЖАВНИ ПОРЕДАК65
	Др Свето ПУРИЋ МОНЕТАРНА ПОЛИТИКА И СТАБИЛНОСТ ПРИВРЕДНОГ СИСТЕМА75
	Мр Нина ПЛАНОЈЕВИЋ РЕГУЛИСАЊЕ УЗАЈАМНИХ ОДНОСА ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА81
ПРИКАЗИ:	Др Предраг СТОЈАНОВИЋ Проф. др Гинтер Питнер: КОМУНАЛНО ПРАВО БАДЕН-ВИРТЕМБЕРГА93
	Др Иван ЧУКАЛОВИЋ Проф. др Смиља Аврамов: ГЕНОЦИД У ЈУГОСЛАВИЈИ У СВЕТЛОСТИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА97



Volume 3
Kragujevac, 1994

HERALD OF LAW

CONTENTS

ARTICLES:	Dragoqub STOJANOVIĆ, Ph.D., professor TRANSFER OF TITLE WITH THE PURPOSE OF PROVIDING CREDIT 1
	Nenad DURDEVIĆ, Ph.D., associate professor MATERIAL DEFECTS OF USED AUTOMOBILES 19
	Mirsa MIJAČIĆ, Ph.D., professor THE FULL DAMAGE COMPENSATION PRINCIPLE 39
	Radoje BRKOVIĆ, Ph.D., associate professor EMPLOYMENT OF PERSONS PROVIDED ON THE BASIS OF DECISIONS ADOPTED BY INCOMPETENT AUTHORITIES, AND PERSONS EMPLOYED ON THE BASIS OF AN ILLEGAL PROCEDURE, RESPECTIVELY .. 53
	Emilija KARAJOVIĆ, Ph.D., associate professor TETRARCHY - THE NEW STATE ORDER .. 65
	Sveto PURIĆ, Ph.D., associate professor MONETARY POLICY AND STABILITY OF THE ECONOMIC SYSTEM..... 75
	Nina PLANOJEVIĆ, L.L.M., assistant REGULATION OF MUTUAL RELATIONS AMONG APARTMENT OWNERS 81
REVIEWS:	Predrag STOJANOVIĆ, Ph.D., professor Prof. Dr. Guenter Puettner: KOMMUNALRECHT BADEN-WUERTEMBERG, Boorberg Verlag, Stuttgart, 1993 93
	Ivan ČUKALOVIĆ, Ph.D., professor Prof. Dr. Smiqa Avramov: GENOCIDE IN YUGOSLAVIA IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW, Belgrade, 1992. 97

Herald of Law

University of Kragujevac Faculty of Law
editor in chief: Nenad Djurdjević, Ph.D., associate professor
Djura Pucara Starog 1
34000 Kragujevac, Yugoslavia

Др Драгољуб
СТОЈАНОВИЋ
редовни професор Правног
факултета у Крагујевцу

ПРЕНОШЕЊЕ СВОЈИНЕ У ЦИЉУ ОБЕЗБЕЂЕЊА КРЕДИТА (Sicherungsübereignung)

Увод

Покретне ствари чине знатан део имовинских добара. Често се постојећа имовина предузећа и приватних домаћинстава састоји претежно из покретних ствари, као што су лагери репродукционог материјала (сировине) или готових производа предузећа (робни лагери), затим машина и других апарата предузећа, робни лагери vele-трговаца и појединачних трговаца, роба и превозу, камиони или кад се ради о приватним уређајима стана, сликама, антиквитетима и збиркама. Због свега овога постоји велики привредни интерес да се пронађе прави пут да покретне ствари постану средство обезбеђења кредита и тиме постану извори за кредитирање. Закон за то као правни инструмент предвиђа ручну залогу, али она овај задатак не може да испуни онако како то одговара привредним интересима трговаца (банака), јер захтева предају заложене ствари од лица које прима кредит - кредитору (банци). За дужника узимање кредита само онда има смисла, ако он средства за обезбеђење кредита може и даље да економски користи. Кредитор, по правилу банка, с друге стране је само заинтересована за право уновчења заложених ствари, а не да ту робу дужника лагерије, стара се о њој и да са њом привређује. Ручна залога стога у привредном промету показује одлучујуће функционалне слабости па се зато не може шире примењивати.

Немачка судска пракса је зато нашла излаз у преношењу својине у циљу обезбеђења кредита, при

чему се користила од римског права познатом могућношћу да се својина на једној ствари пренесе на стицаоца, а да се истовремено задржи непосредна државина и могућност коришћења на таквој ствари *constitutio possessorium* - један од видова фиктивне предаје ствари коју познаје и наш Закон о основним својинскоправним односима, у ст. 4., чл. 34.). Дужник (прималац кредита) може својину на стварима да пренесе на кредитора и да његову тражбину из кредита тако осигура, а да истовремено давалац кредита њему остави да ту ствар и даље користи. Кредитор добија са својином оно што је за њега најважније, право захватања у ствар, а да се не оптерети њеним лагеровањем, одржавањем и привредним искоришћавањем.¹ Преношење својине у циљу обезбеђења кредита је због тога функционално бољи посао обезбеђења од ручне залог.

Према статистичким подацима у Немачкој је примена института преношења својине у циљу обезбеђења својине врло велика. Тако су немачка предузећа узела у 1980. год. краткорочне и средњорочне кредите (код којих се ова средства обезбеђења углавном користе) у износу од 234 милијарди марака, а сума потрошачких кредита (код којих се такође за обезбеђење користи овај институт) је у 1979. год. износила 79 милијарди марака. Повериоци који обезбеђују своје кредите преко преношења својине су већином банке.²

Преношење својине у циљу обезбеђења тражбине је бездржавинско и стога скривено право обезбеђења, насупрот ручној залози. Поред несумњиво велике економске функционалне способности овог института, основна му је слабост недостатак публицитета: трећа лица не могу да знају да вредност ствари са којима је окружен њихов пословни партнер не представља његову својину. Он га третира према спољној снази, према робном лагеру, машинама, уређајима, камионима, као добро стојеће предузеће, као кредитно способног, испоручује му робу и чини друге услуге. Међутим, читава његова покретна имовина не представља имовину над којом се може спровести извршење због обимних обезбеђења на њој, насталих преношењем права својине у циљу обезбеђења.

Скривеност испуњења имовине преко преношења својине у циљу обезбеђења, као и других средстава за обезбеђење тражбине, као што су преношења потраживања и задржавања права својине доприноси томе да стечајни поступак остане без икакве функције. Обезбеђења права на одређеним добрима преко ових средстава служе најпре задовољењу тражбина ових поверилаца и она се одузимају од опште масе за поделу. Међутим, упркос тога што се преко ових средстава обезбеђења изиграва законски принцип публицитета, не доводи се у питање допуштеност преношења права својине у циљу обезбеђења кредитне тражбине и она почива на обичајном трговачком праву.³

1 Fritz Baur: Lehrbuch des Sachenrechts, 12. Aufl. Muenchen, 1983., стр. 590

2 Pottschmidt-Rohr: Kreditsicherungsrecht, 3. Aufl., Muenchen, 1986., стр. 178

3 Fritz Baur: op. cit., стр. 585

Прекло преношења права својине у циљу обезбеђења кредитне тражбине добија кредитор према споља обухватну правну моћ, која одговара привредном циљу посла: он стиче својину на обезбеђеном добру, али економски треба само да добије право обезбеђења, једно "бездржавинско заложно право". Због тога је он унутра, према даваоцу обезбеђења, облигационо обавезан, да обезбеђено добро третира као имовински предмет даваоца обезбеђења, у који он може захватити, ако циљеви обезбеђења то захтевају, а по испуњењу циљева обезбеђења он мора ове предмете да пренесе поново на дужника. Ова повратна унутрашња веза произилази из закљученог уговора о обезбеђењу између даваоца кредита и примаоца. Ако кредитор добра која су му пренета у својину употреби на начин који противречи уговору о обезбеђењу кредита, он је дужнику (даваоцу обезбеђења) дужан да надокнади штету која је из тога произашла. Преношење својине у циљу обезбеђења тражбине је фидуцијарни однос (заснован на поверењу). Даваоца обезбеђења (fiduciјант) преноси обезбеђено добро на примаоца обезбеђења (fiduciјага) на "поверљиво руковање", тј. у очекивању да ће овај водити рачуна о обавезама из уговора о обезбеђењу кредита.

Кроз уговор о обезбеђењу кредита одређује се сврха обезбеђења пренете својине не само у унутрашњем односу, већ се стварају обухватне и појединачне обавезе које одређују и стварноправни положај власника обезбеђења и ограничавају његову правну власт споља (уговор о обезбеђењу кредита је правни основ за преношење својине у циљу обезбеђења). Обезбеђена својина није потпуна, неvezана својина, већ свом титулару даје само овлашћење на уновчење. Ограничење својинског положаја нарочито долази до изражаја у стечају и приликом принудног извршења. Оно се показује и у пореском праву, јер према пореским прописима у Немачкој ствари на којима је пренета својина у циљу обезбеђења представљају "економску својину" даваоца обезбеђења.

У приватном праву је непозната обухватна припадност обезбеђеног добра као "економска својина" даваоца обезбеђења. То има последице у случајевима оштећења обезбеђене ствари од стране трећег лица. На пример лице Д скриви саобраћајни улес, у коме је оштећен камион дужника С, који је пренео својину на том камиону у циљу обезбеђења кредита на банку Б. Захтев за накнаду штете не припада С као "економском власнику" камиона, већ банци Б, као правном власнику (али ако Д исплати штету С, јер није знао за пренос својине у циљу обезбеђења кредитне тражбине, он ће бити слободан и према лицу Б).

У већини случајева је дужник (прималац кредита) истовремено давалац обезбеђења, тј. он преноси сопствену покретну ствар на повериоца (лице које се обезбеђује). Али исто тако може се догодити да једно треће лице, које није идентично са дужником, своју ствар пренесе на повериоца, да би била обезбеђена повериочева тражбина према дужнику. У овом случају је трећи давалац обезбеђења и он мора тригати да поверилац, кад настане случај обезбеђења, уновчи обезбеђено добро. Али он је најпре лични дужник

поверлиоца и не може од њега захтевати нити испуњење кредитне тражбине нити поверилац може захватити у неку његову другу имовину.

1. Појавне форме преношења права својине у циљу обезбеђења кредитне тражбине

Велики значај за преношење својине у циљу обезбеђења тражбине имају преношење својине путем *traditio brevi manu* (преношење кратком руком коју познаје и наше право у ст. 3, чл. 34. Закона о основним својинскоправним односима) и путем *constitutio possessorium* (§ 930. НГЗ, и ст.4., чл. 34. Закона о основним својинскоправним односима).

У §929.НГЗ спадају случајеви преношења својине ради обезбеђења на ускладиштеној роби или роби која се налази на превозу бродом за коју су издати традициони папири. Предаја традиционог папира има исто дејство као и предаја робе. Њен пренос може се извршити споразумом и предајом папира. Ова форма преношења својине у циљу обезбеђења игра посебну улогу код финансирања послова спољне трговине (увозник С узме код банке Б кредит за премошћавање трајања поморског транспорта за купљену робу и пренесе на банку својину ради обезбеђења на роби која се налази на броду споразумно и предајом коносмана).

Ускладиштена роба или роба која се налази код трећег лица, нпр., машине издате у закуп, могу се путем *cessio vindicationis* (§ 931. НГЗ), по налогу досадашњег власника пренети на новог стипендента у циљу обезбеђења. Ту мора њихов отуђилац (сада давалац обезбеђења) трећем лицу код кога се ствари налазе (непосредном државицу) да изда налог, да робу или машине које се налазе код њега преда новом стипенденту или од њега овлашћеном лицу или да је од тада за новог стипендента чува. Затим је потребно да треће лице изврши налог, тј. робу испоручи или се са новим стипендентом споразуме о самосталној посредној државини. На пример, С је издао грађевинску машину Д, а сада хоће да ту своју машину у циљу обезбеђења пренесе на банку Б која му је дала кредит, па да налог Д да од сада за банку држи ствар. Д закључи о томе са банком Б уговор о закупу.

У немачкој пракси обезбеђења кредита најважнија форма преноса својине у том циљу је форма *traditio brevi manu*, уз сагласност, сходно § 930. НГЗ. На пример, С је фабрикант намештаја и држи стално велики лагер дрвета. Код банке Б је узео кредит и на банку је пренео у циљу обезбеђења својину на садашњем лагеру дрвета (као и на сва будућа дрва која ће ући у лагер.). У другом случају, С је грађевинска фирма. Она је купила са кредитом један покретни кран за обезбеђења кредита код банке Б, С је пренео својину на крану на банку, да би јој обезбедио кредитну тражбину. Ово преношење претпоставља да је отуђилац (давалац обезбеђења) држалац ствари. Давалац кредита (банка) оставља државину ствари на крану дужнику; да би је могао привредно користити, а на банку (кредитора) се преноси право својине у циљу обезбеђења тражбине.

2. Преношење својине у циљу обезбеђења кредита на робном лагеру и другом скупу ствари са променљивим саставом

Имовина многих привредних предузећа се у већем делу састоји од робних лагерa. Ту пре свега долазе производна предузећа која држе лагере сировина, готових, а још непродатих производа, а предузећа за поправке (сервиси) лагере са резервним деловима, а у велетрговинама и трговинама на мало лагере са робом. Стога предузећа имају велики интерес да искористе постојеће вредности ствари које стоје на лагеру као подлогу за добијање кредита и тако прошире свој основ за кредитирање. Правно настану тешкоће јер стање робног лагерa се непрекидно мења. Пренос својине у сврху обезбеђења кредита не би требало да спречи промене у робном лагеру. То се постиже тако што се обухвата свагдашње стање робног лагерa. То значи, да се робе из осигураног лагерa узимају и уласком других у лагер замењују.

Пред право се постављају следећа питања:

- како обезбедити да улазак робе у робни лагер буде у својини давалаца обезбеђења?
- под којим условима роба која је из лагерa изашла више није у својини која служи за обезбеђење кредитора?
- како се може осигурати да не изађе много робе из лагерa, већ да у њему увек буде један минимум који је довољан за обезбеђења?

Прималац обезбеђења мора да буде заинтересован за то да нова роба која је ушла у лагер од тог момента пређе у његову својину којом он обезбеђује своју тражбину према дужнику. Он мора да спречи, да роба за неко време и правно, а не само економски, уђе у имовину давалаца обезбеђења. То би било опасно за примаоца обезбеђења: давалац обезбеђења би могао као овлашћено лице да располаже робом према другим лицима, на пример да је у циљу обезбеђења пренесе на друге поверљиве. А други поверљивци давалаца обезбеђења могли би робу у том моменту да пуноважно задуже, а да у томе не може да их спречи прималац обезбеђења. У стечају држаоца обезбеђења на овај начин прималац обезбеђења не би имао никакво право на излучење ове робе из стечајне масе. То се постиже тренутним преласком робе која је ушла у лагер у својину ради обезбеђења кредитора преко унапред пренетог права својине у сврху обезбеђења кредитне тражбине. Истакнути значај овде има унапред извршени пренос својине путем сагласности и споразума о посредном државинском односу према § 930 НЗ - такозваној антиипираној *traditio brevi manu*. При томе саглашавају се давалац и прималац обезбеђења већ сада о томе, да ће својина на одређеним стварима, на пример на свој роби, коју давалац обезбеђења убудуће унесе у лагер или коју уговори, прећи на примаоца обезбеђења. Истовремено договарају се они већ сада да као замена за предају робе буде установљен посредни државински однос, то јест да ће давалац обезбеђења робу чувати за примаоца обезбеђења. Пример за ову формулу у уговорима је следећи: "Право очекивања својине,

својина и су својина на роби која се нађе у лагеру који служи за обезбеђење у моменту закључивања уговора, прелази у својину примаоца обезбеђења и на роби која ће касније бити унета у робни лагер који служи за обезбеђење у моменту њеног уношења. Није потребан никакав други акт за преношење својине. Предаја се у свим овим случајевима замењује тиме, што се давалац обезбеђења обавезује да ће обезбеђено добро бити чувано бесплатно за примаоца обезбеђења са пажњом доброг трговца".

Ако давалац обезбеђења унесе сада робу у лагер или је значи да ће је унети на одговарајући начин, својина прелази аутоматски на примаоца обезбеђења у моменту извршења ове радње и за то није потребан никакав додатни правни посао.

Принцип специјалитета (одређености) не чини само радњу извођења потребном већ доводи до даљих захтева у погледу правног обликовања преноса својине у циљу обезбеђења тражбине. Својина по својој природи увек се односи на одређене ствари. Сагласност о преносу својине мора сама по себи да испуњава захтев одређености (специјалитета), тако да увек буде одређено на којим конкретним стварима се преноси својина. То је захтев који је тешко испунити, ако се пренос својине односи на ствари које ће тек у будућности бити у моћи располагања од стране даваоца обезбеђења, као што је случај код преноса на стварима које ће тек убудуће да уђу у робни лагер, као и за пренос својине на другој роби која ће да уђе у лагер уместо оне која је из њега изашла. Посебно тешко је обезбедити испуњење принципа специјалитета, ако треба пренети својину само на делу количине; пренети комади морају јасно да се издвоје од других комада. Вредностно означавање, или означавање по количини или броју није довољно. Немачка судска пракса сматра да је недовољно следеће формулисање: "половина мога лагерa текстила..." или "баде штофова у вредности од 10 000 ДМ..." или "на четрдесет парних котлова из мог лагерa". У таквим уговорима не може да се утврди да ли су пренете у својину покретне ствари или ту екипа и остали део лагерa. Недовољна је и клаузула: "пренета је само роба коју је дужник (прималац кредита) у потпуности исплатио", као и формулација "пренета је она роба која се налази у лагеру са изузетком оне која не припада примаоцу кредита".

Ако се изврши преношење права својине у циљу обезбеђења тражбине на неодређеним стварима, такво преношење је непуноважно. Погођени поверилац не може накнадно да конвалидира непуноважно преношење својине у циљу обезбеђења кредитне тражбине.

3. Уговор о обезбеђењу простора и уговор о маркирању

У немачкој кредитној пракси су се уобичајиле две методе за тачно уговорно одређивање обезбеђеног добра, које се означавају са појмовима уговора о обезбеђењу простора и уговора о маркирању.

Код уговора о обезбеђењу простора утврђују давалац и прималац обезбеђења одређени простор и уговарају да ће све ствари бити пренете које се

пању у том простору или ће касније у њега бити унете. Као обезбеђени простор могу бити одређене поједине просторије или више лагерских просторија, тачно одређени делови простора, одређени регали у једном простору или тачно одређене површине под слободним небом за лагере дрвета или грађевинског материјала. На пример, уговори се: "обезбеђени простор означен у приложеној скици лагера који је првеном бојом оивичен у лагерској хали", или "обезбеђени простор означен је у приложеној скици као део лагерског простора", или: "обезбеђени простор обухвата лагерске просторије у приземљу зграде предузећа". Обезбеђени простор може се означити тачним навођењем земљишта на коме су сви предмети пренети у својину у циљу обезбеђења тражбине.⁴

Одредивост је захтев који се односи на уговор о преносу својине. Он може да гарантује да је при знању за фактичке догађаје за сваку појединачну ствар јасно регулисано да ли је на њој пренета својина или не.

Код уговора о маркирању договоре се давалац и прималац обезбеђења, да сваки појединачни комад садашњег или будућег добра које служи за обезбеђење, маркирају са одређеном ознаком. За прелазак својине маркирање је потребна радња извођења са чијим завршетком прелази својина на примаоца обезбеђења. Начин маркирања бира се према целисходности. У обзир долази лепљење, означавање натписима, стављањем одређених ознака, висеним цедуљама итд. Одлучујуће је да наведене ознаке представљају сигуран знак за разликовање робе на којој је извршено обезбеђење од друге робе. Проблематично је "негативно маркирање". Оно може да доведе до одређености само у вези са техником обезбеђеног простора: "сва роба у лагеру изузев маркираних комада".

Подгрупу уговора о маркирању чини уговор о листама, према коме све ствари које су наведене у листама приложеним уз уговор прелазе у својину примаоца обезбеђења или ће у будућности бити наведене и представљају осигурано добро. Уношење у листу је радња извођења која има дејство преноса својине. Али код овог типа уговора мора се pazити на то, да свака појединачна ствар приликом уписивања буде тачно одређена. Уговор о листама долази у обзир, ако пренета својина на роби има фабричке бројеве, који се уносе у листу, или се поједини предмети тачно описују, па је свака заблуда искључена.

4. Уговор о обезбеђењу

Уговором о обезбеђењу (о коме смо већ у Уводу говорили), утврђује се функција обезбеђења код преношења својине и истовремено он обавезује примаоца обезбеђења да свој својински положај користи у складу са циљем обезбеђења. Стога је уговор о обезбеђењу обавезујући посао заснован на

4 Pottschmidt-Rohr: *op. cit.*, стр. 192

преношењу својине (основни посао). Без уговора о обезбеђењу не може се замислити преношење својине у циљу обезбеђења тражбине, јер без њега не би се могао уговорити ни циљ обезбеђења ни обавезе у вези са тим.

Код кредитних послова разликујемо три нивоа у које је укључено преношење својине у циљу обезбеђења: 1. кредитни посао (зајам) на коме почива обезбеђења тражбина; 2. уговор о обезбеђењу којим се регулишу узајамне обавезе у односу на обезбеђење кредитних тражбина и представља правни основ за преношење својине; 3. најзад, стварноправно преношење својине на осигураном добру.

Ти нивои су правно повезани, а не одвојени један од других: ако није настала обезбеђења тражбине, онда је беспредметан и уговор о обезбеђењу, а ако је зајам ништав, онда је ништав и уговор о обезбеђењу. Ако је обрнуто уговор о обезбеђењу ништав (али зајам није још исплаћен), ништавост се простире и на зајам, тако да се његова исплата не може више захтевати.

Уговор о обезбеђењу регулише преко свог јужног суштинског садржаја и друге обавезе и овлашћења, које уговорне стране сматрају потребним и целесходним за обезбеђење кредита или које ће по правилу спроводити економски промишљени прималац обезбеђења према даваоцу обезбеђења. Уговор о обезбеђењу садржи потпуно обликовање правних односа између примаоца и даваоца обезбеђења, али се он може ограничити на споразум о најважнијим тачкама. У већини случајева налазимо упућивање или примену уговорних формулара, примењују се општи услови пословања кредитних институција са израженом тенденцијом за обухватним регулисањем.

Конкретно долазе у обзир следеће тачке за појединачно регулисање:

а) Обезбеђења тражбина

За какве тражбине одговара обезбеђено добро? Разумљиво је само по себи да се кредитна тражбина треба да осигура, јер њено заснивање је повод за преношење својине у циљу обезбеђења. Кредитна институција протеже одговорност обезбеђеног добра уз помоћ општих услова пословања на велики круг даљих, садашњих и будућих тражбина (тзв. контокорентно клаузула). Примене клаузуле општих услова пословања имају следећи садржај:

Обезбеђено добро служи за обезбеђење "свих постојећих и будућих, такође условних и орочених тражбина банака према клијенту, које су трећа лица пренела на банку, и тражбине банке према фирмама или друштвима, за чије обавезе клијент лично одговара".

Контокорентно клаузула има за последицу да обезбеђено добро постаје слободно само ако је давалац обезбеђења не само вратио кредит, већ ако је испунио целокупне обавезе према банци. Са овом клаузулом су обезбеђене само тражбине из "банкарских послова", а не такве које је банка стекла на начин који није банкарски уобичајен.

б) Допуњавање обезбеђења

Под којим претпоставкама прималац обезбеђења може да тражи додатно обезбеђење? Циљ обезбеђења захтева одржавање обезбеђења. Клаузула о

допуни обезбеђења садржана је у бр. 19 ст. 3. Општих услова пословања немачких банака из 1984. Према њој може банка у свако доба да захтева контигуисање или појачање банковног обезбеђења за све обавезе, такође за условне и орочене. То важи такође ако је за један кредит уговорено специјално обезбеђење, јер клаузула о допуни обезбеђења претпоставља да већ постоји обезбеђење. Клаузула је ограничена по садржини тако да банка може предмете обезбеђења, који јој по правичној оцени више нису потребни, да ослободи од обезбеђења (бр. 19 ст. 6. Општих услова пословања немачких банака).

в) Ослобађање добара од обезбеђења

Поставља се питање под којим условима може давалац обезбеђења да захтева ослобођење својих предмета од терета обезбеђења? Давалац обезбеђења има право, иако то није изричито уговорено, да захтева од примаоца обезбеђења да га ослободи обавезе обезбеђења, ако предмети обезбеђења нису више потребни повериоцу за покриће својих обавеза.⁵ Овако тумачење уговора о обезбеђењу произилази из везе правног положаја власника коме је пренета својина у циљу обезбеђења и циљева обезбеђења. Несигурност постоји, ако граница за покриће није утврђена у уговору о обезбеђењу, преко процентног става у коме вредност осигураног добра прелази осигурану тражбину (тзв. маржа), без могућности да се захтева ослобођење. Назначује се маржа 10% до 30%. Меродавна је код уповчења осигураног добра постигнута накнада, која често изостаје иза прометне вредности ствари. Ако се постигнута накнада калкулише испод процењеног ризика, нема потребе да се тражи додатно обезбеђење испод 10% вредности. У многим случајевима се долази до сличног резултата, ако се уместо процене опште прометне вредности обезбеђеног добра и кредитна тражбина подигне за 20 до 25%.

г) Право на државину даваоца обезбеђења

Уговор о обезбеђењу регулише право на државину и право коришћења даваоца обезбеђења. Он може с друге стране да предвиди да се обавезе давалац обезбеђења (на чување, управљање, поправку) да ће брижљиво поступати са стварима на којима постоји обезбеђење.

д) Осигурање обезбеђеног добра

Давалац обезбеђења се у многим случајевима обавезује, да добро на коме постоји обезбеђење осигура. Према § 71. немачког закона о осигурању, осигурање прелази на примаоца обезбеђења. Али је овај уопште заинтересован за то, да се давалац обезбеђења и даље брине за заштиту из осигурања.

5 Rolf Serik: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd 1, 1963., Heidelberg, стр. 80

То се постиже уз помоћ тзв. исправе о осигурању осигурача којом се допушта примаоцу обезбеђења да осигурање добије од даваоца обезбеђења. Тај циљ се остварује уговором о осигурању у коме је давалац обезбеђења осигураник, а примаоцу обезбеђења, у случају настанка осигураног случаја, припада чинида из осигурања.

ђ) Обавеза информисања даваоца обезбеђења

Уговор о обезбеђењу може, иако о томе не постоји изричита одредба, да утврди обавезе даваоца обезбеђења, да мора информисати примаоца обезбеђења о најважнијим околностима које се тичу обезбеђеног добра. У обзир долази нарочито обавеза о обавештењу о оштећењима и другим битним губицима вредности на обезбеђеном добру, као и да га без одлагања обавести о залагању обезбеђеног добра другим повериоцима. Обавештење је нарочито важно, јер би иначе прималац обавештења пропустио да благовремено пре завршетка принудног извршења подигне тужбу којом се устаје против извршења.

е) Овлашћење на отуђење ствари од стране даваоца обезбеђења

Преношење својине на роби у циљу обезбеђења тражбине повериоца, има за даваоца обезбеђења економски смисао само онда, ако то не спречава његову трговину, односно производњу. Због тога му мора прималац обезбеђења доделити овлашћење на располагање робом, односно овластити га не њено прераду. Овлашћење на располагање робом по правилу је ограничено на редовно пословање. Оно је ограничено тако да се у преосталим робама мора увек достићи граница покрића.

ж) Контролна права примаоца обезбеђења

Прималац обезбеђења мора да обрати посебну пажњу својим овлашћењима из уговора о обезбеђењу на основу којих он може да контролише стање обезбеђења на одређеној роби. При томе је он у великој мери упућен на поузданост даваоца обезбеђења. Пошто је давалац обезбеђења код преношења својине у циљу обезбеђења повериоца држалац робе према § 930 НГЗ, и то по правилу непосредни држалац, он је увек у стању да ту робу пуноважно отуђи трећем савесном лицу (§ 932. НГЗ). И лагерована обезбеђена роба, која је примаоцу обезбеђења пренета путем *sessio vindicationis* (§ 934. НГЗ), може је он изгубити савесним стицањем од стране трећег лица. Неовлашћеним отуђењем обезбеђене робе чини давалац обезбеђења повреду уговора о обезбеђењу, и због недозвољене радње обавезан је на накнаду штете.

Код преношења својине у циљу обезбеђења на робном лагеру са променљивим стањем за примаоца обезбеђења је посебно важно, да са сигурношћу увек зна, да једна довољна минимална количина робе постоји у лагеру, која је довољна за покриће његовог потраживања и да то буде утврђено у уговору. Томе могу да послуже листе стања лагеру, које детаљно обаве-

штавају о количинама и вредности (цени) робе као и још отвореним захтевима за испоруку. Те листе је дужан давалац обезбеђења да шаље примаоцу обезбеђења у одређеним временским размапима. Овај надзор се олакшава преко права примаоца обезбеђења да изврши увид у промене на роби у обезбеђеном лагеру преко књиге лагерa. Листа о стању у лагеру и књига лагерa има само информативни карактер. Даље контролно средство примаоца обезбеђења је да преко свог овлашћеног лица прегледа лагер и спроведе контролу о стању лагерa. Њу допуњава обавеза даваоца обезбеђења да пружи сва обавештења и увид у сва писмена документа (књигу лагерa, рачуне, признанице о исплати и др.).

5. Располагање примаоца обезбеђења пре доспелости његове тражбине

Поставља се питање да ли прималац обезбеђења овлашћен да располаже обезбеђеним добром пре него што су испуњени услови за уновчење обезбеђеног добра? Такво располагање може да послужи рефинансирању примаоца обезбеђења.

Обезбеђено добро припада економски имовини даваоца обезбеђења. Прималац обезбеђења је облигационоправно везан да ће свој својински положај користити у складу са циљем обезбеђења. Он је овлашћен на располагање обезбеђеним добром, пре испуњења услова за то, само ако је то за себе изричито стипулисао у уговору о обезбеђењу.⁶

Против располагања фидуцијарног власника-примаоца обезбеђења супротно уговору, давалац обезбеђења је најбоље заштићен ако је уговорио раскидни услов код повраћаја кредита, тако да даваоцу обезбеђења остаје "право очекивања" да ће поново постати власник кад плати дуг. Такво решење је, према немачкој судској пракси, данас изузетак. По правилу је даваоцу обезбеђења уступљено облигационо право на поновно преношење својине од стране примаоца обезбеђења. При таквом обликовању преношења својине у циљу обезбеђења тражбине повериоца, давалац обезбеђења не може да спречи располагање противно уговору али има право, уколико се обезбеђено добро налази још код њега, на државинску заштиту сходно § 986, ст. 2. НГЗ.

Поставља се питање како ће деловати уступање обезбеђене тражбине од стране примаоца обезбеђења на права на обезбеђеном добру? Аутоматски прелазак тражбине и права обезбеђења на цесионара важи само за акцесорна права (као што је залога и хипотека), а не за фидуцијарна (самостална) права обезбеђења. Међутим, начелно се мора поћи од тога да је цедент обавезан, да цесионару прибави самостално право обезбеђења. Али он тиме вређа уговорну забрану отуђења коју има према даваоцу обезбеђења. Цесионар мора узети у обзир овакав правни положај и обавеза прибављања

6 Fritz Baur: *op. cit.*, стр. 605

настаје само у случају, ако је прималац обезбеђења на отуђење овлашћен у односу на даваоца обезбеђења.⁷

6. Држање у тајности и публицитет преношења својине у циљу обезбеђења тражбине

Овлашћење на неограничено и без икаквог повода давање публицитета о преношењу својине у циљу обезбеђења тражбине повериоца вређа интерес даваоца обезбеђења и не може бити уговорено у општим условима пословања. С друге стране повећање стриктне тајности публицитета о преносу својине у циљу обезбеђења тражбине повериоца, може знатно повећати заблуду пословних партнера даваоца обезбеђења о његовој кредитној способности. На питања других поверилаца, уколико се ради о његовим стварним интересима, прималац обезбеђења мора да им пружи одговарајуће информације.

7. Право уновчења примаоца обезбеђења

Суштину правног положаја примаоца обезбеђења чини уновчење обезбеђеног добра, о чему се говори у самом уговору о обезбеђењу. Према уговору о обезбеђењу право на уновчење од стране повериоца настаје тек кад дужник падне у дошњу у погледу исплате свог дуга. Уговорна одредба према којој прималац обезбеђења има право да према свом нахођењу уновчи обезбеђено добро и пре доспелости кредитне тражбине, не узима у обзир интерес примаоца кредита и не може се ни у општим условима уговорити.

Право на уновчење настаје и при отварању стечаја на имовини даваоца обезбеђења.

Са моментом настанка права на уновчење отпада право на државину даваоца обезбеђења. Према даваоцу обезбеђења постоји доспела тражбина на повраћај обезбеђеног добра. Пошто није утврђено колика се накнада може остварити за уновчено обезбеђено добро, протеже се захтев за повраћај ствари начелно на цело обезбеђено добро. Отуђење добара на којима постоји обезбеђење мора прималац обезбеђења обуставити и сва неупотребљена обезбеђена добра вратити, уколико је за покриће тражбине остварена довољна накнада.

Прималац обезбеђења може код доспелости обезбеђене тражбине да захтева повраћај обезбеђеног добра, али он то не мора чинити. Ако он не спроведе захтев за повраћај, он може без икаквог споразума да захтева од даваоца обезбеђења издавање економске користи добијене употребом обезбеђеног добра. Ако му она буде понуђена и то доведе до одговарајуће наплате његове тражбине, он то мора прихватити јер се води рачуна и о интересима даваоца обезбеђења.

7 Fritz Baur: *op. cit.*, стр. 509

Захтев за повраћај ствари од стране примаоца обезбеђења настаје тек, не само ако давалац обезбеђења не испуни своју обавезу на плаћање дуга, већ и ако постоје и друге, теже повреде уговора. На пример, ако робу на којој постоји обезбеђење утаји, ако је ненаменским коришћењем обезвреди, ако постоји перед у лагеру, па се помешају обезбеђена добра са другим стварима и не може се више знати која је роба обезбеђена, или ако се саопшти примаоцу обезбеђења о извршењу других поверилаца на обезбеђеном добру.⁸ Са настанком захтева за повраћај у овим случајевима не настаје и створено право на уновчење (отуђење) обезбеђеног добра. Право на отуђење претпоставља додатно да се од примаоца обезбеђења не може очекивати, да сам или преко свог овлашћеног лица чува обезбеђено добро.

Давалац обезбеђења може насупрам захтева за повраћај обезбеђеног добра од стране примаоца да истакне приговоре који произилазе из уговора о обезбеђењу, као и све приговоре који се могу истаћи против обезбеђене тражбине (кредитне тражбине). Једино се не може истицати приговор заснотости тражбине (§ 223. ст. 2. ПЗ). Ако дужник обезбеђењу тражбину примаоца обезбеђења испуни исплатом, даље уновчење мора да изостане. Прималац обезбеђења мора да пружи могућност даваоцу обезбеђења да исплати тражбину и он не може ни у ком случају да исплату одбије. Парочито он мора да одговори на питање даваоца обезбеђења да ли је већ отуђио обезбеђено добро или има још времена да се исплатом спречи отуђење. У прогивном оговоран је за накнаду штете.

На питање аналогне примене одредаба о продаји залоге на преношење својине у циљу обезбеђења тражбине не може се јединствено одговорити. Ове одредбе служе заштити залагача од неодговарајућих оштећења његове имовине путем мера уновчења. Ова заштита такође је потребна даваоцу обезбеђења у односу на мере уновчења предузете од фидуцијарног власника обезбеђења (примаоца обезбеђења). Интереси су у оба случаја упоредиви. Тиме је оправдана аналогна примена заложноправних заштитних одредаби, уколико правна заштита даваоца обезбеђења није загарантована за обе странке кроз фидуцијарне обавезе власника (примаоца обезбеђења). Аналогне одредбе о продаји залоге представљају законски модел, на чијим основним идејама и представама о правичности се мере и очекују општи услови пословања кредитних институција.

Из фидуцијарног односа између даваоца обезбеђења и примаоца обезбеђења настаје за примаоца обезбеђења уговорна обавеза, да код уновчења обезбеђеног добра из поверене туђе имовине, мора водити рачуна о интересима даваоца обезбеђења. Обавеза на одговарајућу заштиту интереса даваоца обезбеђења принуђује примаоца обезбеђења да код уновчења обезбеђеног добра поступа са пажњом доброг трговца, и да оствари што је могуће већу накнаду. Руководећи се овом директивом он може да изабере

⁸ Hary Westermann: Lehrbuch des Sachenrecht, 6 Aufl., Karlsruhe, 1969, Nachtrag 1973., стр. 212.

модалитете продаје. У већини случајева он ће изабрати продају из слободне руке. Јавна продаја према искуству, даје мању накнаду од трговачке добро спроведене продаје из слободне руке. У конкретним случајевима може бити и друкчије, тако да очување интереса принуђује примаоца обезбеђења на јавну продају обезбеђеног добра. Пошто прималац обезбеђења, ако о прети продаје ради уновчења недостају одредбе у уговору о обезбеђењу, обавезан је да изабере јавну продају (§ 1235. ст. 1. НГЗ), то ипак не може да буде оправдано противречним интересима обе странке. Несумњиво је да општи услови пословања овлашћују примаоца обезбеђења на продају из слободне руке, уз очување интереса даваоца обезбеђења.

Прималац обезбеђења мора у сваком случају да престане са уновчењем даљих добара обезбеђења, чим је из спроведених продаја постигао накнаду за покриће својих потраживања. Добра за обезбеђење која више нису потребна за покриће његових тражбина мора да ослободи.

Прималац обезбеђења је начелно обавезан да даваоца обезбеђења обавести најмање 30 дана пре намеравања продаје (тај рок је према нашим одредбама о залози 8 дана) ради уновчења. Претња и рок чекања имају велики значај за даваоца обезбеђења, јер то му је повод и прилика да учини последње одлучујуће напоре, да обезбеђено добро исплатом ослободи. Не може бити општим условима пословања уговорено потпуно ослобођење примаоца обезбеђења од обавезе остављања рока за опомену да ће бити извршено уновчење обезбеђеног добра, пошто би таква одредба била у супротности са основном идејом о остављању рока од 30 дана према § 1243. НГЗ. Не постоје никакве сумње, да рок одређен у § 1243 НГЗ од 30 дана може бити скраћен у општим условима пословања, уколико се даваоцу обезбеђења пружи одговарајуће време за последњи покушај исплате. Не мора се дужнику одредити рок за последњу опомену ако је то непотребно (на пример ако постоји отворена неспособност плаћања даваоца обезбеђења, ако постоји потреба да се одмах прода кварљива роба која служи за обезбеђење тражбине).

Спорно је да ли може бити уговорено да обезбеђено добро, код настанка услова за уновчење, коначно припадне у својину примаоца обезбеђења (*lex commissoria*). Могуће су при томе различите клаузуле о доспећу.

Ни у ком случају се не могу прихватити тзв. клаузуле о доспећу по слободном рачуну. Према њој одређено добро прелази у својину примаоца обезбеђења, без обзира на то да ли та ствар вреди више од тражбине. Таква клаузула у уговору вређа добре обичаје и ништава је (§ 138. НГЗ). Напротив, тзв. обрачунска клаузула по доспећу сматра се допуштеном. По њој даваоцу обезбеђења мора бити исплаћена диференција између (више) остварене накнаде из уновчења и износа обезбеђене тражбине. У тој форми клаузула је подносиљива.

Допуштена је клаузула о *lex commissoria*-и ако је уговорена после остављања упозоравајућег рока за исплату тражбине. Осим тога обавеза прављења рачуна и сазнавања вредности обезбеђене ствари, као и обавеза на

исплату вишка мора бити тако обликована да ова клаузула додатно не угрожава имовину даваоцу обезбеђења.

Накнада остварена из уновчења обезбеђеног добра треба примаоцу обезбеђења да послужи за покриће обезбеђене тражбине и да са тим изврши обрачун. Уколико настане вишак он га мора вратити даваоцу обезбеђења.

8. Дејства преноса својине у циљу обезбеђења тражбине у принудном извршењу и стечају

Поступак извршења (појединачно извршење или стечај) су пробни камен за право обезбеђење. Вредност права обезбеђења зависи од тога да ли оно овде потврђује своју снагу обезбеђења. С друге стране доводи фиксираност бездржавинских права обезбеђења у стечају и према мерама извршења до тајног и стога за пословног партнера опасног испрпљења дужникове имовине и тиме до бесмислености већине стечаја.

Циљ обезбеђења преноса својине ради обезбеђења тражбине везује власника у унутрашњем односу облигационоправно према даваоцу обезбеђења, али он располаже и са стварноправним положајем власника, ограниченом споља према трећим лицима. Стварно ограничење показује се јасно у принудном извршењу и стечају: фидуцијарна својина је према свом приредном (економском) циљу врло широко одређена као бездржавинско заложно право. Какве ће последице имати зависи од тога да ли се ради о принудном извршењу према даваоцу обезбеђења или примаоцу обезбеђења, о стечају даваоца обезбеђења или личног дужника, као и о стечају примаоца обезбеђења. Размотрићемо све ове ситуације да би нам било јасно какво је дејство и сигурност овог института обезбеђења.

Покушаћемо да ово објаснимо на примеру: С је један камион пренео у својину ради обезбеђења тражбине лицу Г. Поверилац Д је према лицу С издејствовао пресуду о плаћању и захтевао да ова пресуда буде извршена. Судски извршилац стави залогу на камион и хоће да га прода на јавној дражби. Лицу Г које је конституисало обезбеђење путем преношења својине на камиону за своју тражбину прети губитак обезбеђења кредита. Прималац обезбеђења Г може, уколико има обезбеђену тражбину према дужнику С да се одбрани против извршења притивтужбом (§ 771 Грађанско-судског поступка): суд проглашава извршење за недозвољено, па узимање обезбеђеног добра у залогу отпада. Поверилац принудног извршења, лице Д, овај за њега неповољан развој мора да спречи тако, што се одваја од обезбеђене тражбине Г и остварује захтев на остала добра дужника. Или он може да ступи у облигационоправни захтев даваоца обезбеђења (код преношења права својине у циљу обезбеђења тражбине са раскидним условом) или у његово "право очекивања" на поновно стицање права својине на обезбеђеном добру када плати кредитну тражбину.

Ако принудно извршење спроведе поверилац примаоца обезбеђења на фидуцијарној својини, давалац обезбеђења по исплати дуга не може више

обезбеђено добро добити назад у својину. За њега је то посебно ризично, када вредност осигураног добра прелази вредност осигуране тражбине, тако да давалац обезбеђења и поред обуставе даљег плаћања не може да отклони штету од себе.

Пошто се обезбеђено добро по правилу налази код даваоца обезбеђења, само изузетно може доћи до овог извршења, ако се обезбеђено добро преда примаоцу обезбеђења или ако се оно налази ускладиштено код трећег лица.

У поступку принудног извршења се води рачуна о економској припадности обезбеђеног добра у државину даваоца обезбеђења и њему се признаје право на противвужбу против лица које спроводи извршење.

Право противљења даваоца обезбеђења извршењу не претпоставља да је он обезбеђену тражбину испунио. С друге стране може поверилац примаоца обезбеђења да оконча кредитни однос. Право противљења развија се са стицањем услова за уновчење обезбеђеног добра: ако давалац обезбеђења мора да трпи уновчење обезбеђеног добра од стране примаоца обезбеђења, не може он супротставити захтеву повериоца на захват у обезбеђено добро никакав оправдани интерес. Поверилац може да се намири из обезбеђеног добра само до висине своје тражбине, а вишак је обавезан да врати даваоцу обезбеђења.

Добро на коме је извршено обезбеђење, економски посматрано, припада у имовину даваоца обезбеђења и улази у његову стечајну масу. Фидуцијарни власник овог добра (поверилац) не може издвојити из стечајне масе обезбеђено добро као што то може неограничени власник, већ само као заложни поверилац права на посебно задовољење из обезбеђеног добра. Уз то може он од стечајног управника захтевати издавање осигураног добра да би могао да га прода. Суму добијену од продаје мора искористити за намирење своје тражбине, а вишак преко тога се враћа у стечајну масу.

Добро на коме се врши обезбеђења спада у својину примаоца обезбеђења, а економски је у имовини даваоца обезбеђења. У стечајном праву је меродавна економска припадност. Стога давалац обезбеђења има право, при стечају примаоца обезбеђења, на издвајање обезбеђеног добра, тј. он може захтевати изузимање фидуцијарне својине из стечајне масе примаоца обезбеђења. Право на издвајање настаје при отварању стечаја.

SUMMARY

TRANSFER OF TITLE WITH THE PURPOSE OF PROVIDING CREDIT

In this article the author expounds on an issue which has not been dealt with seriously by Yugoslav lawyers so far. Proceeding from the fact that pledging movables in economic operations has been exhibiting functional shortcomings and that it cannot have a broader application as a means of providing credit, in his introductory part,

the author points to the fact that German judicial practice has found a solution to providing credits by transferring title, in which process one can use the possibility of transferring title to an object to the acquirer, concurrently with keeping direct possession and the possibility of using such object (*constitutum possessorium* - one of the forms of fictitious sale familiar to the Yugoslav Law on Basic Property-Legal Relations).

The first part of the essay is dedicated to the phenomenal forms of transfers of title made with the aim of providing credits. The second part discusses the issue of title transfers made with the aim of providing credits pertaining to stocks of goods and other sets of objects having a variable composition. The third part deals with the issue of contracts on the providing of room and contracts on marking. The fourth part of the essay discusses contracts on security, and particularly, security for claim, complementing of the security, exemption of property from security, the right of the giver of security to possession, insurance of the property secured, the obligation of informing the giver of the security, authorization referring to the objects transferred by the giver of the security and control of the right of the recipient of the security. The fifth part discusses the disposal by the recipient of the security before his claim is due. The sixth part is dedicated to the keeping secret of the transfer of title and its publicity in order to secure the claim. The seventh part elaborates on the issue of conversion into money made by the recipient of the security. The eighth and the last part deals with the effect of the transfer of title made with the aim of securing the claim in the case of a forced execution and insolvency.

Др Ненад ЂУРЂЕВИЋ
доцент Правног факултета у
Крагујевцу

МАТЕРИЈАЛНИ НЕДОСТАЦИ УПОТРЕБЉАВАНОГ АУТОМОБИЛА

Куповина употребљаваних возила у нашој земљи је одувек била права алтернатива набавци нових возила, с тим да последњих неколико година, услед високе цене и опште економске ситуације, највећи број возача се управо опредељује за употребљавање аутомобиле. Може се слободно констатовати да ће и у будућности трговина употребљаваним аутомобилима¹ бити изузетно обимна, и самим тим рађати не мали број спорова.

Већина продаваца употребљаваних аутомобила процењују своје аутомобиле као "изванредан", односно "добар". Међутим, управо таква моторна возила имају најчешће неки материјални недостатак. Околност да је предмет продаје већ коришћен чини утврђивање недостатака тежим него код продаје новог возила. Сем тога, ваља имати у виду чињеницу да су правила о одговорности за материјалне недостатке продате ствари и појам недостатка скројени према продаји нове ствари. Правни проблеми који се у пракси јављају у вези купопродаје употребљаваног возила у највећој мери се свode на његове мане. Правник практичар би могао, без страха од претеривања, слободно рећи: купопродаја употребљаваног аутомобила исто је што и одговорност за материјалне недостатке. Тако посматрано, питање

УДК: 347.447.54:347.451.031

1 Ми ћемо у овом тексту појам аутомобил користити у ширем смислу, обухватајући њиме не само путничке аутомобиле него и друга моторна возила у смислу чл. 10, т. 27. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима Југославије.

када продати употребљавани аутомобил има материјалне недостатке добија на највећем практичном значају.

I. ПОЈАМ МАТЕРИЈАЛНОГ НЕДОСТАТКА УПОТРЕБЉАВАНОГ АУТОМОБИЛА

1. Опште напомене

Наше право одређује појам недостатка продате ствари и објективно и субјективно. Према чл. 479. Закона о облигационим односима (ЗОО) недостатак постоји: 1) ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу или за промет; 2) 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; 3) ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене, односно прописане; 4) кад је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавештења.

Под употребљаваним аутомобилом подразумева се оно моторно возило које више није ново, већ је коришћено у саобраћају. И "слупани" аутомобил је употребљавани аутомобил, све док се продаје као целина. Дакле, не као поједини делови. Исто тако, недостаци појединих битних делова употребљаваног возила (на пример, мотора и осовине) не укидају, сами по себи, његово постојање. Шта више, продавац за њих одговара.

Купац новог аутомобила може да се поузда да је он без мане, те да се сконцентрише на избор боје, снагу мотора, економичност у потрошњи горива и сл. Потпуно друкчије је кад је у питању куповина употребљаваног возила. Шта је за купца новог аутомобила избор између понуђених могућности, то је за купца употребљаваног возила трагање за његовим способностима (обележјима). Свако ко хоће да купи нови аутомобил студира пропекте, каталоге и ценовнике, саветује се продавцом и "стручним" лицима, одлучује се за одређен модел, бира боју и купује према жељи и потреби. Купац употребљаваног возила мора радити друкчије. Он се од почетка мора сконцентрисати на понуђени аутомобил. То што му се нуди, то је стварност - неретушита и непропуштена кроз фото монтажу.² Њега посебно интересују евентуални недостаци који утичу на економичност возила или (и) изискују скупе поправке.

Проблем утврђивања постојања материјалног недостатка употребљаваног аутомобила у пракси се своди на то да ли он има уобичајена и уговорена својства.

2 Fugmann-Hofner-Kramer, Autokauf, Muenchen, 1979, стр. 8.

2. Уобичајена својства

A. ПОЈАМ

Да би се отклониле све недоумице о томе која својства треба да има продата ствар ако уговорне стране нису о томе ништа рекле, Закон о облигационим односима прописује да она треба да поседује својства која су потребна за њену редовну употребу (чл. 479, т. 1).³

Редовна употреба није апстрактни појам који увек значи исто. Да ли аутомобил има својства која га чине подобним за редовну употребу, просуђује се према околностима конкретнoг случаја, моделу возила, обичајима у промету и очекивањима користи које је купац на основу уговора нормално могао да има.⁴ Субјективна немогућност купца и његова лична схватања не узимају се у обзир. Ирелевантна је и околност да ли су у питању чести или ретки недостаци. Најошштије речено, продати аутомобил има својства потребна за редовну употребу уколико се може користити на начин који се редовно практикује за возила истог модела, под просечним животним односима конкретнoг случаја, а посебно с обзиром на месне односе.⁵

Продавац се не може ослободити одговорности доказујући да није знао која су својства потребна за редовну употребу продатог аутомобила. Али, његова обавеза не иде толико далеко да мора утврђивати да ли возило одговара очекивањима купца. Ко купи неки аутомобил а да о његовим својствима не води рачуна, или се о њима не распитује, тај мора сам сносити непријатности и штете ако он не одговара његовим очекивањима. Продавац одговара само за такве мане које аутомобил, објективно гледано, чине неподобним за редовну употребу. Извесна ширина у употребљивости је сасвим нормална, па се при одређивању недостатака треба зауставити код уобичајеног ризика с којим купац треба да рачуна.⁶ Сем тога, мора се водити рачуна и о цени аутомобила. Купац који је купио јефтинији модел возила не може очекивати да ће он имати исти квалитет као и знатно скупљи модел.

3 У правној литератури се често, уместо о својствима потребним за редовну (уобичајену) употребу, говори о уобичајеним својствима. Сматра се да је то једноставније, јер су уобичајена својства увек она која она мора да има за редовну употребу.

4 Аутобусу је, на пример, смањена подобност за редовну употребу када је немогуће у потпуности искористити сва седишта услед сувише уског корисног простора између појединих седишта (Ulrich Huber, у: H. T. Soerel - W. Siebert: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2/2 - Schuldrecht 1/2, 11. Auflage, Stuttgart, 1986, стр. 1050)

5 Видети Heinrich Honsell, у: J. von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch II - Recht der Schuldverhältnisse, 12. Auflage, Berlin, 1978, стр. 309.

6 Harm Peter Westermann, у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3 - Schuldrecht, Besonderer Teil, 1. Halbband, München, 1980, стр. 181.

Недостатак својстава потребних за редовну употребу постоји и у случају тзв. латентних мана (конструкциони недостаци и мане материјала), које воде ка томе да функционално значајни и за сигурност погона битни делови возила могу изненада отказати.⁷ Додуше, одговорност за материјалне недостатке је у овим случајевима због свог "кратког" дејства, сходно чл. 482, ст. 2. и чл. 500. Закона о облигационим односима, "слаба" правна помоћ купцу.

Дефинисање недостатка аутомобила са становишта одступања од његових уобичајених својстава одговара објективном појму мане ствари. Међутим, кад се са гледишта објективног појма одређује да ли постоји недостатак, неминовно се долази на питање који је модел возила (род ствари) меродаван за оцену да ли предати аутомобил поседује својства потребна за редовну употребу. Одговор је, када су у питању употребљавана возила, по правилу, једноставан: меродаван модел возила одређује се уговором о продаји. Могуће је, међутим, да се уговором означени модел и нарочити модел коме продати аутомобил стварно припада не поклапају. У том случају, меродаван мора бити "нарочити модел" коме припада предато возило.⁸

На постојање недостатка аутомобила утиче и одуство неког обележја које води ка знатнијем снижењу његове вредности. Она се проналази на основу тзв. "вредносно образујућих" фактора. У њих спада не само купопродајна цена него и друге околности које утичу на вредност продатог возила (на пример, година производње). Такве околности могу, али и не морају, истовремено да утичу и на подобност аутомобила за редовну употребу. На пример, аутомобил у који је уграђен измњен мотор (заменени су извесни оригинални делови) има сва својства потребна за редовну употребу, али и поред тога поседује недостатак, ако учештене измене на мотору воде ка знатнијем снижењу вредности возила. У сваком случају, само субјективна процена вредности возила од стране купца, не узима се у обзир.

За процену постојања недостатка меродаван је модел коме купљено возило "чињенично (фактички)" припада, независно од ознаке у уговору о продаји. Међутим, употребљавани аутомобил није више нов. Током употребе он подлеже променама, и то не само у изгледу него и у другим значајним својствима, као, на пример, подобности за употребу. Уобичајена својства употребљаваног аутомобила не искључују појаве историсености и ризик знатнијих оправки. Има ли се то у виду, процена исправности купљеног аутомобила мора се вршити тако да се он упоређује са другим возилима истог модела, старости и времена употребе. При том се претпоставља да производна серија којој припада купљени аутомобил не садржи

7 Huber, op. cit.

8 Robert Knoepfle, „Der Begriff des Fehlers im Sinne des 459 I BGB bei beweglichen Sachen und seine praktischen Auswirkungen, insbesondere bei Produkten mit schlechtem Testergebnis., Archiv fuer civilistische Praxis, бр. 5/1980, стр. 486.

својства употребљаваног аутомобила не искључују појаве исторшености и ризик знатнијих оправки. Има ли се то у виду, процена исправности купљеног аутомобила мора се вршити тако да се он упоређује са другим возилима истог модела, старости и времена употребе. При том се претпоставља да производна серија којој припада купљени аутомобил не садржи никакве тзв. мане серије. Ако аутомобил има неки серијски недостатак, продавац је за њега одговоран.⁸ Уколико кварови и истрошеност продатог возила не иду преко оног што се нормално опажа код возила дотичног типа, исте старости и вожености, тада треба порећи постојање недостатка. То значи да су нормалне појаве истрошености и квариња изузети из појма недостатка, и то независно од тога колики утицај имају на функционалну способност и подобност возила за употребу.

Када је граница нормалних својстава прекорачена, зависи од околности конкретног случаја.⁹ Поред техничких карактеристика треба узети у обзир и уговорену цену. Што је нижа куповна цена, то купац, по правилу, пре мора рачунати с тим да ће ускоро морати да предузме оправке возила. Продавац је, међутим, одговоран за последице надовољног одржавања и чувања возила, за нестручно руковање (на пример, возња са сувише ниским нивоом уља у мотору), као и за последице манљиве оправке.

Б. ТЕХНИЧКА СВОЈСТВА

а. Истрошеност употребом

Опште је позната чињеница да употребљавани аутомобил и при најпажљивијем коришћењу и најбољем одржавању не може по својим својствима одговарати новом аутомобилу. Услед употребе, неизбежне су појаве истрошености и квариња. Оне зависе од типа возила, старости, времена коришћења и степена одржавања. Битно је, међутим, да се оне не могу избећи. Колико је опасан зуб времена, чак и на возилима ван употребе, показује најбоље истраживање канадског министарства народне одбране, извршено на возилима која нису коришћена 6-8 година. Испитивање је показало следеће: на пнеуматичима су се појавиле прскотине; ременице вентилатора толико су кородирале да их је ваљало заменити на 50% возила; услед "замора" материјала готова сна гумена црева и цеви морали су бити замењени новим; на лежачевима точкова појавила се корозија; готово нијед-

8 Kurt Reinking - Christoph Eggert, Der Autokauf, 2. Auflage, Duesseldorf, 1984, стр. 257.

9 При процени да ли техничко стање купљеног возила одговара или не одговара "нормалности", судија је, као технички лаик, упућен на помоћ вештака. Њему треба поставити два питања: 1) Које недостатке показује возило X; 2) Јесу ли постојеће мане код возила тог модела, при старости од --- година и вожености од --- км, неуобичајене или су последица нормалне истрошености и квариња? Судија, међутим, треба сам да утврди да ли је одређени недостатак био за купца, као лаика, видљив.

поступно у току прве две године експлоатације, а затим све брже, услед чега се и трошкови одржавања стално повећавају.¹² Имајући све то у виду, очигледно је да се појаве нормалног кварења и строшености аутомобила не могу подводити под појам материјалног недостатка, без обзира на то колики је њихов утицај на функционалне способности и употребљивост аутомобила. Купац употребљаваног аутомобила зна да он није нов и води рачуна о томе приликом договора о цени. Међутим, ризик који се свесно преузима куповином употребљаваног аутомобила не обухвата његову истрошеност и кварове што излазе изван оквира "нормалног стања упоредивог возила" (на пример, истрошеност услед коришћења аутомобила за рели трке). За такве појаве одговара продавац. У неувобичајене појаве истрошености спадају и последње недовољне неге и чувања, рђавс оправке и "непрописне" вожње и употребе.

Које недостатке купац мора да прихвати, зависи од околности конкретног случаја. Основно упориште при процени представљају старост и број пређених километара. На пример, ако је аутомобил прешао 40 000 км, купац не мора рачунати с тим да је његов мотор већ на крају свог века. И продајна цена упућује на закључак о стању аутомобила. Ако је цена нижа, купац пре мора рачунати с тим да ускоро треба да предузме накнадне оправке. Обрнуто: продајна цена која пресвизлази просечну цену јесте доказ да је купац стекао натпросечно очуван и негован аутомобил.¹³

б. Нагриженост рђом

Главни проблем код куповине употребљаваног моторног возила представља појава рђе. Само неколико месеци стар аутомобил показује већу склоност ка рђању на дужним и попречним носачима, на улазном прагу, на вратима и стубовима врата, на деловима са задње стране, као и на хауби мотора и гепека.¹⁴ Стога, сваки купац мора рачунати са извесним степеном рђе аутомобила. Начелно, она спада у његов ризик. Незнатна до средња корозија не представља недостатак. Проблематични су, међутим, случајеви разједености рђом делова возила који су од битног значаја за његову погонску и саобраћајну сигурност. О разједености рђом говори се онда кад је процес корозије дошао у своју последњу фазу, односно када је материјал услед рђе толико ослабио да снага ношења, чврстоћа и еластичност конкретног дела више није загарантована. То не значи и да су се морале појавити рупе одређене величине. На први поглед, ни такве случајеве не би требало подводити под појам недостатка ствари, пошто је рђање нормална појава старости сваког аутомобила. Међутим, такав закључак не може се безусловно прихватити. Свака ствар, па и употребљавани аутомобил, мора имати својства која су потребна за њену редовну употребу. За аутомобил

12 Ibid., стр. 198.

13 Reinking - Eggert, op. cit., стр. 257.

14 Ibid., стр. 259.

то значи да мора поседовати својства која омогућају његово коришћење у саобраћаја. Наравно, осим ако се не купује за старо гвожђе, за растављање на делове у сврху продаје, или из колекционарских побуда. У противном он је за купца неупотребљив. Стога треба сматрати да је аутомобил с недостатком ако услед оштећења рђом није више подобан за безбедну возњу, док је његова оправка или технички немогућа или претерано скупа.¹⁵ Према данашњем стању технике и знатније рђање аутомобила може се отклонити. На пример, патос нагрижен рђом може се заменити новим.

Ретка је појава да се услед корозије јави техничка тотална штета. Много се чешће дешава да је отклањање корозије неприхватљиво са економског становишта. Када је то случај, зависи од конкретних околности. Мередавна је пре свега вредност возила с маном у тренутку продаје, а не купопродајна цена.¹⁶ Ако, на пример, аутомобил који је продат за 70.000 динара вреди заиста само 20.000 динара, а трошкови оправке би износили 35.000 динара, мора се прихватити постојање економске неотклоњивости недостатка.

Недостатак аутомобила постоји и у случају кад је цео његов тип обележен посебном појавом рђе. Из манљивог новог аутомобила не може коришћењем настати употребљавано возило без недостатака.¹⁷

в. Оштећења услед удеса

Да ли околност да је купљени аутомобил имао удес представља његов недостатак? Судска пракса СР Немачке покушала је да на ово питање одговори са становишта умањене тржишне вредности аутомобила. Пошто само суделовање у удесу доводи до умањења тржишне вредности, сматра се да аутомобил који је претрпео удес има недостатак без обзира на то да ли су његова оштећења оправљена или не.¹⁸ Исто становиште лежи у основи пресуде бившег Врховног суда Хрватске, Гж 793/77, од 23. 3. 1978, у којој се каже: "За карамболирано возило постиже се, по правилу, мања цена, па је стога и његова прометна вредност мања. Та прометна вредност је у односу на некарамболирани умањена и онда ако је ауто након оштећења потпуно и беспрекорно поправљен. Ако је хаварија била тежа, те к томе и оштећења на аутомобилу видљивија, прометна вредност је још мања. Умањену вредност у највише случајева не могу покривати новоуграђени делови па макар били и вреднији".

Такво гледиште не заслужује безрезервну подршку. Тачно је да купац има оправдан интерес да сазна да ли је употребљавани аутомобил претрпео удес или не, као и када су, где и по којој пени оштећења оправљена. Тако гледано, чињеница да је купљени аутомобил претрпео удес представља, по правилу, његов недостатак. Међутим, понут истрошености, и оштећења

15 Ibid., стр. 262.

16 Ibid., стр. 404.

17 Ibid., стр. 405.

18 Видети Fugmann-Hofner-Kramer, op. cit., стр. 132.

19 "Преглед судске праксе" (прилог Наше законитости), бр. 14/1979, стр. 45.

услед удеса спадају данас у карактеристична обележја употребљаваног аутомобила. У просеку, сваки аутомобил, за време од три године, доживи по један удес.²⁰ О тој чињеници купац треба да води рачуна приликом закључења уговора. Осим тога, последице удеса могу бити и сасвим незнатне. Ако се то има у виду, одговор на постављено питање зависи од околности конкретнoг случаја. При процени треба водити рачуна и о врсти и тежини оштећења аутомобила, старости и броју претјених километара, као и о томе да ли је и у којој мери продавац отклонио оштећења на возилу. Произвођачи и увозници аутомобила су за оправку њихових слупаних возила развили радне методе, које омогућају да се и код већих оправки може поново успоставити "потребно" стање возила, па чак и да се услед уградње нових делова раније стање побољша. Због тога, оштећења која су отклониена на начини којем се са становишта технике не може ништа приговорити, не потпадају, по правилу, под појам материјалног недостатка.²¹ Изузетак представља случај када аутомобил услед претрпљеног удеса има на тржишту знатно нижу вредност, упркос чињеници да су оштећења отклониена на технички исправан начин. За оцену вредности, меродавни су услови тржишта на дан предаје, и то за конкретан модел возила.

Према становишту француских судова, купац може и да побија уговор због скривљене преваре, уколико продавац свесно претути да је продати аутомобил претрпео више удеса.²²

В. ОСТАЛА СВОЈСТВА

Поред наведених, употребљавани аутомобил мора имати и сва друга потребна својства за његову редовну употребу или за промет (чл. 479, т. 1. ЗОО). Шта је све обухваћено појмом "редовна (уобичајена) употреба", зависи од околности конкретнoг случаја. Он се у сваком случају не може схватати толико уско да обухвата само голу функционалну способност возила у одређеном временском тренутку. У њему је садржан и временски елемент: технички и правно неограничена могућност коришћења у саобраћају за одређено време.²³ Што су веће потребе за поправкама, то се више оштећују користи од употребе. Потреба за поправкама зависи, пак од старости и укупне вожености аутомобила.

а. Већа воженост аутомобила од наведене на бројачу километара

Сваки купац пре свега очекује да се употреба купљеног возила подудара са стањем што га показује бројач претјених километара. Уколико постоји несагласност између стања на бројачу претјених километара и стварне упо-

²⁰ Reinking - Eggert, op. cit., стр. 265.

²¹ Код старијег возила учињене поправке могу чак и повећати његову вредност.

²² Видети пресуду Cour d' Casation, од 27. 5. 1974, La Jurisprudence Automobile, 1975, стр. 103.

²³ Reinking - Eggert, op. cit., стр. 414.

ћају за одређено време.²² Што су веће потребе за поправкама, то се више оштећују користи од употребе. Потреба за поправкама зависи, пак од старости и укупне вожености аутомобила.

а. Већа воженост аутомобила од наведене на бројачу километара

Сваки купац пре свега очекује да се употреба купљеног возила подудара са стањем што га показује бројач пређених километара. Уколико постоји несагласност између стања на бројачу пређених километара и стварне употребе, аутомобил је с недостатком, уколико се купац, према околностима конкретнoг случаја, а посебно с обзиром на старост возила, могао оправдано поуздати у исправност стања на бројачу, у смислу укупне вожености.²³ Купац, међутим, не може очекивати потпуну подударност тих вредности, јер се извесна разлика у километражи мора толерисати. Када је та граница прекорачена, зависи од околности конкретнoг случаја. Начелно, купац старијег аутомобила треба да трпи већа одступања од купца новијег возила. У сваком случају, знатно је свако оно одступање које утиче на тржишну вредност аутомобила.

За одговорност продавца је довољно ако купац докаже чињенице из којих се може основано закључити да је стварна употреба аутомобила знатно већа од регистроване. И кад би то хтео, продавац не може открити све трагове о дужини вође. Од купца се не може очекивати да доказује стварну воженост. При доказивању околности које указују на манипулацију бројачем, он се мора, по правилу, користити помоћним чињеницама. На пример, несразмером између старости и укупне вожености, стањем гума и мотора, сервисном књижицом, рачунима за оправку (које је направио продавац), и сл. Вештаку ће бити лако да утврди да ли је аутомобил вожен 40.000 км или 140.000 км. Тешкоће ствара утврђивање да возило није вожено, на пример, 65.000 км него 85.000, односно да је уместо 120.000 км прешло 200.000 км. Једино несумњиво поуздано мерило у тим случајевима представља "мерење мотора" (мерење проширења цилиндара). Међутим, ова метода је компликована и скупа. Немачки правници због тога сматрају да је довољно осветљавање мотора помоћу специјалног уређаја.²⁴

б. Потрошња горива

Недостатак постоји и кад је потрошња горива аутомобила знатно већа од просечне. Додуше, пошто је реч о употребљаваној ствари, морају се то-

²² Reinking - Eggert, op. cit., стр. 414.

²³ Према становишту француског Касационог суда, када је продавац употребљаваног аутомобила манипулисао бројачем пређених километара, купац који то није знао и који је полазио од нижег стања километраже има право да побија уговор због подмукле превара (пресуда од 19. 1. 1977, Verischerungsrecht, Beilage Ausland, бр. 13А/1978, стр. 20).

²⁴ Reinking - Eggert, op. cit., стр. 416.

ност за редовну употребу или на његову тржишну вредност. Када ће то бити, зависи од околности конкретног случаја. Суштински критеријуми за процену су старост и укупна воженост аутомобила, тип мотора (дизел или бензински), врста мењача (нормалан или аутоматски) и укупно време атипичне употребе.²⁷

Када су у питању такси возила и аута за обуку, купац тешко може доказати знатну неподобност за редовну употребу. Ова возила у пракси, по правилу, нису мање очувана и негована него приватно коришћен просечан аутомобил. Тачно је да већа воженост указује на јачу истрошеност. Међутим, пошто је кушима ових возила позната (увидом у бројач километара) падпросечна воженост, смањење подобности за редовну употребу не може се образложити већом истрошеношћу. Остаје, дакле, утврђивање недостатка са становишта смањења тржишне вредности.²⁸ Према становишту немачких судова, краткотрајно коришћења аутомобила за такси услуге или обуку возача не доводи до знатнијег снижења његове тржишне вредности.²⁹

Проблематичније је "рент-а-кар" возило, када није купљено директно од предузећа (агенције) које се бави његовим изнајмљивањем. Ако је купац тек након куповине открио да је аутомобил коришћен у "рента-кар" сврхе, треба поћи од претпоставке да постоји знатан материјални недостатак. Истрошеност мотора и друге механике рент-а-кар возила је, по правилу, увек већа, него код возила коришћеног у приватне сврхе. Узрок томе лежи у сталном мењању возача, неискуству са конкретним типом возила и немарнијем односу према туђој својини. То, пак, води ка знатном смањењу тржишне вредности рента-кар возила. Продавац, међутим, може доказивати супротно.³⁰

г. Непостојање гаранције произвођача

Да би нови аутомобил могао бити стављен у промет на југословенском тржишту, он мора бити снабдевен гарантним листом.³¹ Најмања дужина трајања гарантног рока за исправно функционисање аутомобила износи годину дана или достизање одређене километраже. У пракси се уобичајило да произвођачи даје гаранцију од године дана за исправно функционисање "целог" аутомобила и допунску гаранцију од неколико година (од 2 до 10) за антикорозивну заштиту и лак. Чињеница да гаранција произвођача траје дуже време, и да није везана за личност купца већ за возило, неминовно

27 Ibid., стр. 417.

28 Ibid.

29 Видети пресуду BGH, од 12. 5. 1976, Betriebsberater, бр. 1/1977, стр. 61. и пресуду OLG Nuernberg, од 28. 3. 1985, Deutsche Auto Recht, бр. 1/1986, стр. 26.

30 Reinking - Eggert, op. cit., стр. 418.

31 Видети Наредбу о одређивању производа аутомобилске индустрије који се могу стављати у промет само ако су снабдевени гарантним листом и техничким упутством, и о најмањем трајању гарантног рока и рока обезбеђеног сервисирања за те производе, Службени лист СФРЈ, бр. 9/1981. и бр. 62/1984.

добиа на значају и код куповине употребљаваног аутомобила. Не само први него и нови купци (други, трећи, итд.) могу доћи у њен посед. Не ретко се, међутим, дешава да заштита из гаранције произвођача престане да тече, или буде скраћена, јер се претходни купац није држао гарантних услова. На пример није поштовао обавезу редовног одржавања и контроле аутомобила у сервису произвођача након одређеног броја пређених километара. Поставља се питање може ли се купац који је тек након пријема аутомобила сазнао за непостојање или ограничење гаранције произвођача позвати на правила о одговорности за материјалне недостатке ствари. Немачки судови су дали потврдаи одговор.³² Ми сматрамо да је такво становиште исправно. Начело савесности и поштења налаже продавцу да упозна купца са свим околностима везаним за гаранцију произвођача. Треба, ипак, рећи да ово питање у пракси не изазива велике проблеме, јер се купци, по правилу, о њему још у фази преговора добро информису. Они већ увидом у гарантни лист могу видети "стање" гаранције, и сходно томе формулисати своју понуду, односно прихват понуде. Са становишта процењивања постојања уобичајених својстава, проблем се може јавити једино у случају када купац није пре предаје аутомобила видео гарантни лист и о њему ништа није питао продавца, уздајући се у то да аутомобил конкретне старости уобичајено прати гаранција произвођача. Ако је при закључењу уговора на питање купца продавац тврдио да гаранција произвођача још тече, у томе треба видети уговарање одређеног својства.

д. Гашење дозволе за употребу

Сва возила у саобраћају на путу морају да испуњавају прописане услове у погледу димензија, укупне масе и осовинског оптерећења, као и да имају прописане уређаје и опрему.³³ Уређаји и опрема који се уграђују у возило морају бити одобреног типа (хомологовани) по важећим нормативима за поједине врсте тих уређаја и опреме.³⁴ Аутомобил поседује општу дозволу за употребу у саобраћају само док одговара прописаним нормативима. Возило које не испуњава прописане услове у погледу димензија, укупне масе и осовинског оптерећења могу да учествују у саобраћају на јавном путу ако испуњавају посебне услове који омогућавају безбедан и несметан саобраћај, утврђене у одобрењу које је издао надлежни орган у републици, односно аутономној покрајини на чијој територији учествују у саобраћају.³⁵ Аутомобил који буде преправљен или му буду, на пример у удесу,

32 Видети пресуду OLG Frankfurt, од 30. 9. 1983, Monatschrift fuer Deutsches Recht, бр. 2/1984, стр. 141.

33 Чл. 192, ст. 1. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима, Службени лист СФРЈ, бр. 50/1988.

34 Чл 102. Правилника о димензијама, укупним масама и осовинским оптерећењима возила и о основним условима које морају да испуњавају уређаји и опрема на возилима у саобраћају на путевима, Службени лист СФРЈ, бр. 50/1982. и 11/1983.

35 Чл. 192, ст. 2. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима.

оштећени склопови и уређаји битни за безбедно учешће у саобраћају, губи општу дозволу за употребу у саобраћају. Он се мора пре пуштања у саобраћај подвргнути испитивању у погледу безбедносно-техничких карактеристика, и добити уверење да је исправан.³⁶ Без добијеног уверења о извршеном испитивању и техничкој исправности, возило се не може регистровати.³⁷

У пракси се дешава да купац употребљаваног аутомобила услед измена које је учинио продавац дође у ситуацију да не може да употребљава возило у саобраћају, зато што се прилоком регистрације на обавезном техничком прегледу утврди одступање од прописаних норматива или што овлашћено лице искључи возило из саобраћаја због техничке неисправности.³⁸ Поставља се питање да ли се купац у тим случајевима може позвати на правила о одговорности продавца за материјалне недостатке продате ствари. Немачки правници дају потврђан одговор. Купац се не може користити правима због мања ствари једино ако га добијање потребног уверења о исправности возила не кошта ни пуно времена ни пуно новца (на пример уклањање сувише дугог спојлера). Где су границе између багателних сметњи употребе возила и знатних мања ствари, зависи од околности конкретног случаја. Само кратка немогућност употребе, не може засновати одговорност за материјалне недостатке. Супротно је, међутим, уколико је продавац изричито гарантовао постојање одређеног својства возила.³⁹ Ми сматрамо да је такво становиште исправно.

Да би аутомобил могао да се употребљава у саобраћају није довољно само да је технички исправно, већ се и подаци из саобраћајне дозволе морају поклапати са онима који су на њему утиснути. На пример, бројеви шасије и мотора морају се поклапати са одговарајућим бројевима у саобраћајној дозволи. Ако постоји несагласност између тих цифара, аутомобил се не може регистровати, па се не може ни користити у саобраћају. Исто је и кад је број мотора или шасије возила нечитљив. Подударност између саобраћајне дозволе и возила несумњиво представља одређено својство објекта продаје. Поставља се, међутим, питање да ли је реч о правном или материјалном својству. Према становиште Окружног суд у Крагујевцу у овом случају је реч о материјалном недостатку возила.⁴⁰ Међутим, већина наших судова мисле да је то правни недостатак.⁴¹ Они сматрају да се "у конкретном случају ради о посебном ограничењу јавно-правне природе, које има у виду

36 Видети чл. 194. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима.

37 Чл. 6, т.4. Правилника о регистрацији моторних и прикључних возила. Службени лист СФРЈ, бр. 74/1989.

38 Видети чл. 196. и 216-219. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима

39 Видети Reinking - Eggert, *op. cit.*, стр. 418-419.

40 Пресуда Гж-1096/82 од 16. II 1983, "Правни живот", бр. 8-9/1987, стр. 155.

41 Видети одлуку Врховног суда Хрватске, Рев-140/84, од 9. 5. 1984, "Преглед судске праксе" (прилог Наше законитости), бр. 26/1985, стр. 78; одлуку Врховног суда БиХ, Рев 429/87, од 12. 5. 1988, Судска пракса, бр. 11/1989, стр. 46.

одредба члана 514. Закона о облигационим односима. Према овој законској одредби продавац одговара и за посебна ограничења јавно-правне природе која купцу нису била позната, под условом да је за њих знао или је знао да се могу очекивати, а купцу их није саопштио".⁴² Врховни суд Србије признаје купцу и право да уговор раскине због битне заблуде: "Ако број мотора аутомобила није идентичан са бројем мотора уписаним у саобраћајну дозволу, будући да је број мотора битан елеменат предмета купопродаје, постоји заблуда купца о битним својствима предмета купопродаје а тиме и могућност за раскид уговора о купопродаји, иако се купац одрекао права раскида уговора по било ком основу".⁴³ Судска пракса и правна теорија СР Немачке једнодушни су у томе да је у овом случају реч о материјалном недостатку возила. По њиховм мишљењу, идентичност података из дозволе и оних који се налазе на возилу представља његово својство. Дозвола је у тако уској вези с возилом да дели његову правну судбину.⁴⁴

3. Уговорена својства

Поред уобичајених, аутомобил мора имати и сва уговорена својства. Ако неко од тих својстава недостаје, продавац одговара чак и у случају кад због тога вредност или употребљивост продатог аутомобила није мања, него је, на пример, реч о својствима која представљају лични укус купца. Ако су уговором одређена само нека својства аутомобила (на пример, да се уместо челичних монтирају алуминијумске фелне), у погледу осталих обележја аутомобил мора бити такав да је подобан за уобичајену употребу. С друге стране, уговореним се сматрају и својства која је продавац у часу закључења уговора приписивао аутомобилу, као и својства у погледу којих је продавац дао обећање да ће их до предаје успоставити.

Ако уговорне стране изричито уговарају својства аутомобила, она морају да буду прецизно наведена. Одредбе које се односе на својства треба да буду јасне, одређене и потпуне. Уговором се својства могу гарантовати позитивно или негативно. Позитивно гарантовање постоји, на пример, у случају кад се каже да "аутомобил има турбо мотор", а негативно кад продавац изјави да "аутомобил не троши више од 6 литара на 100 километара.

Својства аутомобила могу постати део садржине уговора и навођењем намераване употребе. Када се уговорници сагласе да аутомобил мора бити подобан за одређену употребу (на пример, за трке), тиме су се споразумели и о својствима која он мора да има. То је лако појмити кад се зна да употреба зависи од својстава, а не обрнуто. Ако неко хоће аутомобил ради употребе

42 Из образложења претходно наведене одлуке Врховног суда БЈХ

43 Пресуда Рев. 2141/79, од 11. 3. 1980, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/1983, стр. 3.

44 Видети Peter Schlechtriem, „Zivilrechtliche Probleme des Kraftfahrzeugbriefes“, Neue Juristische Wochenschrift, бр. 45/1970, стр. 1995.

у одређене сврхе (нпр. искључиво за трке), он нужно хоће аутомобил са својствима која ту употребу омогућују.

Уговарање својстава може бити и прећутно. Да ли су својства прећутно уговорена, просуђује се на основу околности конкретног случаја. Одговор у многеме зависи и од тога да ли се купац, с обзиром на околности (радње и изјаве странака које су претходиле закључењу уговора), могао ослонити на продавчеве изјаве, и да ли су га оне навеле да уговор закључи.

Као што искуство учи, продавац употребљаваног аутомобила пуно прича али мало каже о самом аутомобилу. Међутим, то што каже често је узрок за касније спорове са становништа одговорности за мане ствари. Купац с правом очекује да купљено возило има сва она својства у која га је продавац уверавао својим тврдњама. Део уговора су не само својства возила која су изричито набројана у уговору него и она његова обележја која су наведена у рекламном напису, уколико једна или обе стране при преговорима за закључење уговора или при закључењу говора на њих изричито укажу или се позову.⁴⁵ Навешћемо нека својства аутомобила која се у пракси најчешће уговарају.

А. СТАРОСТ И БРОЈ ПРЕЂЕНИХ КИЛОМЕТАРА

За многе купце употребљаваног аутомобила једно од основних мерила његове вредности представља старост, односно година производње. То је разумљиво јер проценa вредности употребљаване ствари зависи суштински од њене старости. Што је аутомобил старији, то му је цена мања а трошкови одржавања већи. Са старошћу возила, недостаци добијају на броју и тежини. То, пак, води ка повећаним издацима за оправке.⁴⁶

Одлучујући критеријум за одређење старости аутомобила је година његове производње. Сазнавши годину производње, купац пуно сазнаје о моделу возила, о недостацима који су примећени током касније производње, као и о конструкцијским изменама. Година производње може бити толико значајна да купац само на основу тога може проценити колика је вредност понуђеног аутомобила. Купац коме је продавац саопштио одређену годину производње може се поузлати у то да купљени аутомобил није старији. Ако се покаже да је продавчева тврдња о томе погрешна, аутомобил има материјални недостатак. Савезни врховни суд СР Немачке има нешто друкчије становиште о томе. Он, наиме, сматра да недостатак постоји само ако је услед веће старости аутомобила од уговорене ограничена његова подобност за уобичајену употребу.⁴⁷ Таквом схватању се може пригово-

45 Michael Lehmann, „Die buergerlichrechtliche Haftung fuer Werbeangaben“, Neue Juristische Wochenschrift, бр. 23/1981, стр. 1238.

46 Старост испољава своје присуство на три начина: рђом, клопањем и недихтовањем каросерије.

рити да не води рачуна о томе да већа старост аутомобила води ка знатном снижењу његове вредности, чак и кад је он у тренутку предаје потпуно функционално способан. На пример, годину дана разлике у старости аутомобила представља већ 10% претпостављене дужине употребе. То не може а да не утиче знатно на његову тржишну вредност.⁴⁸ Изузетак би се, свен-туално, могао учинити када су у питању веома стара возила. Да ли је аутомобил стар девет или десет година, у пракси, по правилу, не чини велику разлику. Друкчије је, међутим, ако је купљен "омиљени модел аутомобила одређене године производње".

Поред старости, на одлуку о куповини одређеног аутомобила битно утиче и околност колико је он до тада прешао километара. Купци јој придају велики значај, зато што изглед и стање очуваности аутомобила често варају и не дају поуздан закључак о његовој стварној истрошености. Ако продавац тврди да је аутомобил прешао одређени број километара, купац може поћи од тога да дотадашња употреба није битно већа од наведене, односно да стање очуваности аутомобила одговара у суштини наведеној километражи. Купац се може поуздати и у "стање километраже" наведено на "продајној табли (натпису)" или у новинском огласу.

Б. СВОЈСТВА МОТОРА

Најважнији део сваког аутомобила је мотор. Али, управо он може имати знатне недостатке, који су за лаика најчешће непрепознатљиви. Чак се и стручњаци често варају при процени каквоће мотора употребљаваног аутомобила.

У пракси су чести случајеви да продавац пре продаје изврши извесне промене на мотору и да се та чињеница означаје и у уговору. Ако у уговору стоји да аутомобил има "промењен мотор", "генерално оправљен мотор", или само "оправљен мотор", поставља се питање како ваља разумети такве изразе. Значе ли они гарантовање одређених својстава и којих? Практика наших судова у том погледу је оскудна. Да су такве изјаве значајне за одговорност продавца због мања ствари, то се може видети из пресуде Врховног суда Југославије, Рев-700/64, у којој је речено: "Ако је продавац приликом купопродаје камиона изјавио да је вршена генерална оправка а утврди се да није вршена и да постоје недостаци који онемогућавају редовну употребу, тако да ствар не одговара сврси за коју је купљена, онда јемство продавца због недостатка на продатој ствари није престало на основу тога што је купац као стручњак (шофер) видео и могао да види шта купује".⁴⁹

Нашим правницима у тумачењу наведених израза може помоћи судска пракса и правна теорија СР Немачке, која је у том погледу изградила детаљне критеријуме. Као прво, сматра се да су појмови "промењен мотор"

47 Видети пресуду од 26. 10. 1978, NJW, 1979, стр. 160.

48 Reinking - Eggert, *op. cit.*, стр. 413.

49 Наведено у Б. Визнер - В. Капор - С. Царић, Уговори грађанског и привредног права, Ријека, 1971, стр. 114.

и "измењен мотор" синоними. Онај ко продаје возило с "промењеним/измењеним мотором", тај изјављује барем да је оригинални мотор замењен неким другим. Ако је оригинални мотор само темељито оправљен, односно ако су му замењени само поједини делови, тада није реч о "промењеном (измењеном) мотору". Друго, одредба уговора да је аутомобил снабдевен с "промењеним (измењеним) мотором" значи да су замењени како кућиште мотора тако и покретни делови, укључујући споредне агрегате (нпр. пумпа за бензин, филтер за уље), и да је те измене извршио или сам произвођач мотора или неко предузеће које је он на то овластио. Приликом замене не морају бити уграђени нови делови. Треће, изјава да је мотор "оправљен" значи да су му поједини делови оправљени и обновљени. Насупрот томе, "генерална оправка" подразумева обнављање свих унутрашњих делова мотора и уграђених агрегата, од стране ауторизоване радионице.⁵⁰

Уговарање одређених својстава мотора постоји и у случају навођења његове запремине или броја коњских снага. Осим тога, ако у уговору стоји ознака марке и типа аутомобила, то, по правилу, ваља схватити као гаранцију продавца да је продати аутомобил снабдевен типским мотором који је одређен од стране произвођача. Купац не мора рачунати с тим да се мотор купљеног возила разликује у погледу својстава од оригиналног мотора. Међутим, уградња измењеног (промењеног) мотора у употребљавани аутомобил не мора безусловно представљати материјални недостатак. Промењени делови уобичајено нису лошији од замењених оригиналних. Већином је чак супротно. Аутомобил који је пре измене мотора прешао преко 100.000 км, уграђивањем измењеног мотора, по правилу, добија на предности. Ако се то има у виду, одговорност продавца за мане возила долази у обзир само ако замена мотора води ка техничком или тржишном смањењу његове вредности.⁵¹

В. СТАЊЕ ВОЗИЛА

У бројним огласима за продају употребљаваног аутомобила може се читати продајчева тврдња да је аутомобил кога продаје у "добром", "одличном", или "изврсном" стању. Ако се уговор о продаји закључи на основу неког таквог огласа, тада се поставља питање значаја наведених израза. Начелно се сматра да они представљају уопштене хвале, које не стварају обавезу гаранције да продати аутомобил има заиста неко тачно одређено својство. Изузетак би, по нашем мишљењу, могао да представља израз "аутомобил мало употребљаван, скоро нов".

Г. ОШТЕЋЕЊА УСЛЕД УДЕСА

Ако приликом закључења уговора продавац изричито тврди купцу да аутомобил који је предмет куповине није био карамболиран, а касније се

50 Видети Reinking - Eggert, op. cit., стр. 430-431; Fugmann-Hofner-Kramer, op. cit., стр. 120.

51 Reinking - Eggert, op. cit., стр. 432.

покаже да то није тачно, продавац одговара због мање продате ствари.⁵² Исто ће бити и када је продавац тврдио да аутомобил има само мале штете на лиму, а стварино је претрпео знатнија оштећења. Међутим, одсуство удеса није прећутно уговорено самим тим што је продавац тражио цену која је примерена аутомобилу којим је претрпео удес.⁵³

Д. УТРОШАК МОТОРНОГ ГОРИВА И УЉА

Продавца обавезује и изјава о утрошку моторног горива и уља, односно о врсти горива коју аутомобил може користити. Додуше, с обзиром на то да је реч о употребљаваној ствари, извесна одступања у погледу утrophа горива морају се толерисати. Купац употребљаваног аутомобила мора показати већу толеранцију у погледу утrophа моторног горива и уља него купац новог возила. Када је реч о потрошњи горива, одступање од просечне вредности које је мање од 10% треба сматрати незнатним. У једном случају немачки Врховни земаљски суд из Кобленца утврдио је одговорност продавца због одсуства гарантованог својства продате ствари, када је продавац изјавио купцу приликом закључења уговора да је "потрошња уља потпуно нормална", а показало се да износи више од 1,5 л на 1000 км.⁵⁴

Б. ГАРАЖИРАНОСТ

Ознака у уговору да је возило било "гаражирано", значи да је за све време од прве куповине, односно без дужих прекида, било паркирано у извесној гаражи, а не на улици под ведрим небом. Продавци не ретко истичу "гаражираност" аутомобила још у огласу за продају, желећи тиме да привуку заинтересована лица. Израз "гаражиран аутомобил" треба да сигнализира заинтересованим лицима његову повећану очуваност. У стварности, међутим, таква ознака није поуздан сигнал за квалитет возила. Иако је тачно да лак брже пропада када је непосредно изложен атмосферским утицајима, пракса је показала да гаража може корозију чак и поспешити. Лоша прозаченост гараже више шкоди аутомобилу, него што му користи.⁵⁵

Е. СНАГА И РАДНА ЗАПРЕМИНА МОТОРА

Снага (KW) и радна запремина (cm³) мотора јесу својства која имају велики значај за купца приликом куповине одређеног аутомобила. Јачи мотор увек значи и већу потрошњу горива, веће трошкове осигурања, веће државне таксе и сл., али и већу продајну цену, брже преваливање одре-

52 Одлука Врховног суда Хрватске, Рев-684/85, од 15. 5. 1985, "Информатор", бр. 3407/1986, стр. 6.

53 Видети пресуду немачког OLG Koeln, од 25. 7. 1975, Deutsches Autorecht, бр. 2/1976, стр. 132.

54 Видети пресуду од 12. 1. 1989, Neue Juristische Wochenschrift -RR, бр. 1/1990, стр. 60.

55 Reinking - Eggert, op. cit., стр. 435.

ђених раздаљина, и сл. С друге стране, сувише мала снага и радна запремина мотора могу озбиљно утицати на вредност и употребљивост возила.

Аутомобил је, несумњиво, с недостатком уколико се снага и радна запремина његовог мотора знатније разликују од навода продавца о њима, датих било изричито на питање купца приликом закључења уговора, било наведених у продајном натпису или огласу. На постојање недостатка не утиче околност да је продавац користио податке унете у саобраћајну дозволу. Међутим, у пракси се не ретко дешава да је аутомобил продат без ближег навођења снаге и радне запремине мотора. У тим случајевима треба сматрати да је уговарањем одређеног модела аутомобила, прелутно уговорено да је снабдевен мотором чија снага и радна запремина одговара моторима који се уграђују у нова возила истог модела.⁵⁶ На пример, ако је неко купио Југо 45, он се може поуздати у то да је у аутомобилу мотор који има 33 KW и 904 cm³.

II. ЗНАТНОСТ НЕДОСТАТКА АУТОМОБИЛА

Купац не може претендовати да продати аутомобил има оптимална својства, него се мора задовољити тиме да продавац одговара само ако је недостатак "знатан". Када је стање ствари такво, зависи од околности конкретниог случаја и схватања у промету. Међутим, претпоставка је да је сваки недостатак знатан, док се супротно не докаже. Ипак, одлучујућа је намена аутомобила и могућност његове употребе у складу са том наменом.⁵⁷ Смањење предности возила или његове подобности за редовну употребу мора се не само индивидуално осетити него и објективно постојати. Битна је знатност недостатка као таквог, а не однос недостатка ка вредности купљеног возила или снижење цене које купац може евентуално захтевати.

Утврђивање знатности недостатка се, по правилу, врши према уобичајеној намени аутомобила, ако ако је он прибављен искључиво за одређену сврху, његова употребљивост цени се само према тој сврси. У сваком случају, знатан је сваки онај недостатак због којег купац, према разумној оцени, не би уопште пристао да закључи уговор или барем не под оним условима под којима је то учинио.⁵⁸ При процени треба проверити да ли је мана толико тешка да би, према схватањима у промету и уз поштене намере уговорних страна, могла бити од утицаја на одлуку о куповини.

⁵⁶ Видети *ibid.*, стр. 442.

⁵⁷ У једном спору Врховни суд Србије је одлучио да умањење вредности шкољке продатог аутомобила за 5-10% услед пуцања траверзне насталог због некавалитетног заваривања за патос шкољке, представља незнатан недостатак (решење Гзз. 180/81, од 5. 11. 1981, "Привредно правни приручник", бр. 9/1982, стр. 61).

⁵⁸ Јаков Радичић, Облигационо право, општи део, пето издање, Београд, 1993, стр. 152; Murad Ferid, Das Franzoesische Zivilrecht, Band I, Frankfurt am Main, 1971, стр. 636.

Компензација недостатка путем погодности које нису предвиђене у уговору, или употребљивости аутомобила која прелази очекивања, не узима се у обзир.⁵⁹ С друге стране, недостатак је незнатан ако у кратком времену сам нестане или кад га купац може сам брзо отклонити, с незнатним трошковима.⁶⁰ Али зато тешка отклоњивост мане која је по себи малог значаја чини ову знатном. На пример, недостатак извесног шрафа на мотору, иако је сам по себи незнатна мана, постаје знатна уколико се тешко сазнаје и услед тога се тешко отклања. С обзиром на умањење тржишне вредности, знатан недостатак постоји, на пример, у случају када је мотор купљеног аутомобила претходно знатно "крпљен", иако оправка није негативно утицала на погонску сигурност возила.⁶¹ Уколико аутомобил има више недостатака, за процену знатности одлучујуће је њихово укупно дејство.

SUMMARY

MATERIAL DEFECTS OF USED AUTOMOBILES

A used automobile is understood to be such a motor vehicle which is no longer new, and which has been used in traffic. The legal problems arising in connection with the purchase and sale of used vehicles refer, predominantly, to their defects. The two most significant defects are: absence of the characteristics required for the regular operation of the vehicle and absence of the characteristics stipulated by the contract.

The fact whether an automobile has the characteristics making it fit for regular use can be ascertained on the basis of the circumstances involved in the given case, the model of the vehicle, the customs in the traffic and the expected benefits the purchaser could have normally had according to the contract. Generally speaking, a used automobile which is sold can be said to have the characteristics required for its regular use if it can be used in any way regularly practiced in the case of vehicles of the same model, under the average circumstances for the given case, and particularly with respect to the local conditions. The seller cannot be discharged from liability by trying to prove that he was not familiar with the characteristics required for the regular use of the automobile sold.

The presence of a defect in the automobile is also related to the absence of a certain characteristic which leads to a significant drop in the automobile's value which is established on the basis of the so called factors determining the value. These factors include not only the buying and the selling price but also other characteristics affecting

59 Westermann, op. cit. стр. 189.

60 Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 2911/66, "Билтен судске праксе Врховног суда Србије", бр. 6/1966, стр. 24; Паландт, оп. цит., пар. 459, Анм. 3.

61 Westermann, op. cit.

the value of the given vehicle (for instance, the year of its production). At the same time, such circumstances may, but not necessarily, affect also the reliability of the automobile where regular utilization is concerned.

Of the technical characteristics, the most important are: wear and tear caused by usage, corrosion and damage caused by accidents. Apart from these, one must bear in mind the possibility of the vehicle having travelled more kilometers than the figure shown on the kilometer counter, the consumption of fuel, atypical usage, absence of the manufacturer's guarantee and expiry of the usage licence.

The automobile sold must also have all the characteristics stipulated by the contract. If any of these characteristics is missing, the seller shall be liable even in case the value or the usability of the automobile sold is not reduced by that. The characteristics of an automobile may be entered in the contract also by stating the purpose for which the automobile is going to be used. Contracting of the characteristics may also be carried out tacitly. The fact whether the characteristics have been contracted tacitly depends on whether the purchaser could rely on the seller's statement, considering the circumstances involved in the particular case, and whether the latter's statements have prompted him to sign the contract. The characteristics most frequently stipulated in practice are the following: the age of the vehicle and the number of kilometers it has crossed, engine characteristics, the condition of the vehicle, damage caused by accidents, motor fuel and lubricant consumption, the fact whether the vehicle has been kept in a garage, the power and the operational capacity of the engine.

The purchaser can not expect the automobile sold to have optimal characteristics. He has to be satisfied with the seller's liability only in case of a conspicuous defect. This is the case when the defect concerned is such that the purchaser, judging reasonably, would not accept to sign the contract or at least, he would not have signed it under the terms and conditions he has already accepted.

Др Мирса МИЈАЧИЋ
ванредни професор правног
факултета у Нишу

ПРИНЦИП ПОТПУНЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ

I

Питања која се тичу одговорности за проузроковану штету данас поново избијају у први план интересовања цивилиста. Међу тим питањима нарочиту пажњу заслужује питање облика и обима накнаде штете, како материјалне тако и нематеријалне.

Облик накнаде у многоме зависи од врсте оштећења. Југословенски Закон о облигационим односима, из 1978. године, прописује за материјалну штету: успостављање ранијег стања и накнаду у новцу, а за случај нематеријалне штете објављивање пресуде или исправке и новчану накнаду, тј. сатисфакцију. Какав је однос између појединих облика накнаде? Да ли се у пракси остварује интенција законодавца о успостављању ранијег стања, као првенственог облика накнаде?

Питање обима накнаде значајно је код материјалне штете. Код нематеријалне штете, међутим, значајан је интензитет и трајање болова и страха. Од висине претрпљеног материјалног губитка зависи накнада, од дубине болова сатисфакција.

Одмах да истакнемо да је оштећење у виду афекционе вредности (*pretium affectionis*) двоструке мисије. Она представља накнаду и утеху, тј. сатисфакцију. О накнади се одлучује по једноме аршину, о сатисфакцији по другим критеријумима. Материјалноправна компонента губитка има један третман, чисто лична компонента други. И

УДК: 347.426.6

1 Видети члан 185, 189. и 200. Закона о облигационим односима, "Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, од 26.05.1978. године.

онда се, у збиру, даје коначни суд о губитку.² Наш Закон о облигационим односима допушта накнаду афекционе вредности кад је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем.³ Да ли је одредба о накнади афекционе вредности место у члану 189. Закона о облигационим односима, који уређује питање обима накнаде материјалне штете?

Код процене материјалне штете постоји двострука мера: за обичну штету (*damnum emergens*) и за измаклу корист (*lucrum cessans*). Обична штета се утврђује, а измакла корист се процењује.⁴ Мање је вероватно да се погрешно код штете која је већ наступила него код будућег губитка.

Да истакнемо овде постојање две мере и код обичне штете: једне, за новчани губитак, и друге, за оштећење и уништење ствари. За оштећење је мање проблематичан квар или пропаст заменивих ствари него новчани губитак, због начела монетарног номинализма.⁵ Одбијање да се изврши валоризација у овом последњем случају, крајње је неправично за оштећеног у нашим данашњим условима спорно високе инфлације.

Као што се види, велики је број дилема, далеко већи од досад назначених, око накнаде штете. У даљем излагању биће више речи о принципу потпуне накнаде материјалне штете, и правилима која су у функцији овог принципа. Изложимо их преласходно са становишта Закона о облигационим односима.

II.

Материјална штета је умањење постојеће имовине, или спречавање њеног повећања које се основано могло очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима.⁶ У сваком случају, она представља имовински губитак за оштећеника, па се назива још и имовинском штетом.

Код материјалне или имовинске штете разликују се два њена вида: умањење постојеће имовине и спречавање њеног повећања, *damnum emergens* и *lucrum cessans*. Закон о облигационим односима умањење постојеће имовине назива обичном штетом, а спречавање повећања имовине измаклом користи.

У својој укупности, штета се испољава као разлика између два стања у имовини оштећеног лица: оног које је постојало пре, и оног које је настало после штетног догађаја.

2 Видети члан 189, 190. и 200. Закона о облигационим односима.

3 Видети члан 189, став 4. Закона о облигационим односима.

4 Видети члан 198, став 2. и 3. Закона о облигационим односима.

5 Видети члан 394. Закона о облигационим односима.

6 Видети члан 155. и 189. Закона о облигационим односима. Упореди: Михаило Константиновић, Облигационо право, према белешкама са предавања, Београд, 1962, стр. 82.

За означавање имовинске штете употребљава се понекад и израз имовински интерес.⁷ Као што се имовинска штета може посматрати са становишта повреде имовинског интереса оштећеника, тако се и обавеза накнаде штете може посматрати као обавеза накнаде повређеног имовинског интереса. Кад неко својом кривицом, односно радњом за коју одговара, проузрокује штету другоме, за њега настаје обавеза да накнади негативну разлику која је настала у оштећениковом имовинском стању, тј. да накнади имовински интерес оштећеников.

Обавеза да се штета накнади настаје у тренутку проузроковања штете.⁸

Регулишући накнаду материјалне штете, Закон о облигационим односима, као што је већ речено, прописује два облика накнаде: успостављање ранијег стања и накнаду у новцу. Успостављање ранијег стања значи да је штетник дужан довести ствари у оно стање у коме су се оне налазиле у тренутку оштећења. На пример, да је дужан набавити другу ствар исте врсте и квалитета као што је била она коју је уништио, оправити оштећену ствар, вратити украдену ствар. Новчана накнада представља накнаду вредности оштећеног добра у новчаном облику.⁹ Закон даје предност успостављању стања које је било пре него што је штета настала. Новчану накнаду предвиђа у изузетним случајевима. Најпре, у случају кад успостављање ранијег стања не уклања штету потпуно. Затим, кад успостављање ранијег стања није могуће. И најзад, кад суд сматра да није нужно да то учини одговорно лице. Осим овог, Закон садржи и правило по коме оштећени као поверилац може увек захтевати накнаду у новцу, и суд ће досудити тражени облик накнаде, изузев ако околности датог случаја оправдавају успостављање ранијег стања.¹⁰

Кад је реч о накнади материјалне штете успостављањем ранијег стања, треба истаћи да наша судска пракса настоји да се у потпуности успостави пређашње стање у имовини оштећеног како у погледу вредности, тако и у погледу функције, па и по цену извесног одступања у корист оштећеног од начела еквиваленције, које лежи у основи правила о накнади материјалне штете.¹¹

7 Михаило Константиновић, *Ibid.*

8 Видети члан 186. Закона о облигационим односима

9 Михаило Константиновић, *оп. цит.* стр. 97; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 271. Видети: § 818. Српског грађанског законика, § 1323. Аустријског грађанског законика и члана 571. Општег имовинског законика за Црну Гору (наведено према: Зборник грађанских законика старе Југославије, Титоград, 1960)

10 Видети члан 185, став 4. Закона о облигационим односима

11 Накнада штете настале рушењем зграде у којој је власник становао, одређује се обавезивањем одговорног лица да успостави стање које је било пре него је настала штета, и то како у односу на материјалну тако и на стамбену ситуацију оштећеног (чл. 185, ст. 1. у вези са чл. 190. ЗОО).

Ако је то немогуће или ако оштећени захтева новчану накнаду, висина те

Наведена два облика накнаде долазе до изражаја у случају неновчане штете или штете на ствари. Код новчаних штета, по природи ствари, новчана накнада представља њихову природну обнову.

III.

Обим имовинске одговорности, тј. накнаде имовинске штете може се одређивати према два различита принципа, према принципу пропорционалности кривице и одговорности, и према принципу потпуне накнаде штете. У савременим правима преовлађује принцип потпуне накнаде. Мера штете одређује меру дужникове одговорности. И наш Закон о облигационим односима полази од принципа потпуне накнаде.

Традиционални начин одређивања накнаде полазио је од врсте и степена кривице штетникове, и у зависности од тога одређивао обим накнаде. Штетник који је штету проузроковао намерно (*dolus*) или крајњом непажњом (*culpa lata*) био је дужан да надокнади целокупну штету, тј. и обичну штету и измаклу корист. Онај, пак, ко је штету проузроковао лаким нехатом (*culpa levis*) дуговао је накнаду само обичне штете. По оваквом решењу познат је Аустријски грађански Законик, из 1811. године, и Српски грађански Законик, из 1844. године, чија су правила примењивана у Југославији пре, и једно време после Другог светског рата.¹² Према овим правилима, у нашој

накнаде утврђује се и с обзиром на околност да је оштећени становао у срушеној згради (чл. 185, ст. 4, чл. 189. ст. 2 и чл. 190. ЗОО) - Закључак усвојен на XII заједничкој седници Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда, одржаној 23. маја 1979. године. "Ако законом за поједине случајеве није другачије одређено, приликом одлучивања о захтеву за накнаду штете за оштећено земљиште на коме постоји право својине суд ће увек, кад је то у складу са општим интересом, одредити успостављање ранијег стања, па и када трошкови успостављања ранијег стања премашују тржишну цену земљишта.

Ако успостављање ранијег стања није могуће, или то према околностима конкретног случаја не захтева друштвени интерес, оштећеном ће се досудити накнада у новцу у износу којим може прибавити друго одговарајуће земљиште". Начелни став усвојен на XI заједничкој седници Савезног суда, републичких и покрајинских судова и Врховног војног суда, од 23. и 24. маја 1989. године. - (Закључак и Начелни став наведени према: Начелни ставови и закључци Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда, 1975-1990, Нови Сад, 1990, стр. 22. и 185.).

"Оштећени има право на накнаду штете у висини трошкова који су били потребни за поправак оштећене ствари, па и кад су већи од процене вредности ствари према њезину стању у којем се налазила прије оштећења", одлука Привредног суда Хрватске, Пж. 2024/90, од 11. рујна 1990, Преглед судске праксе, Прилог Законитости, бр. 47/1991.

- 12 Видети § 1324. и 1331. Аустријског грађанског законика; § 819. Српског грађанског законика. Упор. члан 571. Општег имовинског законика за Црну Гору.

земљи, стање у погледу обима накнаде штете у новцу било је следеће: у случајевима објективне одговорности накнађивала се, по правилу, обична штета, а измакла корист само у законом предвиђеним случајевима; у случајевима одговорности по основу претпостављене кривице, будући да се претпоставља постојање обичне непажње, накнађивала се, такође, по правилу, обична штета, а измакла корист само кад је то закон предвиђао, с тим што је оштећени могао остварити већу накнаду уколико би доказао постојање грубе непажње или намере на страни штетника; у домену одговорности по основу доказане кривице, починилац штете који је поступао са лакоом непажњом надокнађивао је обичну штету, онај ко је штету проузроковао намерно или грубом непажњом дуговао је накнаду и обичне штете и измакле користи, док је онај ко је штету нанео кривичним делом, из обести или злурадости дуговао накнаду афекционе вредности ствари.¹³

Решење усвојено у овим законичима има своју филозовску инспирацију у идеји дистрибутивне правде: да штетник који је мање крив треба да буде мање одговоран, односно да исти степен кривице повлачи исту одговорност. Овде се индивидуалним својствима штетника придаје већа важност него интегралној накнади, која је атрибут комутативне правде.¹⁴

У нашем праву одавно још указивано је на потребу ревидирања ових правила, и чињени су одговарајући предлози у правцу проширења обима и висине накнаде штете.¹⁵ При томе су правни писци оправдано истицали да идеја о једнакој одговорности за исти степен кривице није остварљива путем таквог степеновања одговорности, по коме *dolus* и *culpa lata* повлаче обавезу накнаде стварне штете и изгубљене добити, а *culpa levis* обавезу накнаде само стварне штете, и то из више разлога. Најпре, штетници који су поступали са истим степеном кривице нису истих имовинских могућности, те ће их обавеза накнаде различито погодити. Проузроковане штете које треба надокнадити нису једнако велике, тј. величина штете није у сразмери са степеном кривице. Независно од степена кривице штета се може појављивати или само у виду стварне штете, или само у виду изгубљене добити, или претежно у једном, односно у другом виду. Отуда штетници који су поступали са истим степеном кривице неће фактички бити једнако оптерећени обавезом накнаде. Чак штетник који је поступао са

13 § 1331. Аустријског грађанског законика и § 205. Српског грађанског законика. Видети и: Борис Визнер, Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Загреб, 1978, 2. издање, стр. 848.

14 Слободан Перовић, Комутативна правда и накнада штете, Правни живот, Штета и њена накнада, бр. 10/1992, стр. XI.

15 Михаило Константиновић, *op. cit.* стр. 101. По речима из члана 150, става 1. Скице за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића (Београд, 1969) "Оштећеник има право по правилу како на накнаду претрпљеног губитка (просте штете) тако и на накнаду измаклог добитка".

обичном непажњом може бити теже погођен својом грађанском одговорношћу него онај који је поступао са умишљајем.¹⁶

С друге стране, посматрано са становишта оштећеника, питање одговорности и евентуалне кривице долази у други ред, док се потреба накнаде истиче у први ред. И онда кад је у питању оштећење постојеће имовине, и онда кад је реч о изгубљеном добитку, за оштећеног је значајнији имовински интерес него кривица штетника. Оштећеник је заинтересован за имовинску и употребну вредност изгубљеног добра више него за кажњавање починиоца. Њему је надокнада већи гарант да ће губитак изравнати и попустити, него извесно мерило кривице и казне другог лица.

Пропорционалност између степена кривице и обима накнаде није примерена грађанскоправној одговорности. Она више одговара кривичној одговорности, чија се санкција и одржава на сличности извршиоца кривичног дела.

Принцип потпуне накнаде доприноси повећању степена тражње код људи. Бојазан од потпуне накнаде нагони људе да буду пажљивији.

Значајни кораци ка проширењу обима одговорности чинени су и у нашој судској пракси. Наши судови су се одавно оријентисали ка правилу по коме висина накнаде треба да одговара обиму и висини проузроковане штете. Ова оријентација судске праксе, потпомогнута од стране правне теорије, потврђена је на Саветовању Грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија представника грађанских одељења републичких и покрајинских врховних судова, одржаном у Београду 26. и 27. јуна 1989. године усвајањем Правног става, који гласи: "У случају оштећења или уништења ствари оштећени има право на потпуну накнаду штете (обичне штете измаклог добитка), без обзира на ступањ кривице штетника, изузев ако је прописом другачије одређено".¹⁷

Овакво решење коначно је тријумфовало у Закону о облигационим односима у чијем се члану 190, који носи наслов: "Потпуна накнада", каже: "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". Принцип потпуне накнаде подупире и одредба из члана 189, став 1, по којој "оштећеник има право како на накнаду обичне штете ако и на накнаду измакле користи". У функцији принципа потпуне накнаде су и правила из члана 189, став 2 и 3, која се тичу времена и начина утврђивања висине штете, односно накнаде. Размотрићемо редом наведена правила и њихов сједињени циљ.

16 Обрен Станковић, Врста и начин одмеравања накнаде штете, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/1970, стр. 305

17 Збирка судских одлука, књига 14, свеска 3, стр. 110.

IV.

Закон о облигационим односима, прихватајући принцип потпуне накнаде, признаје оштећенику право на накнаду материјалне штете "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 порпуштања"¹⁸

Ово правило важи како у домену субјективне, тако и у домену објективне одговорности, па и одговорности по основу правичности. Она се примењује и кад се губитак састоји само у обичној штети, и кад се он састоји у изгубљеној добити, као и кад штета обухвата оба ова вида. Сем тога, овај принцип се примењује, без обзира на то у ком облику се штета надокнађује.

Кроз принцип потпуне накнаде долази до изражаја одштетна функција накнаде штете, као грађанскоправне санкције. Сходно томе: нема накнаде ако нема штете; накнада не може бити већа од штете, и накнада мора бити довољна за уклањање штете. Прихватање принципа потпуне накнаде, према коме се износ накнаде равна према величини штете, не значи, ипак, прихватање једног математичног начина резоновања, које у установи накнаде штете види првенствено израз закона еквиваленције између имовина два субјекта. Однос између штетника и оштећеника посматра се и овде као један друштвени, односно људски однос, који захтева извесно усклађивање различитих интереса у поступку одмеравања износа накнаде. Тако Закон о облигационим односима предвиђа неке случајеве када накнада може бити већа од претрпљене штете, што је ређе, и случајеве кад накнада може бити мања од претрпљене штете, што је чешће. Већа накнада може бити досуђена: ако се мора повратити употребна вредност ствари и ако се досуђује афекциона вредност оштећене или уништене ствари. Накнада може бити снижена због слабог имовног стања штетниковог, као и због доброчинства штетниковог у односу на оштећеног.¹⁹

Принцип интегралне накнаде добија пуни смисао тек применом члана 190. у вези са чланом 189. Закона о облигационим односима. По речима из члана 189. став 1, Закона, који регулише обим накнаде материјалне штете, "оштећеник има право како на накнаду обичне штете, тако и на накнаду измакле користи". Поменуто правило је преузето из Ские за законик о облигацијама и уговорима, у којој је било формулисано, у члану 150, на овај начин: "Оштећеник има право по правилу како на накнаду претрпљеног губитка (проста штета), тако и на накнаду измаклог добитка".

Прихватајући овакво правило о обиму накнаде, наш законодавац је напустио традиционално разликовање накнаде обичне штете и накнаде измакле користи у зависности од врсте и степена кривике штетника. Наведено правило о обиму накнаде важи не само у домену субјективне, него и у

18 Скица за законик о облигацијама и уговорима не садржи одговарајуће правило.

19 Видети члан 189, став. 4. и члан 191. Закона о облигационим односима

домену објективне одговорности, односно одговорности по основу правичности. Сем тога, оно се примењује независно од облика у коме се штета накнађује; у новцу, или повраћајем у пређашње стање.

Прихватањем принципа потпуне накнаде у нашем новом Закону, у области грађанске одговорности смањен је простор дистрибутивне, а увећан је домаћај комутативне правде, у односу на стара правила.

V.

Правило о потпуној накнади штете функционално је повезано и са правилом које се тиче утврђивања висине штете, односно накнаде. У погледу обичне штете, законодавац у члану 189, став 2. Закона каже да се "висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке, изузев случаја кад закон наређује што друго", док у погледу измакле користи прописује у члану 189, став 3. следеће: "При оцени висине измакле користи узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем".

Одговарајућа правила садржи и Скица за законик о облигацијама и уговорима. По речима из члана 150, став 2. и 3. Скице, величина претрпљеног губитка одређује се према прометној вредности ствари, изузев случаја кад закон одређује што друго, док се при оцени висине измаклог добитка узима у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари и према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем.

Приметимо да се у члану 189, став 2. Закона о облигационим односима говори о два питања: о мерилу за утврђивање висине накнаде штете, и о времену према коме се она утврђује. Јаснији је онај део наведене одредбе који се односи на тренутак према коме се висина накнаде процењује, него онај део који треба да каже како се та процена врши. Размотримо, најпре, како се утврђује висина накнаде штете у случају оштећења или уништења ствари.

О процени губитка и висине надокнаде имали смо у старим прописима, до доношења Закона о облигационим односима, неке критеријуме. Њима је одмеравана правно релевантна штета и одређивана мера заштите у појединим случајевима. Одмах да кажемо, и овде је то чињено у зависности од врсте и степена кривике штетника. Редовна цена или тржишна вредност непосредно оштећене, односно уништене ствари (*pretium ordinarium*) је прва мера за свако оштећење за које се одговара. Онда, ванредна цена или вредност оштећене, односно уништене ствари с обзиром на њен однос према осталим оштећениковим стварима (*pretium extraordinarium*), као следећа мера за тежи облик скривљенога оштећења ствари. И најзад, вредност посбне наклоности (*pretium affectionis*), као посве специфичан облик сатисфакције

за највећи грех нанет оштећеноме, и то кривичним делом, или из обести или злурадости.²⁰

То је садашњим законским решењем код нас промењено. Не може се штетник позивати на то да он није знао колико је некое његова ствар потребна. За оштећено лице је истоветно да ли је знао или није. Његова је материјална позиција лошија због оштећујуће радње. И он има право да му се то изравна. Разуме се, положај штетника треба олакшати, али ако има законских основа, тј. ако слабо имовно стање и добротинство штетника то оправдава, и ако постојање кривице оштећеног то налаже. Величина накнаде материјалне штете данас је једнака и за обичну и за грубу непажњу, а самим тим и за намерно оштећење. За обештећење је далеко значајније то што је губитак проузрокован него што је скривљен. Када је Закон прописао да штетник дугује накнаду, даљи ток је независан од основа по коме он одговара. Степеновање штетникове кривице по Закону о облигационим односима не узима се у обзир као мерило ни за установљивање обима, ни за одмеравање висине накнаде штете, с тим што суд може степеновање кривице узети у обзир, применом начела правичности, само при евентуалном снижењу већ у потпуности утврђене висине накнаде.²¹

Колика је накнада, то може закон да пропише, или да се уговором одреди, или да судија по правичности одмери.²² Изван тога важи режим општег утврђивања накнаде, који је прописан Законом. Тржишна цена је објективно мерило, и кад је оштећена или уништена једна ствар из имовине, невезана за остале ствари оштећеникове, и кад је уништена ствар из

20 Аустријски грађански законик, у § 305. говори о обичној и ванредној цени, а у § 1331. о вредности из особите наклоности. Српски грађански законик, у § 194. говори, такође о обичној и ванредној цени, а у § 205, о цени која се полаже из особита за себе уважавања. Видети још и § 1332. Аустријског грађанског законика.

21 По речима из члана 191. Закона о облигационим односима, суд може, водећи рачуна о материјалном стању оштећеника, осудити одговорно лице да исплати мању накнаду него што износи штета, ако она није проузрокована ни намерно ни крајњом непажњом, а одговорно лице је слабог имовног стања те би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу. Ако је штетник проузроковао штету радећи нешто ради користи оштећеника, суд може одредити мању накнаду, водећи рачуна о брижљивости коју штетник показује у сопственим пословима. У члану 192. Закона, који регулише подељену одговорност, прописано је да оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на размерну смањену накнаду. Кад је немогуће утврдити који део штете потиче од оштећеникове радње, суд ће досудити накнаду водећи рачуна о околностима случаја.

22 О одређивању накнаде по правичности, у Скици за законик о облигацијама и уговорима, у члану 151. речено је следеће: "Кад се величина штете не може тачно да утврди, суд ће одредити накнаду по правичности, водећи рачуна о свим околностима случаја".

економске целине других ствари његових. У Закону је речено по којој цени се процењује губитак, али нема ограничења на непосредно уништену ствар. Из принципијелног става о потпуној накнади проистиче да је веза између две ствари узета у обзир.

У првом случају тржишна цена непосредно уништене или оштећене ствари, као објективна мера, уједно је и довољна мера за висину накнаде. Величина губитка и висина накнаде се у оваквом случају лакше утврђују и процењују. Међутим, кад је ствар из веће целине извучена и уништена, то је за оштећеника другачија штета, и ту је од велике важности процена губитка. У том случају треба обзриво проценити колика је умањена вредност других делова веће целине. Нарочито, имајући у виду њихову даљу функционалност и тржишну вредност. Губитак који оштећени у овом случају трпи треба одвојити од тржишне вредности непосредно уништене или оштећене ствари. Тако, на пример, уништење једне књиге из библиотеке једног лица, која се може набавити, је губитак који се лакше накнађује, него уништење једног тома из енциклопедије која представља нарочиту реткост и вредност. Губитак за оштећеног у овом другом случају далеко је већи, и материјалноправно посматрано, и са становишта његове личне наклоности. Његова преостала три тома енциклопедије далеко мање вреде без четврте књиге. И кад би их продавао, то би се драстично показало. Њихова прометна вредност је мања, и за толико је његов губитак већи од тржишне вредности једне књиге. То двоје заједно, представља његову штету, процену објективно и у складу са принципом потпуне накнаде. Законом прописано правило о потпуној накнади даје могућност суду да издвоји вредност једне ствари од губитка у имовини оштећеног лица, и да му досуди накнаду целокупног губитка, а не само једног дела, израженог у тржишној вредности дела имовине. Сматрамо да је такво решење правично и кад је губитак скривљен и кад није, будући да Закон даје право на потпуно обештећење. С друге стране, на овај начин штету треба процењивати увек кад оштећена ствар има посебан економски значај за оштећеног. И набавка нове енциклопедије је последица мање вредности због изгубљеног једног тома. И неостваривање добити је последица недостајања једне ствари из збирне ствари. Све је то губитак и заслужује да буде надокнађен.

Кад се процењује измакли добитак, онда је Закон јаснији. По речима из члана 189, став 3. Закона, при оцени висине измакле користи узима се у обзир добитак који се могао основано очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем. При оцени будуће штете треба водити рачуна о свим околностима које би утицале на обим штете, односно на њено трајање. Процена будуће штете углавном је хипотетичка, с обзиром на садашње околности које су познате и с обзиром на будуће околности које се претпостављају као нормалне и уобичајене. Зато процена ове штете не мора бити коначна.²³ Могућа је накнадна процена штете, односно ревизија већ досуђене накнаде, на захтев повериоца или дужника накнаде.

Најзад, кад је оштећена или уништена ствар имала посебну вредност лично за оштећеника, то је посебне врсте губитак. Ту, наиме, треба разликовати имовинску вредност уништене ствари, и кад она обухвата део и кад обухвата целину губитка, од емотивног прихватања губитка друге ствари, од афекционе вредности. Афекциона вредност није имовинска, већ је неимовинска вредност. Она постоји за оштећеника лично, због неког његовог неимовинског интереса за одређену ствар, због неке његове нарочите наклоности према њој, односно посебне емотивне везаности за њу. На пример, уништењем једног тома из посебно вредне и ретке енциклопедије, која је уз то била и драгоцене успомена од неког драгог и поштованог претка, за оштећеног настаје, поред материјалне, и нематеријална штета у виду афекционе вредности.

У нашем праву ова врста губитка је, под одређеним условима, правно релевантна, тј. може бити разлог за одговарајуће обештећење. Законски основ и оквир за накнаду афекционе вредности налази се у одредби става 4, члана 189. Закона о облигационим односима, који гласи: "Кад је ствар уништена или оштећена кривичним делом учињеним са умишљајем, суд може одредити висину накнаде према вредности коју је ствар имала за оштећеника". Ова одредба налази се у истом законском члану у коме су садржане, као што смо видели, одредбе које се тичу утврђивања обима и процене материјалне штете. Пошто се ради о афекционој страни губитка, није место да се правило о томе нађе уз материјалне штете и режим њихове накнаде. Правило о накнади афекционе вредности требало би исказати у посебном члану у закону, одвојено од правила којима се регулише обим накнаде и процена материјалне штете, као што је то учињено у Скици за законик о облигацијама и уговорима.

VI.

У оквиру принципа потпуне накнаде штете важно је, даље, време процене штете, односно накнаде. Ово је посебно значајно у време велике нестабилности цена, односно великог пропадања вредности новца. О томе који тренутак треба да буде меродаван за утврђивање вредности оштећеног добра, односно за одређивање висине накнаде штете, постоје различита схватања. По једном, за утврђивање висине материјалне штете и одмеравање накнаде меродавно је време проузроковања штете. Такво решење налази се у Аустријском грађанском законик, за процену висине позитивне штете изазване лаком ненапњом.²⁴ Ово схватање доста је критиковано као неправично, будући да евентуално повећање вредности оштећеног добра у време од проузроковања штете до одлучивања о висини накнаде преваљује на оштећеника. По другом схватању, меродаван је тренутак у коме је оште-

23 Јаков Радишић, *оп. cit.* стр. 273.

24 Видети § 1332. Аустријског грађанског законика

нени дошао у могућност да о свом трошку отклони штету, односно тренутак подношења тужбе суду са захтевом за накнаду штете. И овде може протећи доста времена од подношења тужбе до доношења судске одлуке, што је итекако значајно у условима изражене нестабилности цена и инфлације. Утолико је и овакво решење неправично за оштећеног. Најзад, по трећем гледишту, за процену штете, односно накнаде меродаван је тренутак доношења судске одлуке.

У правној пракси и теорији преовлађује схватање да се висина штета и накнаде одређује према тренутку доношења судске одлуке. На томе становишту стоји и наш Закон о облигационим односима. У члану 189, став 2. Закона прописано је да се висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке, изузев случаја кад закон наређује што друго.²⁵ Иако законодавац то не каже, судска пракса се определила да је одлучујуће време доношења првостепене пресуде.

У нашој правној теорији и судској пракси, и пре доношења Закона о облигационим односима, уважавајући инфлационе тенденције и интерес оштећеног за потпуном накнадом, сугерисано је, односно прихваћено је одређивање накнаде према ценама у време доношења пресуде. У таквој оријентацији био је значајан правни став Грађанског одељења Врховног суда Југославије и судија представника грађанских одељења републичких и покрајинских врховних судова, усвојен на Саветовању одржаном у Београду 26. и 27. јуна 1969. године, који гласи: "Штета проузрокована оштећењем или уништењем ствари накнађује се, по правилу, према ценама у време доношења првостепене пресуде".²⁶

Исто решење коначно је прихваћено у Закону о облигационим односима. Овакво решење обезбђује интегралност накнаде. Само накнада одмерена према овом тренутку задовољава формулу савремене грађанске одговорности: довођење оштећеникове материјалне ситуације у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања.

Законско правило о времену процене штете треба да важи како у случају пораста цена тако и у случају њиховог пада.²⁷ И то је у складу са захтевом да се надокнадом оштећеникова имовина доведе у оно стање у коме би се налазила да је штета изостала.

25 Скица за законик о облигацијама и уговорима не садржи одредбу о тренутку процене штете. У Нацрту закона о накнади штете, из 1960. године, било је предложено следеће решење: "Висина штете на ствари одређује се према прометној вредности коју је ствар имала у време кад је штета настала, односно према прометној вредности коју би ствар имала у време одређивања накнаде, ако је ова вредност већа (члан 40, став 1).

26 Збирка судских одлука, књига 14, свеска 3, стр. 110.

27 Супротно: Нацрт закона о накнади штете, из 1960. године, члан 40, став 1.

VII.

На крају, могу се учинити следеће закључне напомене:

1. У домену накнаде материјалне штете, Закон о облигационим односима прихватио је принцип потпуне накнаде, сходно коме ће суд, узимајући у обзир и околности које су настале 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 (члан 190.). Овај принцип је додатно прецизиран у правилу о накнади и обичне штете и измакле користи, без обзира на врсту и степен кривице штетника (члан 198, став 1).

Принцип потпуне накнаде представља основни принцип кога се суд мора придржавати при утврђивању обима накнаде материјалне штете. Он мора представљати суду идеју водиљу у поступку накнаде штете.

2. Правила која се тичу начина и времена процене материјалне штете великим делом су управо у функцији принципа потпуне надокнаде. Зато њихову примену треба што је могуће више ускладити са принципом потпуне накнаде. Тако, обичну штету треба утврђивати упоређивањем вредности оштећениковог материјалног стања које је постојало пре и оног стања које постоји након штетног догађаја (члан 189, став 2. у вези са чланом 190). Измаклу корист треба процењивати, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, упоређивањем вредности оног оштећениковог материјалног стања које постоји након проузроковане штете са оним стањем које би настало да оштећујућа радња није деловала, било да се она тиче добитка који се основано могао очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима (члан 189, став 3, у вези са чланом 190).

Тумачење одредаба из члана 189. и 190. Закона о облигационим односима нужно је повезано, с обзиром на њихов сједињени циљ: интегралну накнаду. Прихватањем ових законских правила оштећеник је доведен у повољнији положај него што га је имао по старим прописима који су важили пре доношења Закона о облигационим односима. Додајмо томе, да се данас у домену субјективне одговорности кривице штетника у правилу претпоставља, тако да је положај оштећеника повољнији и у том погледу у односу на старе прописе.

3. О врстама и степену кривице штетника још се води рачуна, и то комбинујући је са другим чињеницама; имовинским приликама и доброчинством штетника. О слабом имовинском стању штетника води се рачуна само кад је он поступао немарно, а не и онда када је поступао крајње непажљиво или намерно. У доброчинству штетника, пак, води се рачуна кад је он, радећи нешто ради користи оштећеника, овога задужио да му не захтева већу брижљивост од оне коју штетник показује у сопственим пословима. Укратко: имовинске прилике штетника треба уважавати, и то ако је заслужио. Доброчинитеља, свакако, блаже ценити, јер је оштећеника задужио. И најзад, кад је и оштећени допринео оштећењу, мора да прими на овај рачун део тога.

SUMMARY

THE FULL DAMAGE COMPENSATION PRINCIPLE

The Yugoslav Law on Obligations, dated from 1978. accepted the principle of full compensation of a material damage. In the article No 190 it is said: „The court, taking in to account the circumstances provoked by the damage, will assign a compensation in a suitable amount in order to put the damaged person's material situation in the state it would have been unless damage or neglect had not occurred..“

This a principle has subsequently been precised in regulation on compensation as well as in *damnum emergens* and *lucrum cessans*, regardless of type or level of the guilt of the person who caused damage. How high compensation would be is, as a rule, regulated in accordance with the prices evident at the moment of the Court decision making. When deciding the amount of last profit, the regular or expected possible profit should be taken in account, in common situations or in special circumstances.

Др Радоје БРКОВИЋ
доцент Правног факултета у
Крагујевцу

**РАДНИ ОДНОС
ЛИЦА О ЧИЈЕМ
ЗАСНИВАЊУ ЈЕ
ОДЛУЧИВАО
НЕНАДЛЕЖНИ
ОРГАН, ОДНОСНО
КОЈЕ ЈЕ
ЗАСНОВАЛО РАДНИ
ОДНОС У
НЕПРОПИСНОМ
ПОСТУПКУ**

**1. Радни однос лица које је
примио ненадлежни орган**

Радни однос се заснива кад надлежни орган донесе одлуку о избору по поступку који је утврђен законом или колективним уговором. Међутим, увидом у судску праксу, можемо приметити случајеве да одлуку о избору или други акт који представља правни основ за заснивање радног односа, не доноси орган који је на основу закона и колективног уговора, надлежан да одлучује о избору између пријављених кандидата на слободно радно место.

Према ранијим прописима, одлуку о заснивању радног односа доносио је раднички савет или комисија коју он образује, односно послодавацали не и пословодни орган.

У позитивном радном законодавству одлуку о избору доноси пословодни орган или други надлежни орган (орган управљања ако се ради о радном месту пословодног органа).

Значи, одлуку о заснивању радног односа мора донети надлежни орган. Но, већ је истакнуто да у судској пракси постоје случајеви када је одлуку о избору између пријављених кандидата донео ненадлежни орган. Пошто се то догађа, поставља се питање правног дејства тако заснованог радног односа, односно какве ће правне последице сносити лице које је засновало радни однос. Да ли можемо констатovati да радни однос који је заснован без одлуке надлежног органа не производи никакве правне последице, тј. да ли можемо сматрати да радни однос није ни заснован?

Сигурно је да се не може рећи да радни однос није заснован, радник ради, остварује одређена права, обавезе и одговорности. Он не мора водити рачуна о законитости рада организације. Радник, често не зна који је орган овлашћен да донесе акт о заснивању радног односа. Међутим, законодавац наведену правну ситуацију уређује одговарајућом регулативом. Према ЗУР, било је прописано да ће раднику престати радни однос ако је заснован супротно одредбама закона, односно самоуправног општег акта. Скоро на исти начин ову правну ситуацију регулишу Закон о основним правима из радног односа и Закон о радним односима Србије. Наведено законско регулисање решава и правну ситуацију која је настала заснивањем радног односа без одлуке надлежног органа. Али, остаје нејасно чему ове одредбе закона ако се зна да сваки кандидат који није изабран има право да поднесе приговор другостепеном органу, односно право да се обрати надлежном суду, а све у циљу да се одлука о избору поништи.¹

Но, догађа се да ниједан кандидат не побија одлуку о избору и да коначна одлука о избору постане правоснажна, иако је донета од ненадлежног органа. Наравно, о тој незаконитости може се сазнати касније, па чак и на крају радног века. Да ли и тада раднику мора престати радни однос? Позитивно радно законодавство, ипак оставља рок у коме се неко може позивати на незаконитост одлуке о избору, о чему ће се накнадно писати. Сматрамо, да у наведеном случају, због правне сигурности и због чињенице да изабрани кандидат у моменту доношења одлуке није знао нити је могао знати да одлуку о његовом избору доноси ненадлежан орган, изабраном раднику не треба да престане радни однос. Ово и из разлога, што протек времена значи и губитак права за отклањање незаконитости, а сигурно и гашење одговорности послодавца, за учињену повреду закона и колективног уговора. Сигурно савестан кандидат не треба да трпи штетне последице због не-савесности органа који је позван да води рачуна о законитом одлучивању. А у праву постоји релативна претпоставка о савесности грађана, све док се супротно не докаже, што је још један аргумент у прилог изнетог схватања.²

1 Видети чл. 80. ст. 2. Закона о основним правима из радног односа. Раднику ће престати радни однос ако се поништи коначна одлука о његовом избору правоснажном судском одлуком, без обзира што је за време вођења поступка пред судом удруженог рада радник распоређен да обавља друге послове и радне задатке. — Одлука Суда урдуженог рада Србије, бр. 3567/78. од 14. новембра 1978.

Надлежни орган основне организације не може да поништи одлуку о избору кандидата ван поступка одлучивања по приговорима осталих учесника огласа. Поништењем одлуке, против које нико није уложио приговор, раднички савет је опозвао избор што је супротно одредби чл. 15. ст. 2. Закона о радним односима Србије, јер је то право раднички савет нема. — Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 3050/84 од 2. априла 1984.

2 А. Фриерман - А. Николић Радни однос заснован противно закону, "Радноправни приручник", Београд, бр. 1/89, стр. 49.

2. Радни однос лица које је примљено у непрописном поступку

У пракси, често се приликом избора кандидата за слободно радно место не поштује поступак за заснивање радног односа. Поступак се утврђује Законом о радним односима, Законом о запошљавању (само одређена питања), самоуправним општим актом, колективним уговором и др. Повреда поступака представља битан разлог за поништење сваког правног посла, па сходно томе и заснованог радног односа. Анализом одлука судова може се закључити да до повреде поступка избора кандидата долази начешће у следећим случајевима: а) ако се конкурс уопште не објави; б) ако се конкурс објави на огласној табли или преко локалне радио станице; в) ако се конкурс не достави надлежној организацији за запошљавање; г) ако не постоји истовестност услова заснивања радног односа који су утврђени у општем акту и услова који су наведени у тексту огласа, односно конкурса; д) ако се услови конкурса прилагођавају одређеном кандидату; ђ) ако се приликом избора не поштују прописи о рангирању пријављених кандидата; е) ако се разматрају неблаговремене и неуредне пријаве; ж) ако се не поштује рок за подношење пријава на расписани оглас, односно конкурс; з) ако се не да правна поука неизабраним кандидатима, и друго.

Ако дође до повреде поступка приликом заснивања радног односа, закон прописује да изабраном кандидату престаје радни однос против његове воље. Но, смисао ове одредбе није јасан, посебно ако пођемо од претпоставке да неизабрани кандидати, у прописаном року, могу поднети приговор другостепеном органу, а у вези свих неправилности које су биле присутне приликом доношења одлуке о избору. Чини нам се да је законодавац хтео да регулише једну другу правну ситуацију. Наиме, како поступити у случајевима када се заснује радни однос а да није извршено јавно објављивање потреба за заснивање радног односа на слободном радном месту. Ово из разлога што нико није ни знао да је одређено радно место слободно, па сходно томе није имао ни могућности да тражи правну заштиту. Проблеми неће настати све до момента док неко не тражи образложење на који начин је дошло до заснивања радног односа противно закону. Али, није јасно какве ће правне последице наступити за радника који је засновао радни однос без јавног објављивања, ако ипак заинтересовано лице покрене то питање пред овлашћеним органом.

Сматрамо, да се мора ценити савесност кандидата који је засновао радни однос противно утврђеном поступку. Па ако се утврди да је кандидат у време заснивања радног односа био савестан не може му ни престати радни однос. Но, ако је кандидат који је засновао радни однос знао да се крши поступак, да ли и у том случају мора да му престане радни однос? Мишљења су подељена. Сматрамо да и у овом случају радник није крив за заснивање радног односа, крив је послодавац, који је морао водити рачуна о законитости заснивања радног односа. Стога штетне последице треба да сноси пос-

лодавац. Но, ипак неко треба да одговара за повреду поступка приликом заснивања радног односа. У сваком случају, то мора бити послодавац.³

3. Рок у којем се може оспоравати радни однос лица примљеног од ненадлежног органа или по непрописном поступку

Када се донесе одлука о заснивању радног односа после спроведеног поступка, неизабраним кандидатима, као што смо истакли, оставља се рок од 15 дана за њено оспоравање. Рок од 15 дана рачуна се од дана уручења одлуке подносиоцима пријаве на оглас, односно конкурс, а ако иста није уручена рок се рачуна од дана сазнања да је донета одлука о избору. Истеком тога рока не може се више оспоравати законитост донете одлуке.⁴

Међутим, значајно је утврдити рок у коме се може оспоравати одлука донета од стране ненадлежног органа и без претходно спроведеног поступка, нарочито ако је повређен поступак спровођењем конкурса, а да нема других учесника.

По Закону о удруженом раду нелегално заснован радни однос може се поништити увек, у свако доба, чим се сазна да је радник засновао радни однос на основу одлуке ненадлежног органа или по непрописном поступку. Аргументе за овакво регулисање налазимо у схватању да је противзаконит радни однос ништав и да ништавност не застарева. А ништав радни однос садржи такав недостатак који га чини неважећим. Свако заинтересовано лице, а не само странке (subjekti) радног односа могу се позивати на ништавност, јер апсолутна ништавност делује према свакоме, у питању је дакле јавни интерес, па се према томе право на истицање ништавности не може угасити протеком времена, што иначе важи за све противзаконите правне послове,⁵ а не само за радни однос који је заснован супротно одредбама закона, општег акта, односно колективног уговора.

Међутим, Закон о основним правима из радног односа, а касније и Закон о радним односима Србије прописали су рок у коме се може оспоравати радни однос заснован супротно одредбама закона, општег акта, односно колективног уговора. Тај рок износи годину дана.⁶ Тај рок почиње тећи од дана заснивања радног односа противне наведеним правним актима. Међутим, овај рок од годину дана је рок, чијим истеком, не може прекршајно и дисциплински да се покрене поступак утврђивања одговорности директора који је, по службеној дужности, морао да се стара о законитом запошљавању. А то значи, да после годину дана наступа застарелост за прекршајно и дисциплинско гоњење директора.⁷ А каква је онда правна судбина радног односа, за који смо истакли да је ништав?

3 А. Фриерман - А. Николић, наведено дело, стр. 49

4 Исто

5 Ј. Радишић, нав. дело, стр. 146

6 Члан 75. ст. 2. т. 4. Закона о основним правима из радног односа и чл. 87. ст. 2. т. 8. Закона о радним односима Србије

Сматрамо да истеком рока од годину дана, ни радни однос не треба да престане јер, ако директор после тог рока не одговара, а крив је за противзаконито запошљавање, не видимо због чега би кандидат који је засновао радни однос требао да трпи штетне последице. Значи, не може унедоглед постојати правна несигурност кандидата који је противзаконито засновао радни однос, што је још један аргумент за наведено схватање.

Ипак, сматрамо да ће се са развојем тржишта радне снаге и прописи радног законодавства усавршавати, и да неће постојати правне празнине које ће доводити до различитих тумачења, а често и на штету изабраних кандидата.

4. Законитост у вези са актом о заснивању радног односа

У претходним излагањима истакли смо да се радни однос заснива појединачним правним актом између радника и послодавца. За заснивање радног односа употребљавани су различити правни акти, а што је зависило од титулара средстава за производњу. У употреби су били најчешће следећи правни акти: уговор о раду, уговор о служби, уговор о заснивању радног односа, споразум о заснивању радног односа, одлука о заснивању радног односа,⁸ решење о постављењу и др.⁹

7 А. Фримерман - А. Николић, нав. дело, стр. 52

8 У правној литератури одлука о заснивању радног односа (одлука о избору) представља акт - услов, тј. формално правни услов за заснивање радног односа. Ближе Н. Стјепановић, нав. дело, стр. 214. Постоји и схватање да одлука о избору није конститутивни акт, већ акт који омогућава успостављање правног стања. - Ближе: Ј. Перлаин, Објективизације при заснивању радног односа, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Сплит, 1980., стр. 211; супротно овом схватању имамо схватање по коме одлука о избору представља предуслов за заснивање радног односа, Р. Пешић, Радно право, Београд, 1976., стр. 110; слично одлучи о избору постоје и различита схватања о правном карактеру изјаве којом се заснива радни однос. По овом схватању, изјава о заснивању радног односа је једностран акт приступања радника организацији. - Ближе: А. Балтић и М. Деспотовић, Основи радног права Југославије, Београд, 1979., стр. 202; По другом схватању - нико не може отпочети са радом пре него што на начин и под условима утврђеним законом и самоуправни општим актима, заснује радни однос. - Ближе: А. Фримерман - а. Николић, Самоуправни радни односи, нав. издање, стр. 3634; По трећем схватању, изјава је "конститутивни" чин за заснивање радног односа - Н. тинтић, Радни односи радника у удруженом раду по ЗУР и републичким и покрајинским законима о радним односима. "Привреда и право", бр. 7-8/78, стр. 55. по четвртм схватању, изјава о заснивању радног односа јесте конститутиван чин, али се њиме не конституише радни однос као комплетан радни однос, већ једно правно стање које ће прерасти у перфектан правни однос моментом ступања на рад, што значи да кандидат има само правну моћ да ступањем на рад успостави радни однос, што се иначе може рећи и за друге правне односе. - Ближе: а. Гаме, Увод у грађанско право, Београд, 1959., стр. 110-112

9 А. Фримерман - А. Николић, нав. дело, стр. 358

Према Закону о удруженом раду, радник је заснивао радни однос потписивањем изјаве о прихватању самоуправног споразума о удруживању рада радника, статута и других самоуправних општих аката. Но, доношењем Закона о основним правима из радног односа, изјава радника о упознавању са самоуправним општим актима, којима се регулише радни однос и њиховом прихватању није више правни основ за заснивање радног односа.¹⁰ Према Закону о основним правима из радног односа (чл. 11) акти којима се заснива радни однос су одлука о избору, односно уговор о запошљавању.¹¹

Међутим, може се догодити да радник почне да ради на основу акта о заснивању радног односа који је незаконит, односно може почети да ради а да акт о заснивању радног односа не постоји, није донет.¹²

У случају да радник почне да ради на основу одлуке о избору која није коначна, а ова касније буде преиначена,¹³ а радник настави да ради, поставља се питање да ли је он у радном односу или није? Сматрамо, да у наведеним случајевима не треба штетне последице да сноси радник, већ одговорно лице, односно послодавац, што су одобрили почетак рада. Но, да ли радник треба да сноси штетне последице у наведеним случајевима? Радник у таквом радном односу, фактички врши рад, према томе он има сва права из рада и по основу рада, као и радник који је на законит начин отпочео са радом. Ипак, постоји несигурност код радника који се налази у тако заснованом радном односу. Та несигурност се заснива на схватању да радник у фактичком радном односу има само државину права, тј. такав радни однос може престати у свако доба, под условом, да постоји легитиман предлог за престанак тако заснованог радног односа. Уколико предлога не буде, као што смо већ истакли, доћи ће до преображаја таквог радног односа у законит радни однос. Постоји схватање да се рад не може игнорисати, да радник у таквом радном односу, премда има само државину права, та права и остварује.¹⁴

10. Ивањец М. нав. дело, стр. 174

11. А. Grimerman - А. Nikolić Новине у Закону о основним правима из радног односа "Радноправни приручник, бр. 5/89, стр. 24

12. Радник је у конкретном примеру почео да ради у организацији удруженог рада на основу разговора са директором, а без јавног објављивања, што је супротно закону - Одлука Суда удруженог рада Хрватске, СЖ-3837/85

13. Раднички савет као другостепени орган може да преиначи одлуку о избору кандидата по расписаном конкурс у ако утврди да је на правилно утврђеном чињеничном стању погрешно примењено материјално право - Одлука Суда удруженог рада Црне Горе, 3. 1181/87 од 21. октобра 1987.

14. Ђинђић Н. Радни односи радника у удруженом раду..., Привреда и право, бр. 7-8/78, стр. 54 и 55; И пример из судске праксе то потврђује, Решење Суда удруженог рада Србије ИСД 588/88 од 8. септембра 1988.

5. Радноправни положај радника који је засновао радни однос противно закону

Теоријска схватања о радноправном положају радника који је засновао радни однос противно закону, о тзв. фактичком радном односу и о ништавности таквог радног односа саопштавана су, углавном, у време кад је "Законодавац о томе ћутао"¹⁵ Због тога је објашњавано да незаконито заснован радни однос ствара "фактичко стање... супротно когентним правним нормама" па зато мора или престати "или ће бити претворено у право-ваљано заснован радни однос".¹⁶ Дакле, незаконито заснован радни однос је "in primis позитивноправни проблем".¹⁷

Чини се да законодавац више о томе не ћути. Наиме, Закон о основним правима из радног односа (члан 75. став 2. тачка 4) и Закон о радним односима Србије (члан 87. став 2. тачка 8) садрже одредбу према којој раднику престаје радни однос без његове сагласности ако се у року од годину дана од дана заснивања радног односа утврди да је засновао радни однос противно одредбама закона, односно колективног уговора.¹⁸

Из ове одредбе следи једини могућ закључак: незаконито заснован радни однос престаје кад се утврди да је тако заснован а до тад - траје. Тако заснован радни однос траје неодређено време ако се у року од годину дана не прекине због тога што је незаконито заснован. Дакле, незаконито заснован радни однос може да се раскине у року од годину дана од дана заснивања. Док се не раскине, иако незаконито засновао, производи правни učinak као и да је заснован у складу са законом.

Међутим, постоји и друкчије схватање наведене одредбе закона. Прво се констатује да се ова одредба односи на сваког "ко је непрописно засновао

15 Титић Н., Радно и социјално право I, нав. издање, стр. 677

16 Исто, стр. 678

17 Исто, стр. 680

18 Пре доношења ових закона судови су често тако заснован радни однос сматрали фактичким радом.

Радник који ступи на рад на основу одлуке неовлашћеног органа (на основу одлуке органа радне јединице) није у радном односу већ се сматра да је у фактичком раду. (Суд удруженог рада Хрватске, СЖ-429/78)

Радни однос заснован супротно одредбама закона (без јавног конкурса и без одлуке надлежног органа) сматра се фактичким радом и не може се конвалидирати у радни однос на неодређено време. (Суд удруженог рада Хрватске, СЖ-4026/84)

Рад радника без спроведеног поступка предвиђеног за заснивање радног односа представља фактички рад који не може да прерасте у радни однос. (Суд удруженог рада Хрватске, СЖ-5531/84)

Ако надлежни орган не донесе одлуку о потреби за новим радником, ако таква потреба не буде јавно објављена и у томе не учествује заједница запошљавања - радник који је почео да ради и без таквог поступка не може да захтева да се утврди да је у радном односу (Суд удруженог рада Македоније, РОЖ. 839/79)

радни однос, без обзира да ли се повреда прописа односи на услове или начин заснивања радног односа". А одмах затим изводи се закључак према којем се ова одредба закона "не односи на случајеве заснивања тзв. фактичког радног односа". И даље "Овај основ за престанак радног односа треба разликовати од престанка радног односа због обмане при његовом заснивању. Код непрописног заснивања радног односа нема никакве обмане. Ту је реч о свесном или несвесном кршењу прописа који се односе на услове и начин заснивања радног односа. Код обмане основ ствара радник (прикривањем истинитих или давањем неистинитих података), код непрописног заснивања радног односа онај ко о томе одлучује".¹⁹ Ако је радник изнео податак из којег се јасно види да је постојао разлог да не буде примљен а ипак је примљен, предузеће се не може користити овим основом за престанак радног односа. Он је само учинио пропуст а у праву влада правило да се неће слушати онај ко се позива на своју срамоту".²⁰

Овакво схватање закона помало збуњује. Наиме, две констатације противрече једна другој. По једној, наведена одредба закона се односи на сваког ко је непрописно засновао радни однос, без обзира на то да ли се повреда прописа односи на услове или начин заснивања радног односа, а по другој, та одредба се не односи на случајеве заснивања фактичког радног односа. Противречност посебно долази до изражаја кад се зна схватање истог аутора да је фактички радни однос такав однос који је успостављен "мимо легитимних начина заснивања радног односа".²¹ Није јасно кад се примењује закон о престанку радног односа заснованог противно одредбама закона односно колективног уговора ако то није онда кад је радни однос заснован на легитиман начин. Па ваљда се тзв. фактички радни однос успоставља на непрописан начин.

Прихватљиво је схватање према којем непрописно заснивање радног односа није обмана него свесно или несвесно кршење прописа од стране оног ко одлучује о заснивању радног односа. Будући да је пропис прекршио онај ко одлучује о пријему радника на посао он се због тога не може позивати на повреду прописа приликом заснивања радног односа, па самим тим не може ни одлучити да тако примљеном раднику престане радни однос. Наиме, у свим случајевима заснивања радног односа противно одредбама закона или колективног уговора кривица је на страни послодавца, односно одговарајућег органа који одлучује о пријему радника. То је случај и код успостављања тзв. фактичког радног односа јер радник не може да почне да ради противно вољи послодавца ("узурпацијом" радног места). Дакле, за незаконито заснивање радног односа "срамота" је увек на страни послодавца. Ако се послодавац не може позивати на своју срамоту

19 ИвошевићЗ., Коментар Закона о радним односима и Закона о радним односима у државним органима, нав. издање, стр. 250

20 Исто, стр. 252

21 Исто, стр. 57

произилази да неће моћи ни да раскине незаконито заснован радни однос. У таквом схватању има логике али се онда поставља питање како раскинути радни однос који је незаконито заснован?

О заснивању радног односа одлучује надлежни орган послодавца. Тај орган може и да погреши, може да повреди закон, односно колективни уговор. Због тога је и предвиђено да сваки пријављени кандидат може да уложи приговор ако сматра да је приликом избора повређен закон, односно колективни уговор. Али приговор се не може уложити било кад већ у законом одређеном року (15 дана). Уколико није задовољан другостепеном одлуком пријављени кандидат може да поднесе тужбу суду, такође у одређеном року. Ови рокови су одређени због правне сигурности субјеката радног односа. Дакле, мора се знати до кад се може оспоравати одлука о заснивању радног односа. После истека одређених рокова - не може. То је правило. Такође може оспоравати законитост одлуке о заснивању радног односа. Ипак, закон омогућава директору да и после тог рока, али најдоцније у року од годину дана од дана заснивања радног односа, утврди да је радни однос ипак заснован противно одредбама закона, односно колективног уговора. На тај начин је ономе ко је крив за незаконито заснивање радног односа дато право да се "позива на своју срамоту". Он то може да учини и онда кад је поводом приговора од стране другог пријављеног кандидата објашњавао другостепеном органу да приликом заснивања радног односа није прекршен закон. Уосталом, директор је управо орган који је дужан да се стара о поштовању законитости и правило је да другостепени орган, кад одлучује поводом приговора, затражи мишљење директора. Он то може да учини и после одлуке надлежног суда којом је овај, поводом тужбе пријављеног кандидата, одлучио да радни однос није незаконито заснован, а тако је одлучио управо на основу доказа које је поднео директор односно његов пуномоћник. Но, свеједно. Директор има право да у року од годину раскине радни однос с радником кога је примио на незаконит начин.

На незаконит начин може се засновати радни однос у следећим случајевима: (1) кад се слободно радно место и услови за рад не пријаве заводу за тржиште рада; (2) кад завод за тржиште рада не огласи слободно радно место на начин прописан законом; (3) кад оглас о слободном радном месту не садржи услове за заснивање радног односа и рок за подношење пријава; (4) кад одлуку о избору донесе ненадлежни орган; (5) кад се заснује радни однос на одређено време мимо случајева предвиђених законом; (6) кад се у случају неуспелог јавног оглашавања прими радник који не испуњава услове на неодређено време или на време дуже од шест месеци; (7) кад се примљеном раднику не уручи одлука о заснивању радног односа; (8) кад се пријављени кандидати не обавесте о избору и о праву на подношење приговора. У свим наведеним случајевима се може сматрати да је радни однос заснован супротно одредбама закона. Али, ни у једном од наведених случајева кривица за заснивање радног односа није на страни примљеног радника већ - послодавца. Уосталом, и законом је предвиђена новчана казна за

послодавца ако са радником заснује радни однос супротно закону (Закон о радним односима Србије, члан 114). Ни у једном од тих случајева радник неће бити кажњен. Због тога се може поставити питање: како послодавац који је прекршио закон приликом заснивања радног односа може накнадно (у року од годину дана) да се позива на свој прекршај (на своју срамоту) и да раскине радни однос? О томе, свакако треба да се изјасни и законодавац. До тад закон ће се примењивати а судови ће одлучивати у сваком поједином случају да ли ће уважавати одлуке о раскидању радног односа по овом основу. У свим наведеним случајевима послодавац ће, у року од годину дана одлучивати о томе да ли ће користити своје кршење закона и раскинути незаконито заснован радни однос. Па и ако тако одлучи, до дана раскидања радног односа - радни однос постоји, радни однос траје са свим правима и обавезама и послодавца и радника. То није спорно.

Спорно је једино схватање према којем треба разликовати случајеве овако (незаконито) заснованог радног односа од случајева кад се сматра да је заснован тзв. фактички радни однос. У којим од наведених случајева повреде закона треба сматрати да се радни однос може раскинути у року од годину дана, а у којим може престати у свако доба без икаквог решења (јер је у питању фактички радни однос)?

Можда на ово питање може да се потражи одговор у судској пракси. У једној пресуди Врховног суда Србије²² стоји следеће: "Према одредби члана 75, став 2. тачка 4. Закона о основним правима из радног односа, раднику престаје радни однос ако надлежни орган, у року од годину дана од дана заснивања радног односа, утврди да је засновао радни однос супротно одредби закона, општег акта, односно колективног уговора. Тужила је примљена на рад без јавног оглашавања слободног радног места и спроведеног поступка заснивања радног односа, што је супротно члану 9. ст. 2 и 3. члану 10. и члану 11. Закона о основним правима из радног односа. Ови недостаци су такве нарави да искључују и само постојање радног односа. Тужила је ступила на рад по решењу о распоређивању на радно место, али пошто оно није основ за заснивање радног односа, тиме је успостављен - само фактички рад. За време његовог трајања тужила је била у државини права из радног односа, али није била њихов титулар. Такав рад може престати у свако доба, а не само у року од једне године од његовог успостављања. Овај рок важи за престанак радног односа који је, без обзира на мане при заснивању, ипак заснован. Овде о томе није реч. Радног односа уопште нема а фактички рад, без обзира на трајање, може престати увек. Довољно је да се раднику саопшти да више долази на посао. Имајући ово у виду, суд сматра да је до прекида рада тужиље могло доћи и одлукама туженог које се побијају у овом спору. Из њих несумњиво произилази да тужена хоће да прекине фактички рад тужиље, а то је довољно да захтеви тужиље у овом

22 Врховни суд Србије, Рев. 2267&92 од 10. септембра 1992

спору буду неосновани, без обзира што се у њима говори о престанку радног односа, а не фактичког рада”.

Овој одлуци суда може се супротставити једно друго судско схватање истог проблема: ”Радни однос заснован мимо начина и поступка утврђених законом и општим актом није правно ваљан, без обзира на то да ли је до тога дошло пропустом радника или предузећа. То је само фактички рад који је могао да престане у свако доба, све док није важила одредба члан 75. став 1. тачка 4. Закона о основним правима из радног односа”.²³

Ово друго схватање суда је прихватљивије. Додуше, и у њему се полази од тога да незаконито примљен радник не заснива радни однос, да је то само фактички рад који може да престане у свако доба, али се додаје да је тако могло да буде све док закон ово питање није регулисао. А закон је тако незаконито заснован радни однос регулисао тако што је предвидео да се може раскинути у року од годину дана. Дакле, у време кад закон одређује судбину незаконито заснованог радног односа не може више бити речи о тзв. фактичком радном односу. Иако се и о овом схватању суда може расправљати у делу који се тиче изједначавања незаконито заснованог радног односа са фактичким радом (пре законског регулисања тог питања), став суда је јасан: сваки незаконито заснован радни однос се може раскинути, али само у року од годину дана од дана заснивања. Док се не раскине, радни однос постоји. Наравно, радни однос ће постојати и даље, после истека једне године од дана заснивања, ако се у том року не раскине.

Међутим, одлука Врховног суда Србије не даје одговор ни на једно питање. Није јасно кад, по схватању тог суда, треба применити закон и, у року од годину дана, раскинути радни однос заснован противно закону, а кад се има сматрати да се тако успостављен однос може раскинути у свако доба само на основу саопштења раднику да више не долази на посао. По којем критеријуму се случајеви незаконито заснивања радног односа могу поделити на оне кад се тако заснован радни однос може раскинути у року од годину дана и на оне кад се тако успостављен однос може раскинути у свако доба (због тога што то није радни однос већ само фактички рад)? Такви критеријуми би могли да се сачине кад би се схватање о фактичком радном односу могло утемељити, кад би се извело до краја. Али, то никад није учињено. Због тога су и схватања о фактичком радном односу као односу који може да престане у свако доба, на исти начин како је успостављен (само на основу саопштења послодавца да радник више не долази на посао) - неутемељена. Но, битно је једно - то што суд прихвата да се незаконито заснован радни однос може раскинути у року од годину дана од дана заснивања а док се не раскине сматра се радним односом (са свим правима и обавезама).

SUMMARY

EMPLOYMENT OF PERSONS PROVIDED ON THE BASIS OF DECISIONS ADOPTED BY INCOMPETENT AUTHORITIES, AND PERSONS EMPLOYED ON THE BASIS OF AN ILLEGAL PROCEDURE, RESPECTIVELY

An employment based on a decision adopted by an incompetent authority in which case the decision has remained valid due to the fact that it has not been refuted by other candidates, produces certain legal consequences, nevertheless, i.e. the employment cannot be considered not to have commenced. Namely, a conscientious candidate must not bear the effects of any adverse consequences due to the fact that the authority which was supposed to take care of adopting decisions according to the law, has done its job poorly. Because of that and bearing in mind the legal security and the fact that the candidate did not know and could not have known about this at the time when the decision on his employment was being adopted by the incompetent authority, we consider that the employment of the worker selected should not be terminated. However, in case of a person employed on the basis of an irregular procedure, the employment of the candidate thus selected should be terminated.

On the other hand, the employment of a person employed by an incompetent authority or in an irregular procedure may be contested for a period of one year as of the date of the beginning of the employment contrary to the provisions of the law, the general enactment and the collective agreement, respectively. Upon the expiry of this period, considering the fact that the manager responsible for an illegal employment is no longer liable, we consider that the employment of such a person should, likewise, not cease.

A similar case involves the situation in which an employment is based on the decision concerning the choice of an employee, but the decision is not final and it is later revised. In this case, it should not be the worker who should bear the negative results but the employer as the responsible person who has given approval for the beginning of the worker's employment. In such a case, the worker is factually employed, but that employment may be terminated any moment, provided there is a legitimate proposal for its termination. Of course, if there is no such proposal, this factual employment will become a legal employment.

This means that each and every illegally based employment may be terminated, but only within a period of one year as of the date of its beginning. The employment will exist until it is terminated, or until the expiry of that period of one year counting as of the date of its beginning, unless it is terminated within that period. However, the greatest problem is in the following: how to divide the cases of illegal employment into those which imply the possibility of the employment being terminated within a period of one year and those (factual employment) in which the employment can be terminated any time. In order to do that, it is necessary to make a list of the criteria based on the essential views and a comprehensive understanding of factual employment.

Др Емилија КАРАЈОВИЋ
доцент Правног факултета у
Крагујевцу

ТЕТРАРХИЈА, НОВИ ДРЖАВНИ ПОРЕДАК

Период од двадесетједне године, у току којег је Диоклецијан владао, сразмерно је дуг, поготову ако имамо у виду да су се пре њега владари брзо смењивали на престоу. Ипак, када узмемо у обзир да је за то време донео близу две хиљаде закона, да је из темеља променио систем централне власти, управу провинцијама, начин одређивања порезе, уређење војске, да је максимирао цене, а поред тога водио ратове на границама и унутар Царства, прогонио хришћане, онда је право чудо како је све то постигао за две деценије своје власти.

Ако упоредимо његову владавину са владавином било ког другог императора, не може се пронаћи ни један који би му био макар близу. Август је, такође, много ствари изменио, али његове реформе су биле прикривене, обављене под маском повратка старом поретку. Али и објективно, иако уводе нов поредак - принципат - његове реформе нису толико свеобухватне као Диоклецијанове и за њих је Август имао дужи период времена, јер је владао преко 40 година.

Овај романизовани Илир, који је већи део свог живота провео у војсци, енергичног израза лица, снажног врата, својим пореклом и каријером израстао је у личност велике енергије и државничког талента. Његово служење у војсци бацало га је с једног на други крај Царства, тако да је знао који проблеми муче државу у целини као и поједине провинције. Распињан између ратних и мирнодоп-

ских задатака, готово стално у покрету, са једне границе на другу, из једне побуњене провинције у другу, можемо заиста да се дивимо како је успео да донесе на хиљаде закона, да реформише многе области јавног и приватног живота као нико пре њега. Вероватно је део заслуга припадао и способним помоћницима, административном апарату који га је окруживао, али о томе немамо довољно података.

Активност римског државног апарата овог периода је разноврсна и велика. Та је појава карактеристична за ситуацију у којој су карактер државе и економије у раскораку.¹ Тако и у Риму, што је криза бивала јача то је већи број закона доношен. Колики је био обим реформи које је предузео Диокледијан види се по законодавној активности. Сачувано је око 1300 његових конституција,² а вероватно их је издао много више, али нису све до нас дошле.

Диокледијан је покушао својим интервенцијама у готово свим сферама живота, да већ заиста уморно и исцрпљено Царство освежи и новим мерама поврати снагу. Сигурно је, међутим, једно, да је период његове владавине, ако не период напретка, онда бар период заустављања неких негативних тенденција тога доба.

Свакако да све има своју цену. Умножавање провинција на око педесет, повећање броја војника и чиновника, све је то значило бирократизацију. Тај апарат је скупо коштао, порези су постали несносно велики, а држава се почела мешати у све области друштвеног и привредног живота.

Тетрархија

Свакако да је једини облик владавине који је у овим условима могућ, била монархија. У римско схватање продрле су источњачке идеје да је "народ без владара као стадо без пастира".³ Републиканске традиције биле су далека успомена. Већ током другог века ишчезли су сваки трагови републиканске опозиције, политичка борба се свела на борбу различитих претендената на царски престо.⁴

У борби за престо главну реч није водио народ нити Сенат, односно владајући кругови, већ све више војска. То је било вишеструко штетно за државу. На престо нису долазили најспособнији, већ најбескрупулознији, који су често и физички ликвидирали претходника. Смене на престолу некада су биле тако брзе да вајари нису имали времена да направе целу скулптуру новог владара (која треба да стоји у храму), већ само главу која

1 Станојевић, О., Карактер државе позне Римске Империје, Анали, бр. 4., Београд, 1961., стр. 672

2 Jones, A. H. M., *The Decline of the Ancient World*, Cambridge, 1966., стр. 37

3 Frankfort, (H. and H. A.) Wilson, and Jacobsen, *The intellectual Adventure of Ancient Man*, Chicago (превод Поповића под називом "Од мита до филозофије", Суботица, 1967.) стр. 235-236

4 Pareli.L., *Хисторија човјечанства, Стари свијет*, Загреб, 1967., стр. 174

је углављивана на већ постојећи кип да би ускоро била замењена другом.⁵ Само 238. године владали су: Гордијан I, Гордијан II, Пупиен, Балбин и на власт је дошао Гордијан III.

Војска као одлучујући фактор не само што је уносила немир у друштво, које је било изложено готово непрекидним грађанским ратовима, већ је погубно деловало на финансије и порески систем. Војницима су обећаване богате награде, јер је то био њихов мотив за борбу. Када дође на престо, император мора да испуни обећања. Порези су постали несносни и многе занатлије, сељаци и трговци напуштају своју професију, јер нису у стању да плате дажбине.

Други проблем била је величина државе. Рим се простирао од Хадријановог зида у Великој Британији до Персијског залива, Кавказа и обале Црног мора на Истоку. На северу су његове границе чиниле немачке шуме, а на југу Сахара. Можда би оволиком државом могао да управља један човек да су прилике биле срећне. Међутим, римско друштво су потресале такве невоље да би са њима и у знатно мањој држави тешко изашао на крај један владар.

Све је навело Диоклецијана да уведе један систем који историја не познаје. Узор није могао бити нађен ни у прошлости, нити је овај систем био копиран у каснијој историји. То је била "четворовлада" или, на грчком "тетрархија".

У оваквој клими Диоклецијан је увидео да је време када треба напустити старо и прихватити ново, са свим оним што то ново доноси. Царство је било исувише велики терет само за једног човека. Диоклецијан је зато себе обезбедио помоћницима, а у том избору је његова генијалност дошла до изражаја, мада је парадоксално управо то што је Диоклецијан поделом царског управљања спасао царство.⁶

Осећај који је натерао Диоклецијана да узме тројицу помоћника Лактанције назива страхом,⁷ али је та мера била повољна за државу, сматра Штаде.⁸ Утврђујући да један владар не може да брани целу државу и да у њој заведе ред, а желећи истовремено да сачува њено јединство, Диоклецијан је смислио један помало вештачки систем по коме су царство и царска власт били подељени, али је ипак био сачуван и интегритет државе.

Но нису само гломазност и потреба одбране државе били мотиви поделе царске власти и царства, већ и могућност решавања проблема наслеђивања

5 Станојевић О., Римско право, Београд, 1989. стр. 65

6 Cook, S. A., i dr. The Cambridge Ancient History, vol XII, The Imperial Crisis and Recovery A.D. 193-324, Cambridge, 1939., стр. 325; Finley, M.J., Aspects of Antiquity, Discoveries and Controversies, Chatto & Windus, 1968., стр. 139

7 Lactanius, De mortibus persecutorum, Edited and translated by J.L. Creed, Oxford, 1984., с 7,2

8 Stade, K., Der Politiker diokletian und die letzte Grosse Christenverfolgung, Frankfurt am main, 1926., стр. 42

на престолу. Наиме, увођење два цезара, требало је да обави функцију помоћника и изабраних наследика.

Поред величине Царства и великог броја проблема са којима је било суочено, један од основних разлога за увођење тетрархије била је хетерогеност разних делова државе у економском и културном погледу. Нарочито је била велика разлика између источних провинција, у којима се претежно говорио грчки језик и западних, где су готово сви прихватили латински. Та чињеница је, по свој прилици, инспирисала Диоклецијана да уведе два августа, једаног за исток, другог за Запад и да им додели по једног цезара.

Врло брзо након свог учвршћења на престолу, 286. год., Диоклецијан је за савладара, прво у својству цезара, а затим и августа, наименовао свог земљака и друга по служби Максимијана. Ова титула августа, имала је извесна ограничења која је тешко дефинисати, а која су нестала наименовањем друга два цезара.⁹ Можда је Диоклецијан у почетку имао на уму поделу Царства на два дела. У то доба царство је почивало на хармонији власти своја два цара и то тако што је сваки имао своју област. Инак је Диоклецијан себе сматрао вишим владарем, јер је за себе узео титулу *Senior Augustus*, а као божанство био је Јупитер (*Iovus*), док је Максимијан био *Junior Augustus* а као божанство Херкул.¹⁰

Касније, како је време одмицало, и како су се проблеми гомилали, Диоклецијан је вероватно увидео да деоба на два дела није довољна. Седам година после узимања Максимијана за савладара, он је одлучио да даље подели врховну власт са још двојицом. Диоклецијан је потом трагао за погодним савладарима. Цезари су именовани 293. године. Максимијанов цезар на Западу био је Константин Клар, дардански аристократа, који је уживао велики углед. Диоклецијан је за свог цезара изабрао Галерија, способног војника из наших крајева.

Сва четворица имали су нешто заједничко. Били су не-Римљани, романизовани провинцијалци. Тројица су били пореклом са Балкана, вероватно Илири, а четврти је, такође био пореклом са Истока. Имали су војничког искуства и вероватно их је везивало лично пријатељство, које је ускоро прерасло у сродство путем склапања брака.

На овај начин је настала тетрархија, нови државни поредак. Како каже Кук, тим четворице је био бољи од сваког члана понаособ.¹¹ "Четири принцеса (првака света) били су храбри, мудри, и на неки начин слободоумни".¹²

Према замисли Диоклецијана овакав облик владавине требало је да постане узор и пракса за будуће.¹³

9 Cook, S.A., нав. дело, стр. 327

10 Jones, A.H.M., нав. дело, стр. 38

11 Cook, S.A., нав. дело, стр. 329

12 S.H.A. *Carinus*

13 *Lactantius*, C. 18, 5

Занимљиво је да је Максимијан добио на управу западни цео Царства, док је диоклецијан за себе задржао Исток. Зашто је то урадио? Можемо да прихватимо да је тај избор извршен у време када источни део није имао свој најпримамљивији адут - град Константинопољ, који ће тек пола века касније основати владар пореклом из Ниша - Константин.

Могуће је да је његово порекло играло неку улогу, јер се његов завичај налазио на Балкану. Али је вероватнији разлог то што је источни део Империје стајао боље и у привредном и у војном, па, вероватно и у културном погледу. Доказ веће виталности овог дела Империје је и то што је он надживео Западно Царство за око 1000 година. У целини гледано, његов избор дела којим ће владати, порекло тетрарха, показују надмоћ источног дела Царства.

Први Август, Диоклецијан, владао је Египтом, Либијом, Арабијом, Битинијом као и Илириком. Диоклецијан је за свој боравак изабрао место Никомедију у Малој Азији, на Мраморном мору, погодно за одбрану Египта, Азије и Тракије. Остале источне провинције, укључујући и западни део Азије, биле су под влашћу његовог Цезара, Галерија, чије су снаге браниле и дунавску границу. За своје седиште Галерије је узео Сирмијум, данашњу Сремску Митровицу.

Други Август, Максимијан, држао је Запад са Римом, Италијом, Сицилијом, Африком и Шпанијом под својом контролом. Милано је био његова престоница. Галија и бунтовна Британија биле су поверене Цезару Константину који је за место свог боравка изабрао Тријер.

Рим је и даље формално главни град Царства без обзира на чињеницу да ниједан од четворице савладара у њему није живео. Ипак, околност да ниједан од чланова четворовладе није за своју престоницу одабрао Рим, говори о томе да он нема некадашњи сјај и да његов значај опада. Треба, ипак приметити да је у каснијој "дводеоби" на Источно и Западно Царство, Рим поново постао престоница.

Да би царска власт била још више поштована и изражена, Диоклецијан је за себе узео име Јовиус, а за заштитника династије одредио Јупитера.¹⁴ У складу са овом тенденцијом је и проглашење Максимијана Херкулом, који је, по митологији Јупитеров помоћник.

Да би што више везао за себе и свог првог сарадника, Диоклецијан је од оба цезара захтевао да се одрекну својих жена и поново ожене крунисаним принцезама. Константин се одрекао Хелене, мајке Константина, и оженио Теодором, ћерком Максимијана, док је Галерије напустио своју жену и оженио се Диоклецијановом ћерком Валеријом.¹⁵

Диоклецијан је од својих помоћника направио стварне партнере у обављању функције владара. Управљање државом подељено је фактички

14 Cook, S. A. и др., нав. дело, стр. 328

15 Victor, Epitome XXXIX, 24; Eutropius, 9, 22; Zonaras, 12, 31, стр. 614

између четири владара. Сваки од њих имао је своју престоницу, војску, извршну власт и главног помоћника у личности преторијанског префекта.

И поред тога што је држава издељена на четири дела, неки елементи јединства су сачувани. Рим се сматра престоницом тог јединственог Царства, иако у Риму нико не влада. Ипак, он је био симбол државног јединства.

Питање нормативног, писаног јединства није сасвим јасно. Неки од царских едиката имали су локално значење и примену (односе се на један град или једну провинцију). Али, царске наредбе важе за целу територију. Чак и када се Империја поделила на два дела, владари Истока и Запада размењивали су своје царске наредбе.

Иако је сваки од ових владара био суверен са сопственом јурисдикцијом, њихова уједињена власт се простирала кроз целу монархију, и сваки од њих је био спреман да помогне свом колеги владару, било саветом, било физичким присуством, било војском.

Подела надлежности између Диоклетијана и његових сарадника била је обављена на територијалној основи, али су кроз своје едикте, потписиване заједнички, у свим покрајинама били примани као јединствено управно тело.¹⁶ Сваки цезар је имао трибунску власт али је за све ствари био одговоран августу, док је Диоклетијан својом мудрошћу и "auctoritas"-ом доминирао над свима.¹⁷ Ауторитет старијег Аугуста требало је да гарантује нормално обављање свих државних послова,¹⁸ јер је он имао законодавну власт за целокупно Царство.¹⁹ Његово је било врховно право надзора, нпр., над расподелом финансијских средстава.²⁰ Доносио је коначну одлуку о наименовању наследника ако умре неко од четворо владара. То су били елементи власти који су и поред деобе обезбеђивали неко јединство државе. Четворица императора, теретски су чинили колегијум, сви правни акти издавани су под заједничким именом, а сва службена кореспонденција била је насловљена на сву четворицу, а опет, практично, сваки император је био одговоран за своју област.²¹

По овом систему смена на престолу треба да се обави безболно и без учешћа војске. Ако умре један од тетрарха (по правилу то ће бити један од августа), титулу августа добија његов помоћник Цезар, а сва тројица бирају међу постојећим војсковођама и политичарима четвртог. Наравно, због свог ауторитета, док је био на престолу, Диоклетијан је имао превагу при одлучивању.

Сенат је у овом периоду веома брзо губио свој политички значај и утицај који је у извесној мери имао све до Диоклетијана. Све одлуке, па чак

16 Gibbon, E., *Decline and Fall of the Roman Empire*, vol. I, New York, 1978. стр. 374

17 Cook, S.A., и др., нав. дело, стр. 329

18 Victor, *Epitome*, XXXIX,36

19 Stade, K., нав. дело, стр. 50

20 Eusebius, *Vita Constant.* I, 14, 1

21 Jones, A.H.M., нав. дело, стр. 41

и оне о избору цара су увек захтевале бар формалну потврду од стране сената, да би биле уставне. Диоклецијан је прекршио ово правило и није тражио од сената да се сагласи са његовим царским овлашћењима, нити да одобри његов поступак у вези са постављањем Максимијана за његовог првог сарадника истог ранга.²² То и није, у суштини, била нека новина, већ само укидање једног стања хипокризије, јер се већ давно пре тога сенат није много осећао у политичком животу. Диоклецијанова незаинтересованост да од сената тражи сагласност представљала је кршење теорије о сенату као органу врховне власти, односно да је то орган преко кога држава спроводи своју власт. Сенат је задржао неке надлежности у именовању државних службеника. То су биле углавном магистратуре пореклом из претходног периода, чији је значај опадао. У ствари име сената се све до последњег периода Царства помињало с поштовањем. По речима Гибона: "Сујета његових чланова је и тада била задовољена ласкавим почастима, али ово тело, које је дуго било извор и инструмент власти, морало је постепено да падне у заборав; римски сенат, губећи све везе са царским двором и владајућим апаратом, био је осуђен на узвишени, али бескорисни боравак на брежуљку Капитолине."²³

Ликвидирање политичких противника, непослушних претора, довођење у сенат својих људи, већ раније су претворили сенат у послушно оруђе императора.²⁴ Диоклецијан је само формално укинуо оно што је пракса већ елиминисала. Тако је учињен још један корак у уклањању трагова републиканског уређења. Тиме је и Рим, као град у коме су концентрисани најважнији органи републике, доста изгубио. Опаска: "Рим је тамо где је цар", постаје тачна.²⁵

Порекло и значај

Какво је порекло и који су разлози за увођење овог система владавине?

Има мишљења да је Диоклецијан био инспирисан римским републиканским уређењем, посебно магистратуром конзула. Такав став заступа Џонс.²⁶ Могао би се наћи неки узор у Спарти, која је имала на челу два краља.

Ипак, све то није било ни налик на тетрархију. Конзули у римској републици и краљеви у Спрати нису делили државу, већ су се периодично смењивали или су делили функције. Основна идеја тетрархије је тери-

22 Abbott, F.F., Roman Political Institutions, Princeton, 1910., стр 396

23 Gibbon, E., нав. дело, стр. 370

24 Станојевић, О., Тацитови "Анали" - савремени политички роман, Гледишта, 1971/3, стр. 511

25 Cook, S.A. и др., нав. дело, стр 386; Sinigen, W.G., Book, A E.R., A History of Rome to A.D. 565, New York, 1978., стр. 409; Vilems, P., Римско јавно право (превод са француског Милосављевић, М.), Београд, 1898., стр. 586; Машкин, Н.А., Историја старог Рима, Београд, 1982., стр. 487

26 Jones, A.H.M., нав. дело, стр. 41

торијална подела, уз задржавање неких облика јединства (нарочито у законодавству).

Према томе, тетрархија је вероватно оргинална творевина једног човека, који није растао на двору, већ је прошао кроз разне нивое државне организације, нарочито војне, који је прокрстарио државом и знао које су бољке - како их треба лечити. То је још један пример практичног духа ове цивилизације.

У првом реду играла је улогу огромна величина Царства, културна и привредна хетерогеност провинција, као и број проблема које је требало решавати. Можда је овај војник, који је за живота променио многе владаре видео много крви проливане око престола, желео да постигне још један циљ.

Овако утврђену царску власт требало је, пре свега, заштити од могућих побуна у војсци, што је била честа појава. Крајњи циљ тих побуна увек је био свргавање цара са престола. Један од начина да се то избегне био је управо увођење тетрархије, владавине четворице најспособнијих. На тај начин они су елиминисани као могући противници, а и нису имали потребу да цара свргну са престола. Могући претенденти, потенцијална опасност за владара, сада постају савладари. Они, уместо да угрожавају државу заправо је бране.

Под Диокледијановим надзором тетрархија је добро функционисала. "Својим јаким личним ауторитетом, Диокледијан је у суштини остао једини цар, а да је истовремено имао оданост и помоћ од стране три најспособнија војна команданта".²⁷

Иако тетрархија није замишљена као привремено решење, већ као трајна и чврста основа државног поретка, она није живела дуго после Диокледијанове абдикације. Због недостатка јединственог и јаког вође, била је уништена утицајима разних личних амбиција.²⁸ Упркос свим мерама предострожности да не дође до нарушавања политичког јединства римског света, оно је ипак постепено слабило. Увођен је принцип поделе који је кроз неко време довео до коначне деобе Источног и Западног Царства.

Ипак се и поред краткоће трајања, не може негирати значај тетрархије. Диокледијанов систем је своје постојање оправдао резултатима. Захваљујући новом државном поретку, функционисање државе, а пре свега њена основна функција, одбрана од напада варвара, била је на задовољавајући начин решена. Уз помоћ способних и оданих савладара границе су веома успешно бране, Царство је поново, бар наизглед било јако и јединствено. Али своје успехе систем је у највећој мери дуговао личној доминацији цара, његовим личним квалитетима.

27 Cary, M., Scullard, H.H., A History of Rome down to the Reign of Constantine, London, 1974., стр. 518.;

28 Jones, A.H.M., нав. дело, стр. 413

Покушај увођења тетрархије није успео. Но, ипак је остала деоба на два дела, Источно и Западно Царство, коју су правдали историјски и културни разлози.

Већи утицај и трајнију вредност имали су други његови покушаји, а у првом реду реформа администрације и војске.

SUMMARY

Diocletian was one of the greatest rulers and reformers. Here was almost no field where he didn't try to do something in a new way, and everything he was doing was in order to regenerate and preserve the Roman Empire. He started his reforms by introducing a new way of ruling co called tetrarchy or rule of four rulers. The motives that can describe reasons for dividing were great size of the Empire, the need for her defence, and possibility of solving a problem who will inherit the throne. Ruling the Empire was practically divided and confided to four rulers. Each of them has his capital, army, executive power and pretorian prefect for his assistant. Even though The Empire had a four parts, some elements of unity were still preserved. The Emperor orders were valid for the whole theritory, Rome was still the capital of that united Empire.

The tetrarchy is probably the original creation of Diocletian. This tupe of ruling was created for the future too, but, had gust given good results while its creator was in life. New oreder provided the mast important function of one country and that was defence from barbarians.

The whole Empire did not survive, but was divided into two parts East and West Roman Empire. The reasons for this consequences can be found in historical and cultural reasons.

Др Свето ПУРИЋ
доцент правног факултета у
Крагујевцу

МОНЕТАРНА ПОЛИТИКА И СТАБИЛНОСТ ПРИВРЕДНОГ СИСТЕМА

Када у промету дође до повећања номиналне количине новца субјекти у промету настоје, куповином роба и услуга, да се ослободе тих новчаних вишкова. Поједини субјекти могу смањити своје новчане износе само под условом ако неки други субјекти желе да их повећају. То би у затвореном систему значило да нису сви истовремено у могућности да смање своје новчане количине, да би се то на макроекономском плану усклациле порастом производње а тиме најчешће и цена. Тако се закључује да је промена цена последица промене номиналне количине новца. Чињеница је опет, да се цене различито понашају за различите облике имовине, формирајући нову структуру у новим односима цена. Дакле, промене количине новца које нису праћене променом тражње за њим, непосредно се одражавају на висину издатака економских субјеката.

Постојање чврстог и емпиријски доказаног односа између дохотка и количине новца може се мењати аутономним монетарним мерама, при чему привредни субјекти прилагођавају своје издатке стању опште ликвидности да би успоставили жељени ниво средстава. Доходак и запосленост се повећавају до оног нивоа који одговара новом односу промене масе новца и дохотка. "Теорија новчане базе је успела да докаже тесну везу између стопе промене новчане масе и друштвеног производа, али се тиме још ништа не каже о узрочној вези осталих агрегата, мада се циклична кретања у многим земљама објашњавају

управо променама укупне новчане масе".¹ Повезаност монетарног и економског убрзања односно успоравања, у теорији је доста јасна. Већа убрзања односно успоравања монетарних импулса су праћена убрзаним, односно успореним кретањем реалног националног дохотка.

Монетаристичка доктрина полази од неких претпоставки које су тешко прихватљиве. Нови монетаризам прихвата квантитативну теорију новца, што значи да су промене у количини новца основни фактор промене цена и производње, односно новчаног дохотка. Таква функција за основу има велики број фактора, посебно субјективне, које је тешко квантификирати.

Функција тражње новца је стабилна, а то игра пресудну улогу у дефинисању варијабли које су значајне за анализу привреде у целини. У савременим условима понуде и тражње, односно перманентно присутне инфлације, тражња за новцем постаје неограничено еластична при "ниској" позитивној камати, да не говоримо о реалној негативној камати која је у дугом временском периоду била присутна у већини привреда света.

Повећање количине новца у оптицају доводи до пораста производње и запослености у краћем периоду, док се на дужи рок по правилу одржава на раст цена. Отуда се и црпи став о монетарном пореклу инфлације. Основна разлика између монетаризма и неокензијанизма је у томе што неокензијанци верују у то, да уколико у привреди постоји "недовољна" запосленост повећање понуде новца ће се одразити на повећање производње и запослености а само делимично ће се то осетити на повећању цена.

Оцењујући да се у промету налази "сувише велика количина новца" власници новца троше свој новчани доходак. Трошењем новчаног дохотка, настаје пораст цена који се наставља све до момента када економски субјекти не зажеље да га држе.

Класична теорија новца и кредита не могу објаснити чињеницу да су стварност и привредни живот далеко сложенији и компликованији него што их она тумачи. Овом теоријом је потпуно запостављена инфлација трошкова, структура инфлација, увозна, психолошка и други облици инфлације.

Количина новца у привреди је ендегена, а не егзогена величина и није независна од тражње новца. Тезу монетариста да свако снижавање стопе раста масе новца у привреди доводи до одговарајућег пада цена, и обрнуто, стварност демантује. Супротно монетаризму, количина новца је изведена из реалних кретања (инвестиције, потрошња становништва, државни издаци, извоз, увоз и др.).

Стална рестриктивна монетарна политика, која чини основу ове теорије, дугорочно има за резултат смањење стопе економског раста, флукуацију у економској активности, пораст незапослености, уз сасвим скроман утицај на инфлацију.

1 Др Комазец Слободан: Макроекономија, Институт за предузетништво и развој "Браћа карић", београд, 1992., стр. 216

Монетарна политика може да се води краткорочно - када само корективно делује на привредна кретања, али и дугорочно - када има функцију ех апте планског формирања монетарних токова. Контролом монетарних агрегата се може једним делом осигурати контрола свих реалних токова репродукције. Њоме се може избећи и отклонити осцилаторност инфлаторних циклуса. Треба бирати средњорочно оријентисану монетарну политику, а не политику краткорочних шок-терапија монетарним рестрикцијама.

Осврт на околности у којима је стартовао Програм реконструкције монетарног система и економског опоравка земље, јесте покушај да се разјасне нека питања у вези са ценама. Програмом је остављена потпуна слобода привредним субјектима у формирању цена производа и услуга (изузев инфраструктурних и комуналних делатности); успостављен је стабилан девизни курс динара (одмерен према немачкој марки у сразмери 1:1); искључено је кредитирање привреде из примарне емисије; кредитни пласмани пословних банака условљени су искључиво за производњу која има потврду тржишта; плате и пензије у првим месецима примене програма биле су ниске, итд. То су биле повољне околности за редуцирање високог нивоа цена и њихово прилагођавање платежно способној тражњи становништва и привреде.

Најпродуктивнијим у примени програма се показују три групе мера: активирање одговарајућег асортимана робе из резерви са конкурентним ценама; интервентни увоз одговарајућих роба са конкурентним ценама и препорука пословним банкама да ускрате кредите предузећима која неоправдано подижу цене својих производа и услуга, изазивајући нестабилност и поремећаје на тржишту.

Нема дилеме у том смислу, да су кључни услов укупне привредне стабилности стабилне цене, чији општи ниво мора одговарати реалној материјалној снази становништва и привреде. Повећање производње, изналажење начина за повећање извоза, боља унутрашња организација предузећа и ефикаснија улога државе у стварању адекватног системског амбијента, су само нека, али крупна питања, која треба решити на путу доласка до стабилних цена и исто таквог привредног система.

Даљи раст производње, чак и у условима контролисане инфлације, има доста јаке ограничавајуће услове. Уз посебно топљење интерне конвертибилности динара, јавља се недостатак девизних резерви на потребном нивоу. Радикалан заокрет у повећању увоза и извоза се реално у скорије време не може очекивати и превисоко учешће социјалних трошкова и пореских захватања је евидентно.

Заговарати дестабилизацију монетарног система несигурношћу и неповерењем грађана у најновију домаћу новчану јединицу је ипак смешно. Елементи психолошке дестабилизације су присутни, они су остатак траума из прошлости (настали као резултат разноразних закидања и превара), али је њихова улога у дестабилизацији монетарног система ипак периферна. Разлоге за ту и такву дестабилизацију ипак морамо тражити и наћи у

реалној економској сфери (предузећима, банкама, тржишту, јавним финансијама и др.).

Званична статистика у октобру '94 бележи значајан пораст малопродајних цена од 7% и трошкова живота од 10%. То је био појавни облик претераног раста монетарне масе, преобимног кредитирања несолвентне привреде, израженог пораста зарада без покрића у продуктивности рада и изражено високих пореза.

Било чије и било какве изјаве да инфлације неће бити, јер нема штампања новца, нису уверљив и убедљив разлог за већину учесника у робном и новчаном промету. Прекинути и смањити штампање новца јесте потребан али не и довољан услов да инфлације неће бити.

Увођење извозних стимулација, свесно или несвесно, означава практично увођење двојног валутног курса. Једни су у ситуацији (као миљеници државе) да остварују екстрапрофите, док се за већину осталих затвара приступ светским токовима.

И ако су подаци о спољнотрговинској размени, у време спровођења санкција, практично постали државна тајна, не може се пренебрећи чињеница да извоза и увоза (каког - таквог) има. Део несреће се налази у томе што се девизни прилив не уноси у земљу нити се продаје централној банци преко рачуна у иностранству. Страна ефектива се "напољу" продаје потенцијалним увозницима по штицованом курсу или се, пак, увози роба која се на домаћем тржишту може продати по високим ценама.

У таквим околностима признати да је динар прецењен, не значи да је проблем решен. Страх од тога да би евентуална девалвација покренула инфлацију јесте оправдан али опет не помаже решење проблема двојног курса. Прецењена вредност домаће валуте у званичном паритету према другим валутама стимулативно делује на увозне токове.² Извозник је у неравноправном положају у односу на увозника (чак и у ситуацији када прихвата, најчешће недовољну стимулацију).

Подстицај извоза јавно и званично, добар је разлог страним земљама увозницима наших производа, да након укидања санкција уведу компензационе мере, чиме ће бити поништен ефекат извозних стимулација. Могућа је и примена антидампних мера због евентуалне сумње у смањење наших продајних цена.

У стручној јавности је у општини увођење пливајућег курса.³ Политика фиксног курса у условима санкција и истањених девизних резерви не може се одржати без рестриктивне монетарне политике или политике фиксних цена. Пливајући курс би, уз поштовање монетарних оквира, омогућио да се највећи део девизног промета врати у легалне канале без притиска на девизне резерве.

-
- 2 Увозник који купује страну ефективу од НБЈ по званичном курсу само том чињеницом остварује зарду у висини разлике званичног и штицованог курса
 - 3 Ово мишљење заступају експерти београдског Института економских наука

Постојање двојног или вишеструких курсева, значи прераспodelу у корист привилегованих делова привреде, а на дуги рок јача притисак на цене.

Последњих година значајним извором инфлације се јављао буџет федерације, финансиран добрим делом из додатне емисије. Изузетак у том погледу би била 1995. година, где је планирано да се са 82,3% буџета покрије приходом од пореза, а 11,9% таксама за излазак из земље и административним таксама. пројектовани расходи за 1995. годину су планирани на тај начин што 76,2% (или 7,5% од друштвеног производа) иде на Војску Југославије, а 23,8% (или 2,35% друштвеног производа) иде на остале намене, као што су трошкови савезних органа, инвалидско-борачка заштита и интервенције у привреди.⁴

Интервенције строго монетарног карактера на сасвим посредан начин и са задршком погађају јавну потрошњу. Инфлациони притисак може бити амортизован смањењем новчане масе, али ниво (пара) пореског оптерећења чини осворени притисак са аспекта јавне потрошње. Из тога није тешко показати да је количина новца у оптицају у директној функцији, поред осталог, и са издвајањем средстава за јавну потрошњу.

Инструменти кредитно-монетарне и фискалне политике би морали представљати основне полуге сваке тржишно конципиране економске политике. Између ове две политике постоји изражен однос међузависности, те је с тога садржај и ефекте једне политике потребно посматрати са аспекта последица на резултате друге политике. Конзистентност односа инструмената ове две политике треба да спречи монетизацију фискалне, односно фискализацију монете. Тачније, реч је о инфлационим тенденцијама које своју манифестацију доживљавају преко дефицитног финансирања јавне потрошње, а затим се монетарна политика ставља у функцију номиналног уравнотежења буџета.

Мора бити јасно да се антиинфлациона политика не може доследно водити без лимитирања обима и висине учешћа јавне потрошње. Немогуће је очекивати од монетарне сфере да она отклони номинални и структурни дефицит буџета. Ефекти фискализације монете, са одређеним закашњењем, по правилу резултирају инфлационим притиском.

Преко монетарно-кредитне политике долази до напајања јавне потрошње и у условима када одобени кредити привредном сектору служе за исплату зарада. Оптерећења зарада порезима и доприносима, у тој ситуацији кредите ставља у функцију алиментирања средстава за (пара) буџет, без реалног покрића. то је само аргумент за тврдњу да се антиинфлациона (монетарно-кредитна) политика само ограничено може водити без рестрикције биланса јавне потрошње.

4 Извор података: Економска политика, бр. 12/94, стр. 14

SUMMARY

MONETARY POLICY AND STABILITY OF THE ECONOMIC SYSTEM

Claiming that price changes are the consequence of a change in the nominal quantity of money is only partly correct. There is no firm and empirically proven relationship between the income no firm and empirically proven relationship can be changed by autonomous monetary measures. The classical theory of money and credits cannot explain the fact that reality and economic life are far more complex and complicated than they are interpreted to be by that theory. What is neglected in this case is the inflation of costs, as well as the structural, imports and psychological and other forms of inflation.

In the situation characterized by the existence of importation incentives and the practical existence of dual currency rates, one part of business entities are being favoured while the others are prevented from accessing international operations. Export incentives give the right to the counters importing our products, to publicly and officially introduce compensation measures after the lifting of the sanctions, as well as to introduce anti-damping measures.

The monetary sphere cannot be expected to eliminate the nominal and the structural budget deficit. By rule, the effects of fiscalization of currency result in inflationary pressures.

Мр Нина ПЛАНОВЕВИЋ,
асистент правног факултета у
Крагујевцу

РЕГУЛИСАЊЕ УЗАЈАМНИХ ОДНОСА ЕТАЖНИХ ВЛАСНИКА

Правно уобличавање етажне својине и регулисања међусобних односа етажних власника првенствено се врши законским одредбама, императивног или диспозитивног карактера. Али, да би етажна својина могла нормално да функционише, потребно је серију односа који настају између етажних власника и допуски регулисати посебним правним актом, који под условима одређеним законом, доноси сами етажни власници.

Потреба за доношењем једног оваквог акта је изазвана првенствено чињеницом, да законодавац не може све правне ситуације које у пракси настају предвидети и унапред регулисати, па закон увек има мање или више правних празнина. С друге стране, нека питања су такве природе, да не би било могуће законом их регулисати (нпр. конкретна расподела трошкова одржавања зграде на етажне власнике и сл.). Диспозитивне законске одредбе такође пружају могућност етажним власницима да споразумно измене решења закона.

Из свих ових разлога, нема државе у свету¹ у којој односи етажних власника нису додатно регулисани и посебним правним актом, који они сами доноси. Ипак, постоје значајне разлике између појединих правних система око садржине, дејства, начина или обавезности доношења, као и других питања, везаних за ове акте.

УДК:347.238.3

1 Ionasco A. „Coproprété par appartements et copropriété horizontale“, Académie internationale de droit comparé VIII-e congrès, rapport general, Pescara, 1970. год., стр. 17-18

Неопходност постојања акта, којим се регулишу међусобни односи етажних власника, је неспорна у земљама у којима законодавац врло уопштено и површно регулише етажну својину, као што је нпр. Белгија.² Ту ови акти регулишу и нека питања, која не би могла да се назову "допунском регулативом" и без њих пракса не може.

Даље, што је број диспозитивних законских решења, која се могу дерогирати вољом етажних власника већи - потреба за овим правним актом је такође већа, а њихова садржина богатија.

Ипак, поставља се питање, има ли уопште потребе за правним актом о међусобним односима етажних власника у државама, где су законска решења по овом питању врло детаљна, а одредбе углавном императивне (као што је нпр. Француска)? Одговор је и овде позитиван, јер докле год постоји и једно важно питање које етажни власници морају сами уредити, дотле је овај акт потребан. Друга је ствар што ће његова садржина бити оскудна. Уопште, код држава са детаљном императивном регулативом етажне својине, добро је то што омогућавају боље функционисање етажне својине, али је лоше што етажним власницима остављају мало простора за испољавање слободне воље. Пошто се оба ова циља не могу паралелно постићи, ствар је законодавца да предност да једном од њих.

а) Број и врста аката којима се регулишу узајамни односи етажних власника

Правни акт о међусобним односима етажних власника има различите називе у различитим државама, а понегде је предвиђено (алтернативно или кумулативно) доношење више таквих аката. У Француској, то је тзв. Правилник о сусвојини (*reglement de copropriete*), а у швајцарској - Правилник о коришћењу и управљању (*reglement d'utilisation et d'administration*).

У Белгији се кумулативно доносе Правилник о сусвојини и тзв. Прописи унутрашњег реда (*d'ordre interieur*), као и у англосаксонском праву *declaration* и "operating by-laws" или "administrative agreement".³

У Италији се алтернативно доносе или Правилник о сусвојини (*regolamento di condominio*) или Уговорни правилник (*reglement contractuel*), под различитим условима.⁴ У нашем праву, такође алтернативно, међусобни односи етажних власника се регулишу или општим условима или уго-

2 LumpensJ. „Compropiete par appartements et propriete horizontale en droit Belge", *Rapports Belges au VIII-e Congres international de droit compare*, Pescara-Bruxelles, 1970. год., стр. 191-193

3 Hazard J. „Compropiete par etages et horizontale (droit des Etats-Unis)", *Assotiation Internationale de Droit compare*, session d'ete, Pescara, 1968. год., стр. 6

4 Sacco, R. „compropiete par appartements et copropriete horizontale", *Congresso di Diritto Comparato, Relazione Nazionale Italiana*, Pescara, 1970. год., стр. 7

вором о узајамним односима (чл. 24. Закона о својини на деловима зграда). Нека питања, која се тичу међусобних односа етажних власника, регулисана су и уговором о међусобним правима и обавезама између стамбених зграда, које имају заједничке инсталације и уређаје (чл. 12а Закона о становању).

б) Обавеза на доношење

Све се државе, према природи обавезе етажних власника на доношење правила о међусобним односима, могу поделити у две групе.

У првој групи су државе, у којима је та обавеза етажних власника императивног карактера, као што је Француска, Југославија, Израел и Италија (за зграде где има више од 10 етажних власника).

У другој, већинској групи, су остале државе, у којима се та обавеза (и право) етажних власника или уопште не помиње или је диспозитивна, односно има карактер препоруке (Немачка, швајцарска, Белгија, Турска итд.). У пракси су ова правила постала неопходна, тако да је, чини се, боље решење о императивној обавези етажних власника на њихово доношење⁵ (не улазећи у питање да ли и њихову садржину закон треба императивно да утврђује), а све у циљу што ефикаснијег функционисања етажне својине.

в) Садржина

По питању садржине правила о међусобним односима етажних власника, постоје значајне разлике у решењима разних држава. Негде је та садржина веома оскудна, због бројних императивних одредби у закону (као што је случај у нашем праву), а негде врло богата (нпр. у Белгији, где етажни власници сами регулишу и питања која би закон требало да садржи - као и у другим државама, где је број диспозитивних законских одредби већи).

У закону о својини на деловима зграда (чл. 26. и 27.) - као и у француском закону из 1965. године - чак је императивно регулисано и шта све општи услови, односно уговор о узајамним односима морају да садрже. У другим земљама се садржина правила о међусобним односима регулише више примера ради или се, као у швајцарској, праве тзв. "узорне одредбе", из којих се види како би правила требало да изгледају.

Анализом решења по овом питању у правима разних држава, може се закључити да правила о међусобним односима етажних власника садрже, генерално, две групе клаузула.⁶

У првој групи су одредбе које чине тзв. "стварни статут зграде"⁷ и садрже:⁸ опис, намену и разграничење посебних од заједничких делова зграде;

5 Супротно мишљење има З. Стефановић "Етажна својина", маг. рад, стр. 116-117

6 Правила о међусобним односима не садрже у свим државама све те клаузуле

7 Limpens, J. нав. дело, стр. 191-193

8 набрајање је *exempli causa*

модус коришћења заједничких делова зграде; услове поседовања посебног дела у једној згради (ако их има); мере које се могу предузети према немарним етажним власницима (у америчком праву нпр.); ограничења у вршењу појединих овлашћења етажних власника (у немачком праву нпр.); расподелу терета и обавеза између етажних власника; питања везана за управљање зградом у етажној својини, ако то закон не регулише у потпуности (врсте и избор органа, начин одлучивања) итд.

У другој групи су одредбе које чине тзв. "лични статут зграде",⁹ које регулишу личне односе етажних власника и детаље свакодневнице (период грејања зграде, употребу лифта, чишћење димњака и сл.).

Одредбе које садрже правила о међусобним односима можемо још поделити на: 1) оне, које се тичу међусобних односа етажних власника док зграда постоји (а које се формирају захваљујући тесној и релативно трајној заједници живота у ограниченем простору једне зграде); и 2) одредбе, које регулишу међусобне односе етажних власника након престанка зграде (у многим земљама, закон не регулише ово питање или га регулише диспозитивно).

Садржинске границе правила о међусобним односима су како опште (императивне законске норме, добри обичаји, "јавни поредак", етичка правила, општи правни принципи...), тако и посебне. Једно од посебних ограничења у француском праву је нпр. да се Правилником о сувојини не могу за етажне власнике установити ограничења, већа од оних која су оправдана наменом, положајем и карактером зграде (може се радити о згради са трговачким, луксузним или становима за издавање),¹⁰ што је фактичко питање и установљава се за сваку зграду посебно. У ствари, забрањене су било какве рестрикције, које значе злоупотребу¹¹ (тако се нпр. одредба Правилника о санкцији за немарног етажног власника у виду искључења из заједнице, иако то закон не регулише, сматра у правној теорији "злоупотребном рестрикцијом", али установљивање права прече куповине стапа у корист етажних власника те зграде, или могућности добровољне продаје стапа на захтев заједнице је допуштена садржина Правилника).¹²

За разлику од француског, у италијанском праву се индивидуалним правима етажних власника могу одредити велика ограничења (у односу на оно што закон предвиђа), али само ако је у питању Уговорни правилник (*reglement contractuel*). Путем обавезног Правилника о сувојини, (за зграде које имају више од 10 етажних власника) који се не доноси једногласно, то није могуће, као ни у Француској.¹³

9 Limens, J. нав. дело, стр. 191-193

10 Marty, G. „Compropiete par etages et horizontale (droit Francais)„ Session de droit compare, Pescara, 1968. год., стр. 10-11

11 Ionasco, A. нав. дело, стр. 17-18

12 Marty, G. нав. дело, стр. 10-11

13 Sacco, R. нав. дело, стр. 7

У нашем праву, у општим условима (уговору о узајамним односима) морају (по чл. 26. Закона о својини на деловима зграда) бити одређени: посебни и заједнички делови зграде и обим и начин коришћења тих делова, а за породичне стамбене зграде још и начин управљања зградом и поједина питања одржавања, оправки и преправки, која етажни власници желе уредити другачије него што их уређују диспозитивне одредбе (чл. 19, 20. и 21 Закона). Нормално, општи услови би могли регулисати и друга питања, изузев ових обавезних (али законодавац оставља мало места за то).

Из анализе обавезних елемената садржаја општих услова, на први поглед се чини да они код нас регулишу иста она питања, која се сличним актима регулишу и у другим земљама. Али, кад узмемо у обзир да су питања управљања и одржавања стамбених зграда уопште (дакле и породичних) императивно регулисана Законом о становању из 1992. године; да кућни ред (а он садржи питања која се у другим земљама такође регулишу правилима о међусобним односима) доноси општина, по истом Закону, а не етажни власници; да се посебни делови зграде императивно одређују у чл. 1. Закона о својини на деловима зграда, а сви остали делови су, *argumentum a contrario*, заједнички - онда мало шта (изузев понављања решења већ садржаних у Закону) остаје етажним власницима да својом вољом регулишу општим условима.

Иако је у француском праву број императивних законских одредби велики (23 одредбе од укупно 48), ипак није тако велики као у нашем праву. Осим тога, одредба у француском Закону од 1965. године, по којој Правилник о сусвојини треба да наброји и разграничи посебне од заједничких делова зграде има смисла, јер француски законодавац не набраја таксативно посебне делове (као ми), већ само одређује критеријум (намена дела зграде) на основу кога ће етажни власници одредити шта се све у њиховој згради сматра заједничким, а шта посебним делом. Тамо Правилник није акт који само понавља законске одредбе, које јесу, као и у нашем праву (а за разлику од немачког или швајцарског права) претежно императивног карактера, али формулисане тако, да се постигла савршена равнотежа воље законодавца и етажних власника. Слично је и са императивним одредбама француског права око одржавања заједничких делова зграде.¹⁴ И ту је остављено довољно простора слободној вољи етажних власника.

Напротив, у нашем праву одредбе о општим условима, овако постављеним, немају много смисла. Истина је да наши општи услови треба да

14 Један од критеријума Закона из 1965. године за расподелу трошкова одржавања заједничких делова је мера њихове употребе - што се установљава правилником. Критеријум, дакле, јесте императиван, али и правилник је неопходан. Напротив, код нас је императивни критеријум за расподелу ових трошкова (однос површине стана и свих посебних делова зграде) таква, да етажни власници својом вољом више немају шта да регулишу

регулишу иста она питања која и у другим земљама регулишу правила о етажној својини - али се код нас уопште није водило рачуна о односу одредби Закона и општих услова, већ се њихове садржине преклапају. Чак ни то није било довољно, него је предвиђено (чл. 25. Закона о својини на деловима зграда) да општине доносе и оквирне прописе о садржини општих услова, а општински орган управе може ускратити одобрење на садржину општих услова, ако су у супротности са Законом или оквирним прописима општине. У нашем праву као да постоји страх од слободне воље етажних власника. Изгледа да је доношење општих услова у нашем Закону предвиђено више форме ради, да не будемо једина земља у свету без њих. Међутим, ми суштински јесмо једна од ретких земаља без правила о међусобним односима етажних власника, јер законодавац за њихову садржину једноставно није оставио простора. Кад бисмо консултовали статистику, видели бисмо да се у пракси општи услови у ствари и не доносе. Тако је настао парадокс: у земљи, где је доношење правила о међусобним односима етажних власника императивна обавеза - они се не доносе; а у државама где је то ствар слободне одлуке етажних власника - свака зграда их има.

г) Време и поступак доношења

Следеће важно питање је када се и по ком поступку доносе правила о међусобним односима етажних власника. У упоредном праву, њих доносе етажни власници најчешће унапред (као инвеститори зграде која се тек гради, или приликом деобе зграде на станове у етажној својини судским или споразумним путем, или у време прве продаје посебног дела). У Холандији нпр. доношење ових правила је предуслов за настапак етажне својине.¹⁵ Уколико се правила доносе претходно, она за етажне власнике важе од стицања стана у тој згради (али је правна природа оваквог акта спорна, јер превазилази домен уговарања).¹⁶ У Италији се правила, донета пре поделе зграде на станове, називају "reglement contractuel", и доносе се сагласношћу свих будућих етажних власника, а не на скупштини, као "regolamento di condominio".¹⁷

За већ постојеће зграде у етажној својини, ова правила се могу донети у било ком тренутку, када етажни власници то одлуче, а ако је доношење обавезно (као нпр. у Француској) онда у одређеном року.

За доношење правила тражи се или сагласност свих етажних власника или правила доноси скупштина, као орган заједнице, већински. Тражена већина је или квалификована (у Француској или Италији - за regolamento di condominio) или обична већина (у Немачкој или швајцарској нпр.); негде

15 Ieyser, J. „The ownership of flats-a comparative study“, The International and Comparative Law Quarterly, v. 7, Pt-I, 1958. год., стр. 40-41

16 Ionsco, A. нав. дело, стр. 17-18

17 Sacco, R. нав. дело, стр. 7

само по броју етажних власника, а негде и по вредности делова. Постоји и могућност обраћања суду, ако се прописана већина не постигне (нпр. у Италији - за *regolamento di condominio*, или у Француској), а доношење правила је обавезно.¹⁸

У нашем праву, међусобни односи етажних власника се уређују општим условима, које могу допети приватни власник, инвеститор или општина (или други корисник зграде) - дакле не сами етажни власници - кад захтевају укњижење етажне својине на свим посебним деловима зграде (чл. 25. ст. 1 Закона). Ако они то не учине, или ако се у режим етажне својине не преводe сви, већ само неки (или један) посебни делови зграде, међусобни односи се морају уредити уговором, на основу кога сопственик преноси својину на посебном делу етажном власнику (чл. 27. Закона). Одредбе о узајамним односима етажних власника не морају и технички бити саставни део самог уговора о преносу својине, већ могу бити засебан правни акт. Општи услови су обавезни за све етажне власнике једне зграде (чл. 25. ст. 2. Закона), а уговор о узајамним односима има "правно дејство и према доцнијим прибавиоцима других посебних делова исте зграде" - ако они нису учествовали у његовом формулисању, већ само власник зграде и први етажни власник (чл. 28 Закона).

Дакле, и по Закону о својини на деловима зграда међусобни односи етажних власника, као и упоредном праву, могу бити регулисани при заснивању етажне својине (општим условима или уговором о узајамним односима) или касније, ако је то пропуштено, али овога пута само уговором о узајамним односима. Ова два акта, и ако различитих назива, имају идентичну садржину (чл. 27. ст. 2. Закона).

Међутим, оно што значајно разликује наше решење од упоредно - правног је чињеница, да међусобне односе етажних власника не регулишу сами етажни власници! Опште услове или уговор о узајамним односима не доносе ни сви етажни власници споразумно ни њихова скупштина неком прописаном већином, већ бивши власник, корисник зграде или инвеститор, дакле лица која немају апсолутно никакав (ни правни ни било који други) интерес да се баве регулисањем узајамних односа неког другог, тј. етажних власника. То је за њих губитак времена, па се зато ови општи услови у пракси често и не доносе. Чак и ако бивши власник зграде (ако је у питању појединац) задржи један стан у њој за себе - зашто би он имао право да самостално донесе правила, којима регулише међусобне односе свих етажних власника. Исти приговор се може упутити и решењу, по коме се уговор о узајамним односима закључује између власника зграде и једног етажног власника, а важи за све будуће етажне власнике, који у тој згради буду стицали станове.

Још апсурднијим ово решење чини ст. 1. чл. 25 Закона, по коме се општи услови доносе при укњижби етажне својине на свим посебним деловима

18 Sacco, R. навед. дело, стр. 7 Marty, G. навед. дело, стр. 10-11

зграде. Да би се тражила укњижба, нормално је да се претходно закључује уговор о купопродаји са будућим етажним власницима (као *iustus titulus*), па је могуће да етажни власник купи стан у згради, и не знајући за садржину општих услова који га обавезују. За овакво фаворизовање продавца стана мора постојати озбиљан разлог, али заиста није јасно који би то разлог био.¹⁹

Нацрт закона о праву својине и другим стварним правима Србије предвиђа да се међусобни односи етажних власника регулишу само једним актом, уговором о узајамним односима, а његова садржина је одређена (чл. 179.) исто као у Закону о својини на деловима зграда. Ново решење у Нацрту тиче се начина доношења уговора о узајамним односима (чл. 180). Уговор доносе једногласно сами етажни власници (а не неко трећи, као по Закону о својини на деловима зграда). Ако се једногласност не може постићи, спорна питања ће уредити ванпарнични суд на захтев етажних власника, а привремено ће се на њихове међусобне односе примењивати оквирни прописи које доноси скупштина општине. Ово решење је знатно боље од решења Закона о својини на деловима зграда.

д) Форма

И општи услови и уговор о узајамним односима су строго формални акти. Поред писмене форме, Закон захтева за уговор о узајамним односима да потписи уговарача буду оверени од стране надлежног органа²⁰ (под претњом ништавности), а општи услови морају бити поднети на одобрење општинском органу управе, који контролише њихову садржину (чл. 25. и 27. Закона).

ђ) Правно дејство

Одредбе општих услова и уговора о узајамним односима имају, по самом Закону (чл. 30.), и без уписа у јавне књиге, стварноправно дејство, тј. важе и за све правне следбенике етажних власника (при чему се не прави разлика на универзалне и сингуларне сукцесоре). По општим правилима имовинског права, сингуларни сукцесор не би требало да ступа у сва права и обавезе правног претходника, али за овај случај та правила су искључена.

У упоредном праву, питање дејства правила о међусобним односима етажних власника није свуда законом изричито регулисано, као код нас. У Белгији, нпр. закон не регулише ово питање, али се у правној теорији сматра²¹ да клаузуле, које се тичу саме ствари (оно што се зове "стварни

¹⁹ Стефановић, З. нав. дело, стр. 112

²⁰ То предвиђа и чл. 181 нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима Србије

²¹ Limpens, Ј. нав. дело, стр. 191-193

статут зграде") важе и за правне следбенике, а остале клаузуле (лични статут зграде), само ако су им при закључењу уговора о купопродаји саопштене. Сматра се да је најбоље све клаузуле, које треба да важе *propter rem* уписати у јавне књиге, јер судови, кад дође до спора, тешко разликују ове две врсте клаузула.

У Француској је дејство Правилника такође спорно. Најпре се развила дискусија колико је добро да одредбе Правилника, који је усвојен већином гласова у Скупштини, буду обавезне и за етажне власнике који су гласали против, тј. да ли његове одредбе треба да имају стварноправни или лични карактер. Преовлађује став у прилог првог решења. Што се тиче положаја правног следбеника, битно је да ли је извршено "јавно оглашавање" (*publicité du règlement au fichier immobilier*) Правилника или не. Ако јесте - сматра се да је нови титулар имао сазнање о садржини Правилника и да га он обавезује. Ако јавног оглашавања Правилника није било, потребан је изричит пристапак правног следбеника на обавезе из њега. Закон из 1965. године по овим питањима није довољно јасан, па су тумачења неопходна, сматра се у правној теорији, али у пракси нови етажни власници обично пристају, изричито или прехутно, на садржину Правилника.²²

У већини правних система ипак, да би правила о међусобним односима етажних власника важила и за правне следбенике, потребно их је уписати у јавне књиге.²³

е) Садржинске измене

Што се тиче могућности за накнадне измене правила о међусобним односима етажних власника²⁴, Закон о својини на деловима зграда (чл. 31.) предвиђа да је то могуће, али уз писмени пристапак етажних власника чијих се права та измена тиче. Измене општих услова и уговора о узајамним односима не врше лакше сами етажни власници, већ субјекти који те акте и доносе (бивши власник, општина, други корисник зграде или инвеститор, односно лица која су закључила уговор о узајамним односима). Ово решење Закона о својини на деловима зграда је потпуно неприхватљиво. Етажни власници најпре пишу овлашћени да доносе опште услове (уговор о узајамним односима) који их обавезују, а затим још морају трпети њихове измене од стране субјеката који немају никаквог интереса за регулисање односа у једној згради која више није њихова (грађење писменог пристапка од одређених етажних власника је једина брана самовољи ових субјеката).

Поред самовоље, други, већи проблем може бити незаинтересованост овлашћених лица (што је најчешћи случај) за измене општих услова - уговора о узајамним односима, чак и онда кад су оне неопходне. Неки правни

22 Marty, G. нап. дело, стр. 10-11

23 Leyser, J. нап. дело, стр. 40-41; Sacco, R. нап. дело, стр. 7

24 Под изменама се вероватно подразумевају и допуне

писци се знатно залажу за широко тумачење чл. 31., сматрајући да би у таквим ситуацијама етажни власници, ако су сви станови у приватној својини, могли сами споразумно изменити ове акте. У прилог оваквог тумачења²⁵ наводи се посебно ст. 2. чл. 31, који даје могућност већини етажних власника да се предлогом обраде ванпарничном суду ради измена општих услова, односно уговора о узајамним односима које сматрају потребним, уколико се поједини етажни власници противе тим изменама (или не дају писмену сагласност из чл. 31 ст. 1. Закона). Суд ће позитивну одлуку донети ако измене процени целисходним и оправданим.

Судска пракса је заузела став, по коме ће одлука ванпарничног суда моћи да замени опште услове или уговор о узајамним односима чак и ако они уопште нису донети (а не само кад су у питању измене):

"Уколико општих услова или уговора о узајамним односима нема, а странке не могу да се сложе око начина коришћења (перионике рубља - примедба Н.П.) и закључења уговора о узајамним односима (... а право тужених да искључиво користе наведену просторију могло би се заснивати само на једном од ова два акта...), треба им дати могућност да своје односе регулишу судским путем. Као најпогоднији начин регулисања ових односа је ванпарнични поступак, по аналогiji из чл. 31. наведеног Закона..." (Окружни суд у Н. Саду, Гж 1214/66).²⁶

Неки аутори сматрају,²⁷ да би право на тражење измена општих услова или уговора о узајамним односима судским путем требало признати сваком етажном власнику, а не везивати га за вољу већине, јер се може десити да овим актима (на чију садржину етажни власници обично нису утицали) буде повређено право само једног етажног власника или мањине (која може да поседује већи део зграде).

Измене општих услова и уговора о узајамним односима се врше у истој форми као кад се ради о њиховом доношењу.

По Нацрту закона о праву својине и другим стварним правима Србије (чл. 182.), као што се уговор о узајамним односима доноси споразум свих етажних власника - тако се њиховом једногласном одлуком и мења, уз могућност обраћања ванпарничном суду од стране једног или више етажних власника. Ово је одлично решење, које би што пре требало да постаје и позитивноправно.

У упоредном праву се за измену правила о међусобним односима етажних власника обично тражи њихова једногласна одлука, донета на Скупштини. За измену појединих одредби ових правила, довољна је и већинска одлука (обична или посебна већина), нарочито ако су измене оправдане и не шкоде ником од етажних власника. Извесне одредбе правила

25 **Фишгар**, А. Коментар Закона о својини на деловима зграда, Београд, 1960. год., стр. 265

26 "Збирка судских одлука", књ. 13, св. 1, Београд, 1968. године

27 **Стефановић**, З. нав. дело, стр. 112-113

се, међутим, одлуком скупштине уопште не могу променити (нпр. у Француској тако се никад не може променити намена и начин уживања посебног дела).²⁸ Етажни власници се могу обратити суду, ако у било ком смислу нису задовољни одлуком Скупштине (могу бити незадовољни зато што одлука о изменама није донета, али и зато што је донета).²⁹

Добро би било и у нашем праву, обзиром да сва питања која се могу регулисати правилима о међусобним односима нису истог значаја, предвидети различита правила о поступку за њихову измену.

На крају бих напоменула, да ни сам назив "општи услови" код нас није најрећније одабран (обзиром да се обично доносе после закљученог уговора о купопродаји стана - или се уопште не доносе - то нису општи услови познати у облигационом праву, на основу којих се закључују тзв. формуларни уговори). Термин "уговор о узајамним односима" много више одговара, под условом да га заиста доносе етажни власници споразумно. Али, ако се његове одредбе могу доносити или мењати већином гласова или судским путем, требало би усвојити неки адекватнији назив, нпр. "правила о међусобним (или узајамним) односима етажних власника".

SUMMARY

REGULATION OF MUTUAL RELATIONS AMONG APARTMENT OWNERS

The legal formulation of apartment ownership and regulation of mutual relations among apartment owners is provided primarily by legal provisions of an imperative or a dispositive character. However, in order to provide for a normal functioning of the series of relations existing among apartment owners it is necessary to provide additional regulations in the form of a special legal act which should be enacted by the owners themselves, under the conditions stipulated by the law.

28 Marty, G. нав. дело, стр. 10-11

29 Ionasco, A. нав. дело, стр. 17-18

In her article, the author analyses the manner in which mutual relations among apartment owners are regulated in our country as well as elsewhere in the world. In that context, she elaborates in detail on the issues relating to the special legal act on the basis of which apartment owners regulate their mutual relations independently, namely: the obligatory character of that act and the procedure for its adoption, its name, form and contents, as well as the procedure required for its amending and the legal effect of the act. Discussing this, she offers a critical review of the inadequacy of the legal solutions adopted in our legal system with respect to these issues (particularly the solutions concerning the procedure of enacting and amending the act and those concerning its contents) offering numerous proposals for the regulation of this subject *de lege ferenda*, based on a comprehensive analysis of comparative legal solutions.



Др Предраг СТОЈАНОВИЋ
професор правног факултета у
Крагујевцу

Проф. др Гинтер Питнер:

КОМУНАЛНО ПРАВО БАДЕН-ВИРТЕМБЕРГА

Наслов оригинала:

Prof Dr Günter Püttner:

KOMMUNALRECHT
BADEN-WÜRTTEMBERG,
Boorberg Verlag,
Stuttgart - München -
Hannover - Berlin -
Wimar, 1993

Проблем организовања јавне управе на комуналном нивоу актуелизован је у СР Немачкој после уједињења од 3. октобра 1989. године. До тада два потпуно различита система јавног, а тиме и комуналног права функционисала су такође дивергентно одвојеним методама. Факт уједињења и уједначавања читавог правног система имали су за последицу не само прилагођавање комуналног права тзв. "нових земаља" постојећем правном систему у Западној Немачкој, већ и разматрање ефикасности истог тог система. Како се у СР Немачкој велика пажња придаје не само јавној управи уопште, већ и нарочито, комуналној управи и самоуправи, у последњих неколико година се у немачкој литератури појавио читав низ монографија, студија, пројеката и коментара посвећених систематизацији комуналног живота како у "новим" тако и у "старим земљама" немачке федерације.

Књига проф. Питнера једног од најугледнијих и најпознатијих аутора из области јавног права, шефа истоимене катедре на Правном факултеру у Тибингеру, уџбеничког је карактера. Конципирана је такође, и као релевантни теоријски подсетник за правнике - практичаре, са позивањем на важећу легислативу и остале, теоретске изворе.

"Комунално право Баден-Виртемберга" обухвата 183 странице текста. У оквиру тог волумена обухваћено је: а) једна страница - предговором аутора, б) четири странице - садржајем књиге, ц) три странице - објашњењем скраћеница, неопходним са аспекта духа немачког

језика, д) једна страница - систематизацијом извора за ову књигу, е) стотинуседамдесет страница - изворним садржајем и ф) седам последњих страница - предметним регистром појмова. Каталогизацијска ознака књиге је ISBN 3-415-01824-5.

Изворни текст је на седам одељака: 1) Комунална самоуправа у систему науке о држави (*Die kommunale Selbstverwaltung im Staatswesen*). 2) Поједине самоуправне заједнице (*Die Selbstverwaltungskörperschaften in einzelnen*). 3) Комунални устав (*Kommunalverfassung*). 4) Комунална управа (*Kommunalverwaltung*) 5) Комунални задаци (*Die kommunalen Aufgaben*) 6) Комунално финансијско и буџетско право (*Kommunales Finanz - und Haushaltsrecht*) и 7) Међукомунална сарадња (*Interkommunale Zusammenarbeit*)

Први одељак у коме аутор одређује место комуналне самоуправе у систему Науке о држави, смештен је на једанаест страница са следећим тематским акцентима: однос између самоуправе и државне управе, општине и окрузи као носиоци самоуправе са посебним освртом на систем окружне управе, подручне комуналне реформе и њихови резултати, заштита комуна кроз гаранцију о самоуправи државног устава, заједничко деловање месних самоуправа.

Други одељак (стр. 31-70) приближава читаоцу поједине самоуправне заједнице. У форми јасно издвојених тематских пододељака овде су посебно објашњени: носиоци комуналне самоуправе, општине и окрузи као територијалне заједнице, категорије становника, грађана и почасних службеника, право издавања уредби и остала овлашћења самоуправних заједница, самоуправна заједница у приватноправном дејству, право представљања заједнице, као и право комуналног надзора.

У трећем одељку (стр. 70-102) проф. Питнер се бави проблемима комуналног устава, што би, по значењу у важећем југословенском правном систему оговарало појму комуналног статута. Овај, најдужи део текста садржи следеће тематске одреднице: основе комуналних статутарних система, комунални избори и избор градоначелника, општински одбор и његови закључци, градоначелник и његови сарадници, градски квартави и управа месних заједница, решавање питања сукобљених интереса кроз статутарне одредбе.

Четврти одељак, на двадесетчетири следеће странице, посвећен је капиталним питањима комуналне управе. Са аспекта јавног права уџбенички минуциозно обрађене су следеће проблемске области управа у општинама и окрузима, типови јавних установа, комуналних предузећа и служба комуналне правне помоћи.

Комунални задаци (стр. 126-139) обухваћени су разматрањима у петом одељку. Аутор је најпре одредио границе комуналних задатака, потом границе самоуправних задатака, потом оквир задатака који припадају општини и округу по самој њиховој природи заједнице затим оквир задатака које виши органи власти поверавају по изузетку органима општина или округа, и на крају овог одељка, изложен је, укратко, однос комуналних

задатака и комуналног планирања. Проф. Питнер је, на овом месту, такође назначио и легислативне и финансијске правне деловања у процесу испуњавања јавних задатака.

На тај начин је успостављена логична веза између петог и шестог (стр. 139-158) одељка, у коме је изложена проблематика теоријских основа комуналног финансијског и буџетског права. Посебно су наглашени: комунални издаци у односу на институцију финансијског аранжмана, комунална буџетска привреда, комунална имовина и комунални дугови, као и касена, рачунска и општа контрола прихода и расхода.

Седми одељак (стр. 158-177) посвећен је основним питањима интеркомуналног заједничког деловања: циљевима, форми и простору међукомуналних дејстава, циљном удруживању комуна, јавноправним комуналним споразумима, осталим формама заједничког деловања и регионалним облицима комуналних установа. Овај одељак уједино представља завршни део текста.

Стил проф. Питнера суштински потенцира уџбенички карактер овог текста. Он је јасан, недвосмислен, за немачки начин писања са неубицајено краћом реченицом, са јасно изложеним круцијалним појмовима и прецизним упућивањем на легислативне и теоријске изворе. Релативно мали број фусота за књигу оваквог садржаја (између 20 и 30 по одељку) упућује на несумњив закључак да аутор потпуно суверено влада материјом коју излаже. Позната "сувопарност" материје јавног права уопште у овом тексту је избегнута врло елегантном ауторском минуциозношћу.

Посебну вредност овог уџбеника представља начин излагања материје. Сваком од укупно 485 појмова изложених кроз текст, проф. Питнер је посветио по један пасус, чиме је омогућено не само брзо и јасно појмовно прихватање на факултетском основном курсу, већ је и заинтересованим практичарима остављена могућност да, кроз предметни регистар, врло ефикасно задовоље своје потребе у смислу освежења знања из предметне материје.

На вечито питање "читати или не читати" одговор је врло јасан: читати са задовољством. Вишевековна немачка управна и самоуправна искуства, кондензована у њиховом савременом комуналном праву, конкретизована су у овој књизи која читаоца провоцира да се заинтересује детаљније за проблеме који су енциклопедијски дати. Наглашена веза између Управног права и јавних финансија, пенаметљиво јасно проткана кроз овај текст, још један је разлог да заинтересовани за јавноправну проблематику покушају да дођу до овог вредног извора. И на крају, потребно је нагласити да се у овом тексту учи о комуналном праву Баден-Виртемберга, немачке федералне јединице са највећим привредним потенцијалом. Управо због тога је важно знати који су управни и финансијски модели ефикасни у свакодневном животу, како би се избегли непотребни експерименти, којима смо ми, на овим просторима, на жалост врло склони.

Др Иван ЧУКАЛОВИЋ
доцент правног факултета у
Крагујевцу

Приказ књиге:

ГЕНОЦИД У
ЈУГОСЛАВИЈИ У
СВЕТЛОСТИ
МЕЂУНАРОДНОГ
ПРАВА

проф. др Смиља Аврамов
Београд, 1992.

Завршетак хладног рата и распад досадашњег концепта равнотеже силе, створио је политички а самим тим и правни вакуум на терену међународних односа. Двојни аршини у светској политици, медијска кампања неслућених размера и историјске околности, довели су на просторе бивше Југославије је дан од најстрашнијих грађанских ратова. И како је он пролазио све више су почели да се употребљавају термини које рат носи: геноцид, хомоцид а и нове кованице типа - етничко чишћење.

Већина радова која се појавила у овом тренутку са темама рата и његових последица, остајало је у домену документарног, све док се у издању "Политике" 1992. год. није појавило капитално научно дело проф. др Смиље Аврамов - Геноцид у Југославији у светлости међународног права. Ова књига чита се два пута. Први пут у једном даху, јер обиље домаћих и страних докумената, које је аутор годинама скупљао по разним архивима, читаоца не остављају равнодушним, јер много тога о чему се само нагађало, сада је у овој књизи обелодањено јасно и документовано. Други пут, дело се чита темељито, јер читалац откривајући сегмент по сегмент улази у страшне тајне суштине и корена геноцида.

А снажи се у овако компликованом проблему, почев од теоријских објашњења, зашто само код човека нема инхибиторних механизма против убијања припадника сопствене врсте, па до анализе зашто је геноцид на тлу бивше Југославије специфичан, било је

заиста тешко. Зато је и право умеће аутора, што је успео да читаоце води веома вешто, од историјских околности до проучавања карактеристика геноцида у појединим крајевима, уз стално ослањање на теорију и документе, да би тек у закључку кад се мозаик споји са свих страна, читалац схватио позадину овог појма.

Дело проф. др Смиље Аврамов "Геноцид у Југославији у светлости међународног права", подељено је у два дела.

У првом, који је подељен на три главе, обрађује се историјски осврт на масовна уморства у прошлости, конституисање геноцида као међународног кривичног дела и теоријски осврт на ову појаву са социолошког, теолошког, психолошког и антрополошког аспекта.

Аутор полази од поставке да су организована уморства са циљем уништења целог народа, везана још за период ране историје, да би се слично поновило у средњем веку са периодом инквизиције, колонизације Америке и турских освајања, чији циљ није био разарање војне силе непријатеља, већ су "ишли даље од тога ка тоталном поковавању... или пак физичком истребљењу".

Нажалост, позивајући се на обилну архивску грађу, аутор долази до закључка да су планирана масовна убиства бројнија у XX веку него у било ком другом периоду историје, јер је према твђењу британског социолога Елиота од 1900. год. до 1970. год. убијено сто милиона људи.

У другој глави, акценат је на међународноправном аспекту геноцида, на проблемима дефинисања, правне одговорности и тумачењу конвенције, али је најзначајнији део обрада разлике између геноцида и других облика масовних уморстава, као што су: масакр, злочин против човечности, ратни злочин, холокауст. Од свих поменутих облика, геноцид се одликује тиме што је то припремљена акција са одређеном намером и дугорочним циљевима, а то је уништење неког народа или групе. Овом појму најсличнији је холокауст, који је у ствари само виши степен геноцида и значи тотално уништење.

У трећој глави, која је посвећена теоријском појму геноцида, анализом различитих приступа овој проблематици, аутор покушава да открије узроке тог злочина над злочинима, везујући његову суштину за уверење починиоца да масовно одузимање живота води остварењу датог политичког циља.

Да би се схватио геноцид, потребно је анализирати теоријске и емпиријске предуслове колективног насиља, антрополошке и психолошке карактеристике, утицаја религије и сл., па на основу свега цитирати геноцидну личност као застрашујуће биће, несвесно свог терора.

Други део овог дела, у првој глави расветљава карактеристике геноцида на нашим просторима, док је глава друга посвећена особеностима геноцида на тлу НД Хрватске, који је по својим одликама специфичан, аутентичан, са дубоким религијским и психолошким цртама.

У првој половини другог дела, аутор пажљиво анализира злочине над становништвом на појединим окупационим подручјима. Иако је геноцид у

крајњем резултату јединствен, тек његово детаљно проучавање показује какве су разлике од случаја до случаја. На немачком окупационом подручју, примењиван је доследно план из Берлина, оличен у заповест генерала Кауфлајша "да сваки отпор буде слоњен са безобзирном оштрином", или у наређењу команданта за југоисток да "се у случајевима саботаже, смртне казне врше вешањем".

Сви злочини које су чинили Немци, вршени су рутински, масовна убиства су била свакодневна појава, али су у суштини ти злочини више слични масакрима него геноциду, јер је мотивација била војностратегијска, а у заштитена лица чија је погИБија повлачила мере одмазде, укључене су и квислиншке снаге, тј. и лица српске националности.

На Косову и Метохији ситуација је битно различита. Овде је геноцид извршен у хаотичним околностима ратне окупације и анексије. Албански комунисти и националисти били су на истом задатку - етнички чисто Косово.

Злочини су чињени како од стране домаћих Албанаца, тако и од странскачких чета. Италији која је окупирали део овог подручја, не може се приписати геноцидна политика, али је то била суштина албанских поступака. Италијански дипломата Карло Умилта био је шокиран мржњом Албанаца који по њему желе да истребе све Словене.

У позадини злочина нацистичке Немачке налази се антисемитизам, а корени геноцида на Косову су у агресивности једне младе нације и њеног очајничког покушаја бекства од беде кроз експанзију у суседне земље.

И злочини Бугара и Мађара, неминуемо намећу закључак да су злочини које су они вршили на својим окупационим подручјима ушли у категорију ратних злочина и злочина против човечности, али је та политика ипак била геноцидна, јер је имала за циљ истребљење српског народа кроз исељавања и погроме, мада је мађарска влада упозоравала да злочиначки акти могу тешко да оптерете однос два народа и да није мађарски интерес да се Срби са мржњом односе према Мађарима.

Највећи део посебног проучавања геноцида односи се на геноцид у НДХ, који је по суштини и карактеру особен, по масовности и резултатима огроман, по бестијалности незабележен.

Његова појава везује се за планове сачињене још пре рата, за заједнички прећутни споразум хрватских комуниста и усташа. Поводом Брозовог одласка из Загребa у Београд, Еуген Кватерник је приметио: "Нисмо могли пронаћи бољи извоз за Србију. Срби ће то платити у наредних двадесет година". Директне везе на линији: Ватикан, НДХ, Јосип Броз, створиле су мрачни троугао који је Србима донео ужас. А где су корени овог геноцида? Још је Хитлер говорио за Хрвате да је то један незрео и вероломан народ. Своју НДХ нису створили, већ им је додељена од Немаца и у доказивању кроз стравичне злочине над Србима, уствари су доказивали себи и другима да заслужују своју државу.

У осветљавању хрватске геноцидне политике, аутор детаљно проучава утицај Ватикана, који је био од великог значаја. Уједињењем Италије и

распадом Аустроугарске истински ослонац Ватикан је тражио у Хрватској са захтевом да се обезбеди примат канонског права, па док су фашизам и националсоцијализам биле политичке религије, устанство се ставља у положај духовног вазалства у односу на Ватикан.

Да је геноцид над Србима у Хрватској био смишљен процес, говори и ауторова анализа структуре НДХ, припрема за геноцид, методи извршења, узроци и мотиви.

Тек онда када се сви ови делови споје, на површину излази састављен мозаик геноцида и поново се враћамо са данашњих дана на учења Анте Старчевића и његова србофобична размишљања која су постала део званичне хрватске политике.

Дело оставља само једну дилему, где је крај геноцидним намерама, али све остало што чини суштину овог појма прво је растављено, изанализирано са свих страна а затим поново спојено. Метод је морао да буде такав, поштуан и систематичан, и после читања дела геноцид као део људске историје изгледа још страшније.

Сама чињеница да аутор открива особености сваког посебног геноцида на одређеном подручју, ствара утисак да се геноцид множи, али на крају се све то вешто затвара у магични круг смрти, па читалац пред сопственим дефинисањем овог појма налази се пред загонетком: да ли га дефинисати растављено или јединствено, да ли га прилагођавати свакој ситуацији или му дати опште оквире, а аутор му је пружио и једну и другу могућност.

Овако сложен и тежак задатак, почев од дефинисања до суштине геноцида и његових особености на тлу Хрватске, аутор вероватно не би успео да успешно приведе крају, да се није ослонио на импозантно обиље грађе, прибављено у најпознатијим светским архивима и на читаво брдо одабраних дела из свих области, које и најмање осветљавају овај проблем.

Дело је сувише озбиљно и тешко и вероватно би остало блиско само ужем кругу научника да није писано изванредним стилем, лаким, народним језиком и на тај начин постало приступачно сваком ко жели да нешто више сазна. Ретко може да се деси да једно дело буде и научно и документарно а у исто време и читљиво. Аутор овог дела је успео у томе.

Ако желите да сазнате нешто ново да нађете одговоре на садашња збивања и ако сте спремни да после обиља података морате да се замислите и вероватно себи поставите многа питања на која ћете у овом делу пронаћи и одговоре, прочитајте "Геноцид у Југославији у светлости међународног права", проф. др Смиље Аврамов.