

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Мр Рајка М. Пековић

**ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ У ОПШТЕМ
ИМОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ ЗА
КЊАЖЕВИНУ ЦРНУ ГОРУ И ЊИХОВА
ПРИМЈЕНА ИЗМЕЂУ ДВА СВЈЕТСКА
РАТА (1918 – 1941. ГОДИНЕ)**

Докторска дисертација

Београд, 2016

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Mr Rajka M. Pekovic

**THE OBLIGATION RELATIONSHIPS IN
GENERAL PROPERTY CODE FOR
PRINCIPALITY OF MONTENEGRO AND
THEIR APPLICATION BETWEEN TWO
WORLD WARS (FROM 1918 TO 1941
YEAR)**

Doctoral dissertation

Belgrade, 2016

Кандидат: Мр Рајка Пековић

Ментор: Др Жика Бујуклић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

Чланови комисије: Др Драган Николић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Владимир Вулетић,
доцент Правног факултета
Универзитета у Београду

Датум одбране:

**НАСЛОВ: ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ У ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ
ЗАКОНИКУ ЗА КЊАЖЕВИНУ ЦРНУ ГОРУ И ЊИХОВА ПРИМЈЕНА ИЗМЕЂУ
ДВА СВЈЕТСКА РАТА (1918-1941. ГОДИНЕ)**

Резиме:

Докторска дисертација „Облигациони односи у Општем имовинском законнику за Књажевину Црну Гору и њихова примјена између два свјетска рата (1918-1941. године)“ бави се материјом облигационог права у Општем имовинском законнику (1888). Имајући у виду да скоро половина норми овог Законика (који има 1031 члан) регулише материју облигационог права, у раду није било могуће приказати цјелокупан систем тих норми већ је услиједила анализа најзначајнијих питања. У том смислу посматрао се сам начин излагања норми облигационог права у Општем имовинском законнику, а након тога је било потребно приказати ко је могао учествовати у правном промету и који су били основни инструменти тога промета.

Овим радом ће се сагледати како је Богишић посредством Имовинског законика уградио модерна рјешења европског права у правни систем земље у којој је до тада доминирало обичајно право. Богишићев метод рада је показао најбоље резултате управо у сегменту облигационих односа. Имајући то у виду, у раду је извршена анализа посматраних норми на два нивоа, теоријском и практичном. Наиме, након нормативне анализе појединих норми освијетлило се њихово поријекло, а након тога и степен примјене у пракси.

Први дио рада бавио се општим питањима која су везана за временско и просторно важење Општег имовинског законика. Након тога услиједило је одређивање самог појма уговора у Имовинском законнику уз дефинисање услова који су били неопходни за настанак пуноважног уговора. Особито мјесто је заузело одређивање уговорног капацитета дјелимично способних лица, Куће и удатих жена. Дошло се до сазнања да су промјене у положају ових лица биле последица све присутнијег индивидуализма. Норме Законика о сагласности воља

и предмету облигације нијесу садржале неке специфичности. Када је у питању форма уговора, евидентан је претежно модеран приступ Имовинског законика.

У глави која говори о средствима обезбјеђења облигација обрађени су јемство, капара и уговорна казна и приказана је еволуција ових установа од норми обичајног права, преко Имовинског законика па до позитивних рјешења. Јемчева обавеза је била акцесорна, субсидијерна и давала му је могућност намирења од дужника чији дуг је исплатио. Када су у питању капара и уговорна казна примећује се тежња да се у значајној мери заштити она страна која је остала верна уговору што даје особит значај овим средствима обезбјеђења у пракси. У посебној, трећој глави, посматрано је неизвршење уговора и последице неизвршења. У овом сегменту се посебно огледа модеран карактер рјешења Имовинског законика који нормира једнострану раскид уговора због неизвршења. Истиче се да грађански законици који су се примјењивали на територији Краљевине Југославије, изворно, нису познавали таква правила.

У трећем дијелу дисертације се даје општа слика о осталим чињеницама које су по правилима Имовинског законика могле довести до настанка дужничко-повјерљачког односа. Проузроковање штете као посебан извор облигационих односа данас има исти значај као и уговор. Ипак, у вријеме доношења Имовинског законика примат је имао уговор што се јасно огледа у броју норми које су биле посвећене овим изворима. У сваком случају, приликом одређивања одговорности за надокнаду штете Имовински законик је био претежно на позицији субјективне одговорности, одговорности за кривицу. Мада, Имовински законик је познавао и одговорност која се базирала на правичности. Објективна одговорност за опасне ствари и дјелатности није била нормирана и Законик није оставио могућности да се о томе полемише, као што је то било могуће поводом норми Српског грађанског законика. Предмет даље анализе у овом делу су незвано вршење туђих послова и неоправдано корисовање туђим. Ова два посебна извора облигација била су предвиђена како би се заштитило постојеће стање у имовинским односима и у значајној мјери конципирани су на правилима римског права. То се особито може рећи за установу неоправданог корисовања туђим која се може поистовјетити са римским кондикцијама.

Четврти дио рада под насловом „Поједини уговори“ подијељен је на четири главе у којима су посебно обрађени уговор о куповини, уговор о закупу ствари, уговор о најму радне снаге и уговор о ортаклуку. Сваки од ова четири уговора је детаљно приказан и посматран је као представник уговора са истом каузом. Прва глава четвртог дела је просторно најобимнија имајући у виду да је уговор о продаји најдетаљније нормиран, као и да је сходно подацима из изворне грађе најчешће закључиван уговор.

Кључне ријечи: Општи имовински законик (1888), облигационо право, уговор, извршење уговора, проузроковање штете, кондикције, пословодство без налога.

Научна област: право

Ужа научна област: правна историја

УДК: 347.2 (497.16) (091)

**TITLE: THE OBLIGATION RELATIONSHIPS IN GENERAL PROPERTY
CODE FOR PRINCIPALITY OF MONTENEGRO AND THEIR APPLICATION
BETWEEN TWO WORLD WARS (FROM 1918 TO 1941 YEAR)**

Summary

In this doctoral dissertation author examines rules of General Property Code (1888) about obligations. Considering that half of rules of this Code (which has 1031 articles) regulates the law of obligations, it wasn't possible to give description of all that rules so it deals with the most important questions in this field. Taking into account, it observe the maner of exposure relevant system of rules. After that, it shows who could be legal entity and how he could act.

It is viewable how Bogisic used General Property Code to impose modern rules of European law in legal body of country in which, as far as, had dominated common law. Bogisic's mode point the best results in the field of the obligations. In this paper author analyze relevant rules from two views: practical and theoretical. Namely, he examines the genesis of those rules and range of their application.

First, the subject of matter is temporal and territorial validity of General Property Code. After that, author gives a concept of contract in Code and define requirements for its validity. Special place is given to contractual ability of persons in power, the House and women. After the analysis we can set up a conclusion that status of this persons had changed because of growing individualism. The rules of the Code about the consensus and the object of performance didn't include any differentness. If we look at the form of contract, Code had modern attitude.

In the chapter about security for fulfilment of the obligation, it was analysed genesis of suretyship, conventional penalty and the arrha from common law, through General Property Code till now. The suretyship was accessory to a principal obligation and the liability of the surety became subsidiary. At least, the surety who had discharged the obligation had a right of recourse against the principal debtor. When we talk about

conventional penalty and arrha, it was obvious that these institutions protect the party who render performance as promised. In third chapter attention was turned to questions relating to non-performance and consequences of non performance. This part shows modern features of General Property Code especially because the creditor has right to rescind the contract in case of non performance.

In the third part of dissertation, the author gives the other sources of obligations. Today, private delict, like source obligations, is important as contract. Nevertheless, when General Property Code was enacted, contract was more important than private delict (tort). Anyway, liability for delict was based on fault. Although, the General Property Code has provided liability based on equity. Strict liability wasn't drafted and Code didn't leave space for polemic about it like Serbian Civil Code (1844). The author continues with the analysis of management of (another's) affairs and unjustified enrichment. The special enrichment and management claims are used to protect current property state and they are concepted on rules of roman law.

In the fourth part, the author depicts the main characteristics of the contract of sale, lesae, service and societas (partnership).

Key words: *General Property Code, the Law of Obligations, the contract, performance of the contract, tort, condictiones, management of affairs.*

Field of study: Law

Specific field of study: The History of Law

UDC Number: 347.2 (497.16) (091)

САДРЖАЈ:

УВОД.....	1
-----------	---

I ДИО – ОПШТА РАЗМАТРАЊА

1.Извори.....	8
2.Територијална важност ОИЗ-а од 1918. до 1941. године.....	11
3.Концепт Општег имовинског законика и облигациони односи.....	13
4.Извори облигација по Општем имовинском закону.....	18

II ДИО – УГОВОРНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ

ГЛАВА ПРВА

НАСТАНАК УГОВОРА

1.Појам и врсте уговора у Општем имовинском закону.....	21
2.Услови за настанак уговора.....	23
2.1.Способност уговарања („о уговорницима“)......	24
2.1.1. Врсте неспособности.....	27
2.1.2. Дејства уговора склопљеног са дјелимично својевласним лицем.....	30
2.1.3. Уговорна способност Куће.....	34
2.1.4. Неке специфичности уговорне способности удате жене.....	39
2.1.5. Заступништво и уговор о пуномоћју.....	44
2.2.Сагласност воља.....	45
2.2.1. Карактеристике сагласности.....	45
2.2.2. Начин изржавања воље.....	47
2.2.3. Настанак сагласности-понуда и прихват понуде.....	49
2.3. Предмет уговора.....	53
2.4. Форма уговора.....	57

ГЛАВА ДРУГА

СРЕДСТВА ОБЕЗБЈЕЂЕЊА ОБЛИГАЦИЈА

1.Јемство.....	61
1.1.Појам и основна обиљежја јемства.....	61
1.2.Форма уговора о јемству.....	65
1.3.Предмет уговора о јемству.....	66

1.4. Однос јемца и повјериоца.....	69
1.5. Однос јемца и дужника	75
1.6. Однос јемца и дужника након исплате дуга од стране јемца.....	78
1.7. Посебни облици јемства.....	80
2. Капара.....	84
2.1. Капара прије Имовинског законика.....	84
2.2. Капара у Општем имовинском законуку.....	88
2.2.1. Дејство капаре.....	89
3. Уговорна казна.....	92
3.1. Појам.....	92
3.2. Однос уговорне казне и штете.....	95

ГЛАВА ТРЕЋА

НЕИЗВРШЕЊЕ И ПОСЛЕДИЦЕ НЕИЗВРШЕЊА УГОВОРНИХ ОБАВЕЗА.....	98
--	----

III ДИО – ОСТАЛИ ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИЈА

ГЛАВА ПРВА

„О ДУГОВИМА КОЈИ ДОЛАЗЕ ОД НЕДОПУШТЕНИХ ДЈЕЛА“	104
1. Недопуштена дјела као извор дуга.....	104
2. Основи одговорности за накнаду штете.....	105
3. Елементи одговорности за дугове из недопуштених дјела.....	109
3.1. Штета.....	109
3.2. Кривица.....	111
3.3. Узрочна веза.....	113
3.4. Противправност.....	114
4. Посебни случајеви одговорности.....	117
4.1. Одговорност за другога.....	117
4.1.1. Одговорност за недорасла лица.....	117
4.1.2. Одговорност за сараднике.....	119
4.2. Одговорност за штету коју је изазвала животиња.....	121
4.3. Одговорност за штету од грађевине.....	125
4.4. Одговорност за штету причињену повредом неимовинских добара.....	127

4.4.1. Одговорност за штету у случају смрти.....	128
4.4.2. Одговорност за штету у случају тјелесне повреде.....	129

ГЛАВА ДРУГА

„О НЕЗВАНУ ВРШЕЊУ ТУЂИХ ПОСЛОВА (947)“

1. Појам.....	133
2. Услови за настанак дуга из незваног вршења туђих послова.....	135
3. Права и обавезе странака.....	137
3.1. Обавезе вршиоца туђега посла.....	137
3.2. Обавезе господара посла.....	139

ГЛАВА ТРЕЋА

„О ДУГОВИМА ОД НЕОПРАВДАНА КОРИСТОВАЊА ТУЂИМ“

1. Појам.....	141
2. Врсте неоправданог користовања туђим.....	148
2.1. Исплата недугованог.....	149
2.2. Исплата по основу који се није остварио и по основу који је отпао.....	151
2.3. Кондикција за повраћај онога што је дато по неморалном (<i>ob turpis causa</i>) или противправном основу (<i>iniusta causa</i>).....	152
3. Обим враћања.....	154

IV ДИО - ПОЈЕДИНИ УГОВОРИ

ГЛАВА ПРВА

УГОВОР О КУПОВИНИ

1. Појам.....	160
2. Форма уговора о куповини.....	163
3. Предмет уговора о куповини.....	172
4. Цијена.....	175
5. Користи и ризик.....	182
6. Права и обавезе уговорних страна.....	189
6.1. Обавезе продавца.....	189
6.1.1. Обавеза предаје ствари.....	189
6.1.1.1. Начин предаје ствари.....	191
6.1.1.2. Извшење обавезе предаје ствари.....	196

6.1.1.3. Вријеме предаје ствари.....	199
6.1.1.4. Мјесто предаје ствари.....	202
6.1.1.5. Трошкови предаје ствари.....	203
6.1.2. Одговорност за физичке недостатке (мане) ствари.....	203
6.1.2.1. Претпоставке одговорности за физичке недостатке.....	205
6.1.2.2. Обавјештење.....	210
6.1.2.3. Садржина обавезе заштите.....	212
6.1.3. Одговорност за правне недостатке ствари („одузам“).	221
6.1.3.1. Појам и врсте одузма.....	224
6.1.3.2. Претпоставке одговорности за правне недостатке.....	225
6.1.3.3. Правне последице одузма.....	229
6.2. Обавезе купца.....	232
6.2.1. Обавеза исплате цијене.....	232
7. Посебни облици куповине.....	238

ГЛАВА ДРУГА

УГОВОР О НАЈМУ СТВАРИ

1. Појам, терминологија и правне особине.....	251
2. Трајање уговора о најму ствари.....	254
3. Обавезе најмодавца.....	261
3.1 Обавеза предаје ствари.....	262
3.2. Обавеза одржавања ствари.....	263
3.3. Обавеза заштите од физичких и правних недостатака.....	266
4. Обавезе најмопримца.....	267
4.1 Обавеза исплате најмовине.....	267
4.2. Обавеза употребе ствари према њеној намјени.....	270
4.3. Обавеза враћања закупљене ствари.....	273

ГЛАВА ТРЕЋА

УГОВОР О НАЈМУ СЛУЖБЕ И РАДЊЕ

1. Основне карактеристике уређења радних односа у Црној Гори од 1918 – 1941. године.....	275
2. Појам уговора о најму службе и радње.....	281
3. Права и обавезе странака.....	286

3.1. Обавезе најамника.....	287
3.2. Обавезе најмиоца (послодавца).....	288
3.2.1. Обавезе послодавца у случају болести најамника.....	292
3.3 Трајање уговора о најму службе и радње.....	295
3.3.1. Отказ уговора о најму службе и радње који је био закључен на одређено вријеме.....	296
3.3.2. Отказ уговора о најму службе и радње који је био закључен на неодређено вријеме.....	298
ГЛАВА ЧЕТВРТА	
ПРОСТА УДРУГА (ОРТАКЛУК)	
1.Основна разграничења просте удруге од осталих облика удружења.....	301
2. Појам и врсте просте удруге.....	302
3. Међусобни односи ортака.....	306
3.1. Удјели.....	306
3.2.Учествовање у послу. Управљање ортаклуком и одговорност за штету..	308
3.3.Међусобна одговорност ортака.....	309
3.4. Подјела добити и губитка.....	311
4. Однос ортака према трећим лицима.....	314
5. Престанак ортаклука.....	315
ЗАКЉУЧАК.....	318
ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА.....	322
ЛИТЕРАТУРА.....	323

УВОД

„Закон црногорски није без важности за науку, па Бог!“¹ Овим ријечима се обратио Валтазар Богишић Кости Војновићу у писму гдје је разлагао начин израде Имовинског законика. Чињеница је да није погријешио јер је Општи имовински законик имао велики научни значај, не само за правну историју, већ и за науку грађанског права. Чак више, он је и данас присутан и то не само као предмет научне обраде већ као и инспирација за оне који учествују у изградњи црногорског правног поретка. О томе јасно говоре ријечи професора Зорана Рашовића: „И данас осјећамо његову стварност...Читајући ОИЗ, живећи са њим, тумачећи га, не можете да не осјетите прошлост и садашњост Црне Горе, њен сложени живот...“² Дакле, његов значај не би требало запоставити у времену хармонизације домаћих прописа са прописима Европске Уније, јер би било корисно руководити се његовим принципима и рјешењима која је пракса препознала као одговарајућа и квалитетна.³ Сем тога, не треба заборавити да је управо рад на Имовинском законнику био први корак хармонизације црногорског права јер је овај Законик управо донешен како би се и Црна Гора укључила у међународне правне токове.⁴

Ако се сагледа корпус дјела о Општем имовинском законнику може се примјетити слична тематска орјентација. Тако постојећи радови о Општем

¹ В. Богишић: Кости Војновићу, писмо из Петрограда од 24 јуна 1888. ББЦ, Кореспонденца К-ХИ, а, цит. према: Н. Мартиновић, *Валтазар Богишић I, Историја кодификације имовинског права у Црној Гори*, Цетиње 1958, 193.

² Z. Rašović, „Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru – moderna kodifikacija,“ *Međunarodni znanstveni skup Bogišić i kultura sjećanja 1834-1908-2008*, Zagreb 2011, 183. При томе потребно је нагласити да је З. Рашовић учествовао у изради Закона о облигационим односима Црне Горе из 2008 године. Донешење нових законских аката отвара простор за нова поређења и истраживања степена утицаја ранијих рјешења на нова. Посебно је интригантно да ли је и у којој мјери је ОИЗ утицао на најновији црногорски Закон о облигацијама, који је донешен равно 100 година након ОИЗ-а. Поређење се чини најпотребнијим у оним сегментима који нијесу били нормирани савезним Законом о облигационим односима из 1978.г., при чему се особито мисли на уговор о ортаклуку и на уговор о поклону.

³ На овом мјесту потребно је цитирати Петра Миладина који је повратак Богишићу надахнуто препоручио и хрватским правницима: „Problem prilagodbe hrvatskog prava europskoj pravnoj stečevini navodi nas Bogišiću – on za to ima gotovo rješenje: mehaničko, ropsko usvajanje poredbenopravnih rješenja trajno šteti nacionalnomu biću pa stoga svaki takav zahvat treba temeljito privatnopravno i jezično raspraviti,“ P. Miladin, „Обицаји, кондикције, орташтво и уговорна казна према Богišićеву Опћем имовинском законнику за Црну Гору (ОИЗ) и хрватском Закону о обавезним односима (ЗОО),“ *Međunarodni znanstveni skup Bogišić i kultura sjećanja 1834-1908-2008*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу; LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011, 96.

⁴ В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Подгорица 1999, 18.

имовинском законнику у највећој мјери приказују начин његовог доношења,⁵ садржину и систематику,⁶ његов однос према обичајном праву,⁷ као и утицај на касније законодавство.⁸ О њему се нешто више говорило поводом израде јединственог грађанског кодекса за Краљевину Југославију. Посебно се истицао метод његовог доношења и језгровитост његовог законског израза.⁹ Опште је познат утицај који је у том правцу, и у том времену, овај Законик извршио на Михаила Константиновића, творца чувене Скице за Законик о облигацијама и уговорима, која је, иако је била само пројекат, примјењивана у пракси скоро читаву деценију од састављања 1969. године па до 1978. године, када је „прерасла“ у Закон о облигационим односима.¹⁰

Ипак, ван свере научног интересовања остали су значајни сегменти садржине Законика. Тако предмет обраде нијесу биле поједине гране права као веће цјелине, иако је било радова о појединим установама Законика. При томе се

⁵ На првом мјесту потребно је истаћи монографију Н. Мартиновића која се најпотпуније бави радом Валтазара Богишића на изради Законика, Н. Мартиновић, *Валтазар Богишић I, Историја кодификације имовинског права у Црној Гори*, Цетиње 1958, затим, С. Пуповци, *Валтазар Богишић, живот и дјело*, Подгорица, 2002; Б. Павићевић, „Богишићеве припреме за израду Општег имовинског законика за Црну Гору“, *Историјски записи*, LXXI, 1998/1-2, 15-43.

⁶ Н. Војиновић, „Грађански законик за Књажевину Србију и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору: елементи упоредне анализе, *Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика*, *Зборник радова*, Београд, 1996.“ Ј. Даниловић, „Сто година Имовинског законика за Црну Гору“, *Анали Правног факултета у Београду*, год. XXXV, бр. 6 (1988), 625-642;

⁷ Р. Лукић, „Имовински законик и обичајно право“, *Стогодишњица Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, ЦАНУ, 9/1989, Титоград; М. Ивовић, „Појам обичајног права и схватање Валтазара Богишића о правности обичаја“, *Стогодишњица Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, ЦАНУ, 9/1989, Титоград; Ч. Богићевић, „Обичајно право у ОИЗ за Књажевину Црну Гору (корелација обичаја и закона)“, *Сто десет година Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору*, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, Година XXII/XXIII, Подгорица 1998/1999, 151-157; Ч. Лучић, ОИЗ као еклатантан примјер како се правно хармонизују обичајне норме, *Сто десет година Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору*, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, Година XXII/XXIII, Подгорица 1998/1999, 157-163.

⁸ М. Орлић, „Југословенски законик о облигацијама (од ОИЗ за Књажевину Црну Гору до Скице проф. Михаила Константиновића за Законик о облигацијама и уговорима)“, *Сто десет година Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору*, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, Година XXII/XXIII, Подгорица 1998/1999, 99-119; Ј. Даниловић, „Значај дела Валтазара Богишића за наше право и правну науку данас“, *Ibid*, 7-19; М. Шукловић, Утицај ОИЗ на убрзавање државно-правног развојног успона Црне Горе, *Ibid*, 27-37.

⁹ М. Константиновић, „Идеје В. Богишића о народном и законском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, XXX, бр.3-4, Исти, „Јединствени југословенски законик“, *Анали Правног факултета у Београду*, XXX, бр.3-4; Исти, „Стара правна правила и јединство права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/1982.

¹⁰ М. Константиновић, *Облигације и уговори: Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, приредио и предговор написао Слободан Перовић, Службени лист СЦГ, Београд 2006, 9.

стиче утисак да су аутори пажњу концентрисали на идентичне установе и то претежно оне које су водиле поријекло из обичајног права. У том дјелу посебно се истичу радови који су се бавили правом прече куповине¹¹ и односима везаним за аграрну сарадњу на селу¹² или на коришћење планина.¹³ Уз њих, у мањем броју стоје радови који су се бавили питањима везаним за кућну заједницу¹⁴ и они који су обрађивали неке имовинскоправне установе, парцијално или у цјелини.¹⁵

Богишић је знао да ће најбољи суд о квалитету Имовинског законика дати „вријеме и практика.“¹⁶ Ипак, тај аспект није био у фокусу научне јавности без обзира што је често постављано питање о томе да ли је Имовински законик имао практичну вриједност.¹⁷ Мали је број оних који су потражили одговор на то питање. Чак више, може се рећи да је пионирски допринос у том правцу дао Петар Стојановић. Овај аутор је објавио два рада посвећена практичној вриједности Имовинског законика.¹⁸ У првом раду се наглашава шта су све црногорске власти, уз судјеловање Богишића као министра правде, предузеле да би створиле материјалне и формалне услове за примјену Законика. Други рад се у извјесном смислу надовезује на претходни. У њему аутор полази од општих поставки из првог рада с тим што акценат ставља на конкретну примјену

¹¹ Н. Војиновић, „Право прече куповине у Општем имовинском законуку за Књажевину Црну Гору“, *Стогодишњица Општег имовинског законика*, ЦАНУ, 9/1989, Титоград, 295-309; Н. Богојевић-Глушчевић, „Право прече куповине у правима средњевјековних приморских градова и у законодавству Петровића“, *Династија Петровић Његош: радови са научног скупа*, Подгорица, 29. октобар-1. Новембар 2001, 461-493.

¹² Р. Ђуровић, „Производна сарадња на селу у нашем обичајном праву и по Општем Имовинском законуку“, *Правни зборник*, Година XI, бр. 3, Титоград 1963, 66-89; Ђ. Крстић, *Правни обичаји у Црној Гори*, ЦИД, Подгорица 2010; А. Илић, „Из приватно-правног живота у Ц. Гори (поводом Предоснове Југословенског Грађ. Законика)“, *Правни зборник*, Год. VI, бр. 5-6, 1938, 100-110.

¹³ Ђ. Крстић, 2010, 221-250.

¹⁴ Р. Кораћ, „Правни односи у Кући према Општем имовинском законуку“, *Стогодишњица Општег имовинског законика*, ЦАНУ, 9/1989, Титоград, 295-309; Р. Кораћ, *Консерпција Општег имовинског законика и одредбе о Кући*, *Међународни зnanstveni skup Bogišić i kultura sjećanja*, Zagreb 2011, 155-166; Ђ. Крстић, 2010, 315-343;

¹⁵ Р. Miladin, 2011, 65-97; Д. Савовић, „Уговор о продаји према Општем имовинском законуку, *Споменица Валтазара Богшића*,“ књ. 1, Београд 2011, 659-662.

¹⁶ В. Богишић-К. Војновићу, писмо од 24 јуна 1888, ББЦ, Коресп. К- IX, с, цит. према: Н. Мартиновић, 1958, 194.

¹⁷ Ј. Даниловић, *Сто година Имовинског законика за Црну Гору*, *Анали Правног факултета у Београду*, год. XXXV, бр. 6 (1988), 637; М. Шуковић, *Студије и есеји из историје државе Црне Горе*, Подгорица 2003, 222-229; Ђ. Крстић, 2010, 179-188.

¹⁸ П. Стојановић, „Примјена Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору (1888)“, *Гласник одјељења друштвених наука*, ЦАНУ, књ. 5, Титоград 1985, 7-68; П. Стојановић, „О примјени Општег имовинског законика у судској пракси (са посебним освртом на стање 1918-1941. године)“, *Стогодишњица Општег имовинског законика*, ЦАНУ, 9/1989, Титоград, 235-263.

Законика у периоду између два свјетска рата. При томе, аутор је разматрао више института из сваке групе односа регулисаних Законом. Тако, из области стварног права разматрао је практичну страну преноса права својине на непокретностима, као и службености пролаза. На основу анализе више случајева дошао је до сасвим оправданог закључка да је Општи имовински законик у периоду од 1918. до 1941.г. имао „пунију примјену него у доба старе Црне Горе...“¹⁹

Имајући у виду све претходно речено, евидентно је да недостају радови који би се на систематски начин бавили већим сегментима Законика, као и дјела у којима би се провјерила његова практична вриједност кроз цјеловиту анализу конкретних случајева из стварног живота који су евидентирани у грађи црногорских судова. Управо због тога, у овом раду ће бити уложен труд како би се попуниле постојеће празнине у изучавању Имовинског законика.

Позната је конверзија коју је Општи имовински законик увео у распоред материје облигационог права и то тако што је прво излагао правила појединих уговора, па затим општа правила уговора и других извора облигација. Оваква систематика је била потребна да би се Законик приближио ширим слојевима. Имајући у виду природу овог рада, у њему је коришћена устаљена систематика по којој су општа правила постављена испред посебних. Наиме, кренуло се од општих појмова везаних за уговорне облигације, затим се прешло на проузроковање штете и остале изворе облигација. Финално, анализирана су правила којима су били регулисани поједини уговори. У излагању те материје користио се распоред уговора у зависности од каузе уговора, односно од материјалне садржине уговора. Тако су се разликовали уговори о отуђењу ствари (куповина, промјена, поклон), уговори о коришћењу ствари (закуп, послуга, зајам), уговори о раду (уговор о најму службе, уговор о дјелу), уговори о формирању заједнице интереса (уговор о ортаклуку) и уговори на срећу. Из сваке групе изложен је по један уговор.

Анализа облигационих односа вршила се у три круга. Први круг се односио на сама правила Општег имовинског законика, у другом је требало одредити

¹⁹ П. Стојановић, 1989, 261.

поријекло тих правила, док се у трећем водило рачуна о практичној вриједности законских рјешења. Свакако, опсег овог трећег дијела био је детерминисан садржином расположиве грађе која је по природи ствари била различита.

Потребно је додати да „тежачки“ уговори нијесу обрађени из више разлога. Њихово мјесто у савременом друштву је маргинално па је било оправдано изоставити њихово приказивање, а сем тога, они су, за разлику од класичних облигационих уговора, у одређеној мјери били научно обрађени, као што је већ и наглашено. Поврх свега, потребно је рећи да о њима не постоји изворна грађа релевантног обима што је чињеница која се могла различито протумачити. Првенствено, треба имати у виду да је Законик у овом сегменту кодификовао вјековима уходано обичајно право што је могло позитивно да утиче на примјену његових одредби и одсуство значајнијег броја спорова. Сем тога, ово су били односи који су се обично расправљали пред изабраним судовима о чијем раду није било писаних трагова.

У подлози овог истраживања је намјера да се укаже на модеран карактер правне регулативе појединих уговора Имовинског законика. Ипак, и кроз законска рјешења која су била модерно конципирана уочавају се остаци обичајних рјешења који нијесу имали ретроградан карактер већ намјеру да се правичност оствари у што већој мјери. Ова правна правила одговарала су потребама црногорског правног промета у периоду између два свјетска рата што истовремено значи да црногорско подручје није заостајало у погледу нормативне основе правног промета чији су основни темељи били уговори Општег имовинског законика. Чак више, његова правила су у највећем сегменту била модернија од правила других законика који су примјењивани у Старој Југославији. Осим тога, иако Законик није нормирао механизме заштите једнакости узајамних давања као опште принципе, његова конкретна рјешења су инспирисана духом заштите те једнакости.

Ради одређивања појма и правног режима појединих уговора користили су се догматски и нормативни метод. Истовремено је постојала тежња да се сваки сегмент провјери са становишта примјене у пракси. Ипак, то није било могуће испоштовати на сваком мјесту па је умјесто грађе услиједило приказивање

упоредних рјешења и рјешења обичајног права. Упоредно искуство, као и црногорско искуство које је израз нашло у обичајној пракси, послужили су да се добије јаснија слика конкретног уговора и да се, уз ослонац на њихова правила, лакше схвати законски концепт уговора у свим случајевима гдје није било изворних података.

Напокон, мора се нагласити да је у овом раду анализирана пракса судова оних области које су биле саставни дио Црне Горе од Берлинског конгреса до доношења Законика. Разлог за то је чињеница да се Општи имовински законик, по свој прилици, у посматраном периоду није примјењивао у областима које су Црној Гори припојене након Балканских ратова (Пљевља, Бијело Поље, Беране с Рожајем, Плав, Гусиње, Пећ и Ђаковица), као и након уједињења 1918.г. (Бока). Тачније, није се могло рачунати на примјену Законика у дјеловима који су припојени Црној Гори након његовог доношења јер је његово спровођење зауставио Први свјетски рат. Поред тога, након уједињења 1918. године, у свакој области се наставило са примјеном затченог права и то у очекивању да ће се изградити јединствено државно право.

I ДИО-ОПШТА РАЗМАТРАЊА

1. ИЗВОРИ

Главни извор на основу чије анализе је настао овај рад представља Општи имовински законик. Овај Законик имао је три званична издања, као и велики број незваничних издања. Прва два издања, из 1888. године²⁰ и 1898. године²¹ приредио је сам Валтазар Богишић, а треће издање је било идентично другом издању, с тим што су учињење ситне измјене ради усаглашавања са промјеном државне титулатуре. Приликом израде ове тезе коришћено је издање Историјског Института Црне Горе које садржи текст првог издања Законика и при томе „промијењени дио текста Законика из 1888. године означен је другим типом слова, а у напоменама које такав текст прате прецизно су наведене извршене измјене.“²²

Након проглашења овај законски акт је преведен на пет страних језика (француски, њемачки, руски, италијански и шпански),²³ а поводом 120 година од првог, односно 110 година од другог издања Законика, објављен је његов превод на енглески језик.²⁴

Поред Законика као основног извора, остварен је увид у Записнике који су вођени током његовог читања, а које је широј јавности учинио доступним Ј. Бојовић.²⁵ Записници често садрже образложења законописца зашто се определијелио за одређено правило и у њима се обично наглашава када је неко правило донешено на иницијативу чланова Одбора за усвајање Законика, а када на иницијативу самог Богишића. Ови подаци су драгоцјени самим тим што је реконструкција поријекла одређених правила била отежана због примјене метода инкорпорације.

²⁰ Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, на Цетињу у Државној штампарији, 1888.

²¹ Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, Ново званично издање, на Цетињу у Државној штампарији, 1898.

²² *Црногорски законици: правни извори и политички акти од значаја за историју државности Црне Горе: зборник докумената*, Књ. 3, приредили Б. Павићевић, Р. Распоповић, Историјски институт Црне Горе, Подгорица 1998, (напомена приређивача)

²³ Ј. Даниловић, „Живот и рад Валтазара Богишића-Поводом 150-годишњице рођења“, *Правни живот*, бр. 1/1985, 73.

²⁴ *General Property Code for the Principality of Montenegro, typeset by Radoslav M. Raspopovic, translator Charles Owen Robertson, -Under the new official ed. From 1898, Podgorica 2009.*

²⁵ Ј. Бојовић, *Усвајање текста Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору*, (Записници сједница одбора), Подгорица 1992, у даљем тексту: Записници.

Значајан простор у овом раду заузима анализа судске праксе из периода између два свјетска рата (1918-1941. године). Сакупљена грађа врло је обимна што је последица коришћења значајног броја фондова Државног Архива Црне Горе. За ову грађу се, у најмању руку може рећи да је несразмјерно распоређена у оквиру појединих фондова. Наиме, најобимнија грађа сачувана је у оквиру фонда Окружног суда у Цетињу, што је и утицало да материјал овога суда буде најзаступљенији приликом анализе судске праксе. Прегледани су и фондови Среског суда у Цетињу, Окружног суда у Подгорици, Никшићу, Бару и Ријечи Црнојевића, затим Суда Општине Цетиње као и архивска грађа из Македоније, тј. грађа Вакуфско-Меарифског Поверенства Пљевље.

Вриједна пажње је чињеница да фонд Великог суда као врховне инстанце за период од 1918-1941 није сачуван.²⁶ Наиме, треба имати у виду да је након уједињења 1918. године извршено премјештање овог суда из Цетиња у Подгорицу, а Подгорица је у другом свјетском рату била град који је у највећој мјери био изложен савезничком бомбардовању. Централни дио града у којем су се налазиле најзначајније установе био је у потпуности уништен уз велики број жртава.²⁷ Ипак, дио грађе овог суда сачуван је кроз списе нижих инстанци и у овом раду је коришћен кад се год указала прилика за то.

Уопштено речено, у склопу грађе доминирају судске пресуде од којих је већина изречена уз директно позивање на одредбе Имовинског законика док је неупоредиво мањи број оних које се држе слова Законика, али изричито не наводе његове чланове. Сачуване су и тужбе, некада као саставни дио предмета, а некада издвојено, што је умањивало њихову сазнајну снагу, али је ипак илустровало који су проблеми у остваривању права били присутни у пракси. Свакако, није занемарљив број записника са усмених расправа који одсликавају како су странке у поступку тумачиле право на које су се позивале. Занатан је и број исправа о појединим уговорима и то управо оним који су се најчешће користили у пракси-

²⁶ Државни Архив Црне Горе, *Архивски фондови и збирке у Републици Црној Гори-Том I-II*, Цетиње 2001.

²⁷ Б. Ковачевић, *Савезничко бомбардовање Црне Горе 1943-1944*, НПЈ „Побједа“, Подгорица 2003, 56: „Према америчким изворима, 5. маја 1944. године бомбардери су бацили на град 270 тона бомби. У три налета савезнички авиони су претворили Подгорицу у рушевине, с бројним људским жртвама. Немци у својим извјештајима наводе да је разорено 60% зграда.“

уговори о купопродаји, закупу станова и зграда, као и уговори о зајму који су обично укључивали и клаузуле о реалном обезбјеђењу.

Грађа овакве конфигурације представљала је чврсту и квалитетну основу за истраживање о томе како су функционисали уговорни односи у једном периоду који није довољно третиран у историјскоправној науци. На свим мјестима гдје је било могућности ишло се за тим да се грађа што потпуније изложи, и то не само ради добијања јасније слике о некој установи, већ и ради тога што је ово први покушај да се на овај начин презентује драгоцјено богатство наших још увијек недовољно искоришћених архива.

2.ТЕРИТОРИЈАЛНА ВАЖНОСТ ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА ОД 1918 - 1941. ГОДИНЕ

Настанак Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца 1918. године није прекинуо континуитет правног поретка у Црној Гори. Постојећа правна правила су наставила да буду окосница правног система, као што је био случај и са осталим дјеловима државе. Наиме, формирано је шест правних подручја на којима се примјењивало постојеће, затечено право. То су била: србијанско, црногорско, војвођанско, хрватско - славонско, далматинско - словеначко и босанско - херцеговачко правно подручје.²⁸ Ова подјела је била сасвим природна и спонтана јер се само имало узети у обзир до тада важеће право. Осим тога, она је била и резултат судско - административне подјеле државе по којој је свако подручје било у надлежности одређеног врховног суда. Црногорско правно подручје је било подручје надлежности Великог суда у Подгорици и уз мрежу нижих судова било је укључено у јединствен систем судова Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.²⁹

За црногорско правно подручје се обично везује примјена Општег имовинског законика у домену грађанских односа. Ипак, ова констатација, општеприхваћена у литератури,³⁰ мора се пажљивије размотрити јер архивска истраживања обављена у сврху писања овога рада доносе нова сазнања. Наиме, грађа Историјског Архива у Котору показује да се Општи имовински законик није примјењивао на подручју Боке након 1918. године, већ да је у примјени био Општи аустријски законик.³¹ То свакако није изненађујуће јер је Бока до 1918. године била дио аустријске административне јединице Краљевине Далмације.³² Дакле, без обзира што је у административном смислу постала дио зетске области, односно дио зетске бановине, задржала је прописе из времена аустријске владавине. Свакако, било је потребно више времена да промјену територијалних

²⁸ Н. Sirotković, L. Margetić, *Povijest država i prava naroda SFR Jugoslavije*, Zagreb 1988, 271-272; Ф. Чулиновић, *Државноправни развитак Југославије*, Осиек 1976, 227. Љ. Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Београд 2007, 327-329; М. Павловић, *Југословенска држава и право 1914-1941*, Крагујевац 2000, 243-244; Г. Дракић, „Формирање правног система у међуратној југословенској држави“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, 1 – 2/2008, 645-655.

²⁹ В. С. Мариновић, Р. Вукотић, М. Дакић, *Црногорско судство кроз историју*, Цетиње 1998, 567 – 612.

³⁰ Н. Sirotković, L. Margetić, 1988, 271; Љ. Кркљуш, 2007, 328; М. Павловић, 2000, 243.

³¹ *Istorijski Arhiv Kotor*, vodič 66, SN, 1920-1923, fasc. CCXXXI, strana 2996-3539, br. 3042 i dalje.

³² Н. Sirotković, L. Margetić, 1988, 172.

граница прати и промјена правног система. Колико је времена било потребно да се подручје Боке которске интегрише у црногорско правно подручје, односно, да ли је и када је у њој почео да се примјењује Општи имовински законик, то су питања која су на овом мјесту само отворена јер, због свога обима и значаја, морају бити посебно размотрена кроз изучавање релевантне архивске грађе.

Иста ситуација је, по свој прилици, била и са примјеном Имовинског законика у крајевима који су припојени Црној Гори након Балканских ратова. Наиме, како истиче П. Стојановић: „Основ за регулацију спорова на овом подручју су домаће обичајно право, турско законодавство, а посредно и прописи црногорске државе.“³³ С тим што се ова посредна примјена црногорског законодавства односила на поштовање инструкција црногорске власти поводом расправљања брачних и имовинских спорова међу православним становништвом,³⁴ а не и на непосредну примјену правила Имовинског законика. Чак више, било је наредби да се приликом куповине земље у новооснованим крајевима не примјењују правила Општег имовинског законика. У том смислу, једна од наредби Министарства правде наглашавала је да „тамошњи судови нијесу мјеродавни да дају потврду за купопродајне уговоре непосредно иза ослобођења...“³⁵ Мада постоје подаци да су се у овим дјеловима Црне Горе, који су једно вријеме након уједињења 1918. године били у оквиру Ужичке области, примјењивала правила србијанског законодавства.³⁶ Ипак, било какав став о мјесту Имовинског законика у судској пракси ових крајева, без изучавања архивске грађе, не би био мјеродаван. Имајући све то у виду, чини се да је и територијално мала Црна Гора била нејединствено правно подручје па је, изгледа, унификацију правног поретка у Краљевини, требао отпочети од појединих области, па затим прећи на државни ниво.

³³ П. Стојановић, 1987, 61-62, фн. 100.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Ђ. Пејовић, *Аграрна политика црногорске владе у крајевима ослобођеним у Балканском рату 1912 године*, Цетиње 1955, 232

³⁶ П. Стојановић, 1987, 61-62, фн. 100.

3. КОНЦЕПТ ОПШТЕГ ИМОВИНСКОГ ЗАКОНИКА И ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ

Садржина Општег имовинског законика је у значајној мјери била хомогена самим тим што је законописац изоставио правила породичног и наследног права. Ту хомогеност, у принципу, не ремети чињеница да је Законик регулисао, претежно са спољашње стране, положај појединих субјеката права самим тим што је таква регулација била неопходна ради ефикаснијег функцинисања система имовинског права. Осим ових правила породичног права, Законик је садржао још неке норме које нијесу имале природу општих имовинских правила.

Наиме, редактор Општег имовинског законика се определијелио да у његову садржину уврсти и нека правила која су по природи била посебна, а не општа имовинска правила. При томе се мисли на двије установе посебне гране имовинског права – трговинског права. Мало је познато да је Законик регулисао двије установе трговинског права. У склопу трећег дјела Законика гдје су били регулисани поједини уговори налазио се и уговор о пријеносу (чл. 367 - 377), док је у петом дијелу, посвећеном субјектима грађанског права, нормирао друштво имаоника (чл. 723 - 754), које је било субјекат трговинског права. Сем тога, из Записника са првог читања текста Законика види се да су у петом дијелу, након имаоничког удружења (раздио X), у једанаестом раздјелу, била предвиђена правила (чл. 864-877) „друштва на акцији удионици“, ³⁷ која, иначе, нијесу нашла мјесто у коначној верзији Законика.

Када је К. Војновић приликом израде своје студије о Имовинском законик у питао Богишића зашто је нормирао друштво имаоника и тиме зашао у административно и трговачко право, Богишић је одговорио: „Да је требало корпоративно тековинско друштво уврстити у дио – који садржи најглавније субјекте права, мислим да ни сумње бити не може. Осим тога овај је раздио од велике практичне користи у Црној Гори, гдје нема трговачког законика, те ни образаца за оваке уредбе, које су у посљедње вријеме почеле улазити у саобраћајни живот земље. Уосталом теби има бити познато да неки грађански кодекси, особито у Швајцарији, попримише у се цијело трговачко и мјеничко право...Та и трговачко је право имовинско право! Пријенос (транспорт) је такође

³⁷ Записници, XXVII Сједница од 7. Јанура 1882., Цетиње, 140-141.

предмет трговачког права, - али пошто су практичке потребе изискивале да се уврсти у Имовински законик, гдје је такође на своме мјесту, то је било и извршено.³⁸ Дакле, без обзира на општу концепцију Имовинског законика, он је регулисао наведене установе трговинског права јер је „наслутио неумољивост комерцијализације грађанскоправних односа.“³⁹ Мада, судећи по томе што није задржао правила о акционарском друштву из прве верзије законског текста, тешко би се могло рећи да се определијелио за јединствен концепт уређења грађанских и трговачких облигационих односа.⁴⁰ Сасвим је извјесно да су ова правила трговачког права, уз тзв. екстерна, представљала одређено одступање од опште законске концепције и то одступање које је било диктирано оправданим практичним разлозима.

Црна Гора је 1910. године добила свој Трговачки законик (172 члана).⁴¹ Тај Законик је регулисао статус привредних друштава без динамичног дијела који се односио на трговинске уговоре. Дакле, јасно је да је доношењем Трговачког законика престао да важи дио Општег имовинског законика о статусу трговинског друштва, док је област уговорног привредног промета била регулисна правилима Општег имовинског законика или трговачким обичајима чије је особености Богишић био сасвим свјестан.⁴²

Независно од ових одступања, основни предмет регулације Имовинског законика била су општа правила имовинског права у склопу којих су правила

³⁸ Богишић – К. Војновићу, писмо из Петрограда од 9. септембра 1888., ББЦ, В-ХI а, цит. према Н. Мартиновић, 1958, 215.

³⁹ П. Миладин, 2011, 78.

⁴⁰ В. Ј. Салма, „Грађанскоправни и трговински уговори, “ *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*“, 2/2010, 46.

⁴¹ *Трговачки законик за Књажевину Црну Гору*, Цетиње, 22. јануар/4. фебруар 1910. Овај Законик донешен је по узору на Трговачки закон за Књажевство Србију од 1860.године, који је настао под утицајем француског *Code de Commerce* (1807), В. М. Васиљевић, „Француски трговачки законик (1807) као модел-узор српског трговачког законика (1860)“, *Право и привреда*, вол. 44, бр. 9-12, Београд 2007, 27-34.

⁴² Општи имовински законик, чл. 780: „Кад се примјењује правило обичаја, а ради се о послу за који има посебних обичаја у кругу људи који се по занату или иначе редовито баве таквом врстом послова (трговци, занатлије итд.) треба се владати по обичајима тога особитога круга, у колико нијесу у опрједи са законом или благонрављем.“ Као и у члану 782, који говори о суђењу по правди и правници, гдје се, између осталог, каже: „У таквом суђењу судија треба да, оцјењујући са сваке стране прилике посла, пази особито на то што часни људи држе да је право, и што је у складу са јавним вјеровањем и поштењем, без којих не може бити уредна саобраћаја међу људима. И ако судија све то ради по души и савјести, он опет треба да пази, колико је год могуће, и на разум и мишљење народа или разреда људи којима су обични послови те руке.“

облигационог права имала особит значај, као што се може видјети из прегледа његове систематике.

Наиме, Законик је подијељен на шест дјелова. Први дио, иначе најмањег обима, чине уводна правила и наређења (чл. 1-25); други дио се односи на материју стварног права и насловљен је као дио „О власттини и другим врстама права укоријењених у ствари,“ (чл. 26-221); трећи дио се бави појединим уговорима (чл. 222-493), а четврти општим појмовима облигација (чл. 494-635); пети је посвећен статусном праву (чл. 636-766) и шести дио садржи објашњења, одређења и допуне појединих питања из претходних пет дјелова Законика (чл. 767-1031), од којих се члановима 872-953 допуњава материја облигација. У оквиру шестог дијела посебно се издвајају тзв. закоњаче („Неке закоњачке (правничке) изреке и поставке које, и ако не могу закона ни преиначити ни замијенити, могу му, ипак, објаснити разум и смисао“), од којих се значајан број односи на материју уговорних односа (њих 14).⁴³ Дакле, од укупно 1031 члана, Законик је облигацијама посветио 508 чланова, што је мало мање од његове половине што сасвим довољно казује, не само о законском, него и о практичном значају ове материје.

Правила облигационог права подијељена су, као што је већ речено, између трећег и четвртог дијела Законика с тим што је, као посебна особеност, дио о појединим уговорима претходио дијелу о општим појмовима облигационог права. Овакав распоред, за који се може рећи да је у теорији и пракси био неуобичајан самим тим што су општи појмови обично претходили конкретним, био је по Богишићу, оправдан црногорским приликама. Наиме, пошто је Имовински законик био први систематски, тачније модерни законик и пошто није била развијена теоријска правна мисао, простом народу је било лакше приближити

⁴³ Овај дио Законика је од његовог настанка посебно био интересантан ауторима, Н. Богојевић-Глушчевић, Римска правна правила у закоњачама Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору, „Историјски записи, LXXVIII,1-4/2005, 7-35; М. Petrak, „Imovinskopravne *regulae iuris* u Bogišićevom zakoniku i njihovo aktualno značenje“, *Bogišić i kultura sjećanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011. У новије вријеме треба истаћи рад Ј. Хасанбеговић у којем се закоњаче посматрају као „натпозитивноправна правила правде и правде“ и која, по аутору, не представљају „непосредни извор права, али могу помоћи при тумачењу закона.“ В. Ј. Хасанбеговић, „Правне изреке Валтазара Богишића скраја ОИЗ=каталог народњачких општих правних топоса?“, *Споменица Валтазара Богишића о стогодишњици његове смрти 24. apr. 2008.године*, Књига 1, Београд 2011, 334.

уговоре са којима се свакодневно сретао, него опште појмове који су захтијевали већи степен апстракције.⁴⁴ Осим тога, како се може видјети из Записника са сједница одбора за усвајање Законика, до ове идеје Богишић је дошао након првог читања текста Законика. Наиме, Записници са сједница на Његушима и у Цетињу од 1881-1882. г. показују да се прво расправљало о дуговима уопште, па се затим прешло на различите врсте уговора, док се приликом другог читања на Цетињу и Ријечи Црнојевића 1885.г., поступало супротно, прво је било ријечи о појединим уговорима па затим о општим појмовима обавеза.⁴⁵ Имајући све то у виду, сасвим је јасно да је материја облигација распоређена на описани начин из практичних разлога.

Трећи дио Законика, како би се данас рекло, посебни дио облигација, имао је наслов: „О куповини и о другим главнијим врстама уговора“. Дакле, уговором о купопродаји законописац је започео излагање материје о „главнијим врстама уговора“. Стављање управо овог уговора на прво мјесто има своје оправдање које се састоји у томе што је овај уговор, уз уговор о зајму, био врло близак сваком учеснику промета управо због своје учесталости. У Анкети из 1873. године стоји да су Црногорци због сиромаштва најчешће закључивали зајам, па затим куповину, најам и друге врсте уговора.⁴⁶ Ипак, Богишић је прво нормирао куповину, па након ње зајам чиме је ставио до знања да има у виду даљи економски развој у којем ће купопродаја имати значајнију улогу. Економска база се мијењала, трговина је добила примат па је и њен најзначајнији инструмент, уговор о куповини, добио централно мјесто. Најбољу потврду Богишићевом опредјељену даје сачувана грађа у којој доминирају документа о купопродаји тако да се Богишић показао као успјешан визионар.

⁴⁴ В. Богишић, 1999, 140: „Група о појединим врстама уговора у својим уштењима не прелази први степен апстрахирања, те јој је садржај, који се не одалечује обичноме животу конкретних операција, ближи народноме уму, разуму, дочим апстракције правила општега дијела обвеза иду до те границе те се одалечују du médiocre entendement, као што Паскал називље практични обични разум публике. И доиста за тај су entendement појмљивија правила куповине која су апстрахирана управо непосредно са операција свагдањих, која су познате свакоме, него ли правила уговора у опште, која су одлучена од многих и различних операција (*најам, зајам, наруч, удруг, дар* итд.) а наравно још би му трудње појмљива била она која су ухићена из већа два степена одлученог појма уговора ка којима још долазе quasi-contracti, delicti, quasidelicti итд.“

⁴⁵ Записници, 70-191.

⁴⁶ В. Богишић, (2004б), одговор 17, 185.

О распореду осталих уговора најбоље говоре ријечи самог редактора: „При распоређају осталих врста гледасмо на међусобну сродност појединих врста, као и на више или мање њихово познавање са стране народа, при чем је према приликама једно или друго од тих својстава имало претегу.“⁴⁷ Сем тога, он додаје да уговоре није дијелио у групе по одређеним критеријумима јер му се такво груписање, сасвим оправдано, чинило превазиђеним. То је по њему „одјек старе класификације уговора римскога права (*quasi re, consensu, stipulatione, litteris contractu*), а којој се у старијим законцима сретају још неки трагови и која за наше вријеме изгуби сваку практичну вриједност.“⁴⁸

Као што наслов трећег дијела указује, у њему је било мјеста само за уговоре као основни извор облигација, док су остали извори остали ван његових оквира, о чему ће бити више ријечи у следећим редовима.

⁴⁷ В. Богишић, 1999, 143.

⁴⁸ *Ibid.*

4.ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИЈА ПО ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ

Из претходно изложеног могло се видјети да је основни извор облигација по Имовинском закону био уговор. Остале изворе облигација Законик је разматрао у оквиру четвртог дијела који је насловљен као дио „О уговорима у опште, као и о другим пословима, дјелима, приликама од којих дугови порјечу.“ Дакле, овај дио је био посвећен општим питањима уговорног права и дуговима који нијесу настајали из сагласности воља већ из других грађанскоправних чињеница.

Четврти дио се састоји из укупно осам раздјела. У првом раздјелу се говори о настанку уговора (чл. 494-523), у другом се регулише вршење уговора (чл.524-539), трећи приказује последице неизвршења или неуредног извршења уговора (чл. 540-549), четврти приказује споредне одредбе уговора (чл. 550-569), пети говори о „дуговима који долазе од недопуштених дјела“ (чл. 570-585), шести о „дуговима који потјечу од различитих послова, дјела и прилика“ (чл. 586-602), седми о промјени субјеката (чл. 603-610) и осми о гашењу дугова (чл. 611-635).

Из изложеног се види да је Имовински законик, осим уговора, за изворе облигација поставио протиправне радње и остале послове који су могли засновати облигацију. При томе, вануговорна одговорност је у њему регулисана на темељима претпостављене кривице с тим што нема објективне одговорности за опасне ствари и дјелатности.

Шести раздио је био посвећен осталим изворима облигација. Дакле, у оквиру једног раздјела било је обухваћено више различитих скупова чињеница за које је био везан настанак обавезе. На првом мјесту то је било јавно обећање, тј. обећање дато путем огласа (члан 586). Затим, Законик је јасно регулисао незвано вршење туђих послова (члан 587-594) и неоправдано коришћење туђим (члан 595-602). Законик је увео генералну кондикцију и разрадио је поједине кондикције. Ова два специфична института допринијела су цјеловитијој заштити имовинских права.

Полазећи од претходно наведеног, могло би се рећи да се систем извора облигација у Имовинском закону заснивао на троеоби – уговор, деликт и остали послови, што неодољиво подсећа на троеобу извора римског правника

Гаја.⁴⁹ Сем тога, основна предност ове подјеле у односу на систем четвородиобе (уговори, квазиуговори, деликти, квазиделикти) представља њена отвореност.⁵⁰

⁴⁹ Основна подјела извора облигација римског права (*summa divisio*), на облигације које настају из деликата и облигације које настају из сагласности воља, потиче од правника Гаја. Ову дводеобу извора облигација из својег уџбеника права Гај је допунио у свом другом дјелу познатом по имену *Res cottidianae* или *Aureae*. По тој подјели облигације су могле настати из уговора, деликта или из осталих разлога (*ex variis causarum figuris*). Богишић је, по Записницима са другог читања Законика, шести раздио четвртог дијела насловио: „о дуговима који потичу из различитих узрока,“ што јасно имплицира на утицај Гајеве троеобе извора облигација, в. Записници, XXV сједница, 12. август 1885.г., Цетиње, 180.

⁵⁰ М. Милошевић, *Римско право*, Београд 2011, 338: „Ова троеоба (трипартиција) је у извесном смислу, до данас остала непревазиђена. Она јасно издваја два извора која су присутна и у савременим правним системима. Поред тога, трећи извор (*variae causarum figurae*) показује да списак није коначан и да се може променити или допунити у складу с потребама правног живота. Већина модерних кодификација изворе облигација излаже на сличан начин.“

II ДИО- УГОВОРНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ

ГЛАВА ПРВА

НАСТАНАК УГОВОРА

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ УГОВОРА У ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКониКУ

Општи имовински законик је дефинисао појам уговора у члану 905 следећим ријечима: „Уговор је у смислу овога Законика свака погодба била она усмена или писмена, која се углави међу имаоцима, о какву имовинском послу, по коме се један уговорник подвезује да ће другоме нешто дати или учинити или допустити. Уговор је дакле: куповина, зајам, наруч и сваки други посао којим једна страна нешто што има имовинску вриједност, обећа другој, а ова њено обећање прими.“

Уочљиво је да први став цитираног члана 905 дефинише уговор са становишта дужника и његове обавезе која се могла састојати у давању, чињењу или пропуштању. Ипак, Богишић је у другом ставу унио допуну тиме што је навео типичне уговоре као примјер и што је у дефиницију увео и другу уговорну страну – повјериоца, који је примао дужничково обећање.⁵¹

Слична дефиниција уговора налази се у члану 1101 Француског грађанског законика гдје се уговор одређивао као конвенција којом се једно или више лица обавезивало према једном или више других лица да нешто дају, учине или не учине. Ипак, у француском праву је уговор био врста споразума (конвенције) из којег је настајала облигација, а који није служио за њено мијењање или гашење.⁵² Овакво подвајање споразума према њиховом правном дејству, а које потиче из римске традиције у којој је било оправдано различитим нивоом правне заштите, превазиђено је у модерним правима.⁵³ Мада, када је Општи имовински законик у

⁵¹ Иако се овдје дефинише уговор, постоје неке сличности у погледу једностраног манира дефинисања облигације у римском праву гдје се такође полази од дужничкових обавеза: D.44.7.3.

⁵² Ј. Радишић, 71.

⁵³ Наиме, римски контракт је на крају својег развоја представљао сагласност воља из које је настајао облигациони однос заштићен посебном тужбом. Иначе, појмовно је био ужи од данашњег облигационог уговора у два правца-у погледу дејства јер је служио само за заснивање облигационог односа, а не, као данас уговор, за његово мијењање и гашење, сем тога, разлика је била у погледу заштите јер је сваки контракт имао посебну тужбу док се данас промијенила концепција правне заштите услед постојања генералне тужбе. На практичне последице ове разлике посебно је указала Ј. Даниловић: „Док данас повјерилац може, позивајући се на уговор, судским путем остварити своје потраживање без обзира на то да ли је у тужби именовано уговор који је

питању, он није попут француског права правио разлике међу погодбама – тачније уговорима који су имале за циљ настанак, измјену или престанак једног облигационог односа, иако је почетна дефиниција на то можда могла да упути. О томе јасно свједочи дефиниција новације која је служила за гашење облигационог односа: „Никад се не претпоставља да је новим уговором доташњи укинут (622), него треба да је о томе јасна намјера страна.“⁵⁴

Мјеста у дефиницији пронашло је одређење уговора као инструмента за постизање одређених имовинских интереса, што свакако одговара тадашњим схватањима која се данас сматрају превазиђеним.⁵⁵

С обзиром да је у члану 905 одредио уговор као апстрактну категорију, Богишић се није устручавао да укаже на примјере најосновнијих врста уговора. Поред ових, законом регулисаних уговора, странке су могле заснивати и друге уговорне односе који су морали имати допуштени предмет имовинске природе. Осим тога, наглашава се да је уговор свака погодба странака без обзира да ли је она изражена писмено или усмено, што значи да је суштина уговора Имовинског законика била „погодба“, тј. сагласност воља странака. Подређеност форме суштини наглашава и у члану 498: „У опште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одјеће или облика, да би имао закониту снагу.“ Што наводи на закључак о томе да се Законик начелно определијелио за принцип консенсуализма, али уз одређене резерве изражене у другом ставу члана 498: „Само ако закон нарочито наређује, за неку врсту уговора, одређени облик (напр. да је уговор писмен, да су му у суду одостовјерени потписи и т.д.), та наредба треба да се и изврши.“ Дакле, уговори су се заснивали простом сагласношћу воља осим ако је сам Закон захтијевао испуњење одређених формалности.

закључио и да ли га је исправно именовао – довољно је да је суду предочио његову садржину, у римском праву тужилац који погрешно у именовању свог уговора тиме што одабере погрешну формулу заувек губи своје потраживање,“ Ј. Даниловић, „Контракт у римском класичном праву,“ *Зборник Правног факултета у Подгорици, Споменица проф. др Јелени Даниловић*, 34/2007, Подгорица 2007, 50.

⁵⁴ Општи имовински законик, чл. 948.

⁵⁵ Ј. Радишић, 39.

2. УСЛОВИ ЗА НАСТАНАК УГОВОРА

За настанак једног уговора било је неопходно да се испуни више општих услова који су били везани за способност странака, сагласност њихових воља и предмет уговора. Управо те услове Имовински законик је дефинисао у првом раздјелу четвртог дијела који се односио на општа питања облигационог права. Иначе, ти услови су набројани у окиру посебних подраздјела полазећи од самог начина настанка уговора („О углави,“ чл. 494-500), преко способности уговарања („О уговорницима,“ чл. 501-512), до предмета уговора („О предмету, т.ј. о томе о чем је уговор,“ чл. 513-517) и мана воље („О недостацима у вољи уговорника,“ чл. 518-523).

Примјетно је да Законик у дијелу који се тичао општих услова за настанак уговора није уврстио и каузу-правни основ обавезивања, што је било својствено и другим законцима који су се примјењивали на територији бивше краљевине Југославије. Неки законици су убрајали каузу у битне елементе за настанак уговора,⁵⁶ док се у онима који је нијесу изричито нормирали, њена улога, особито она која се тичала заштите од неморалних уговора, остваривала посредством предмета уговора и сагласности воља. Ипак, без посредног постојања каузе тешко је било објаснити последице неизвршења двостраних уговора које су се састојале у могућности истицања приговора неизвршеног уговора (члан 538 Општег имовинског законика), као и једностраног раскида уговора због неиспуњења (члан 548 ОИЗ-а).

Примјетно је да су прва три раздјела јасно распоређена по фазама које су се редовно одвијале у једном уговорном односу. Наиме, први раздио се базирао на настанак уговора („О постаојању уговора,“ чл. 494-523), други на вршење уговора („О вршењу уговора,“ чл. 524-539) и трећи на уговорну одговорност („О посљедицама неизвршења или неисправна извршења уговора,“ чл. 540-549).

⁵⁶ Тако Француски грађански законик, чл. 1108, 1131-1132; Италијански грађански законик, чл. 1325, 1343-1345, о каузи у законодавству види: С. Перовић, 1976, 213.

2.1. СПОСОБНОСТ УГОВАРАЊА („О УГОВОРНИЦИМА“)

Положај дужитеља и дужника су могла имати сва физичка и правна лица али то уједно није значило да су та лица могла и закључити уговор. Односно, сва физичка лица нијесу могла својом вољом да закључе уговор. За то је била потребна уговорна способност коју је Имовински законик регулисао са 12 чланова (501-512). У овом сегменту се налази опште правило по којем су уговорну способност имала сва лица која су била способна да се законито обавезују (члан 501), као и правила о положају несвојевласних лица. Сем тога, Законик се морао дотаћи способности жене (чл. 509), односно Куће (чл. 511) како би указао да су ова лица имала посебну способност која се разликовала од опште уговорне способности и која је била потпуније регулисана у дијелу Законика који се бавио материјом статусног права.

О уговорној способности женских лица, као и малољетних и болесних, најпотпуније говори пословица коју је Богишић изнио у својој Грађи: „Жене и дјеца, што зборе, не творе.“⁵⁷ Последица оваквог схватања, које је било иманентно колективним породичним односима, јесте могућност за сауговарача оваквог лица да „разбије“ уговор.⁵⁸ Особито рјешење, различито него у погледу малољетних, жена и душевно болесних, постојало је за расипнике. Наиме, није постојала установа посебног старатељства над расипницима већ је на захтјев оца Сенат објављивао да се такво лице не може више самостално задуживати и да Кућа неће одговарати за његове дугове већ да ће остати да их плати сам „разметник.“ Углавном, „онаи што је дао кад га тужи и дође суд му не би примијо тужбу. Ипак, кад би му разметник дужник платијо, или одрадијо, не би већ против њега *conditio indebiti*.“⁵⁹ Дакле, потраживање против расипника било је неутуживо, баш као што је био неутужив и зајам који је син узео мимо очеве сагласности по рјешењима *SC Macedonianum*.⁶⁰

⁵⁷ В. Богишић, (2004а), 415.

⁵⁸ *Ibid*, 419; В. Богишић, (2004б), 184: „Ако ко с, лудијем уговара не ваља му уговор. Исто тако и са непунољетнијем.“

⁵⁹ В. Богишић, (2004б), 154.

⁶⁰ Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1976, 217.

Оваква ограничења уговорне способности била су очекивана у времену доминације кућне заједнице и њој пратеће натуралне привреде. Промјене у економској сфери праћене квалитативним промјенама у свим аспектима живота сваког појединца захтијевале су прецизну законску регулативу. Због тога је, као што је већ приказано, Имовински законик посебно регулисао учешће малолетника, Куће и жена у привредном промету.

Као што је наведено, члан 501 Имовинског законика одредио је на сасвим уопштен начин ко је имао способност уговарања. У њему стоји да „ко год може владати и располагати својим имањем, и у колико то по закону може, тај може у тим границама законито и ступати у уговоре, и тим постати дужник или дужитељ.“⁶¹ С овим у вези потребно је додати да се у петом дијелу наглашава да је „подобност“ располагања својом имовином имао само онај ко је својевласан, односно по модерној терминологији - пословно способан. Дакле, закључењу уговора могао је приступити само онај ко је имао пословну способност,⁶² а по Законику је важила претпоставка да је свако пунољетно лице пословно способно док се у законом прописаном поступку не утврди супротно.⁶³ Дакле, уопштено

⁶¹ Законик је увео извјестан ред у терминологији која се користила за означавање странака. Наиме, у њему се јасно дефинишу појмови дужника и дужитеља, односно повјериоца. Према његовим одредбама дужник је онај који „је законито дужан коме што дати, платити или иначе извршити (чл.901).“ По члану 902 „закон називље дужитељем не само онога који је коме нешто у дуг дао, него свакога коме је год неко дужан нешто дати, учинити, платити или допустити, ради кога драго законита узрока.“ Иначе, у народу је термин дужник био одомаћен и за повјериоца, што је по природи ствари било нужно измијенити. Тако је Богишић сковао нову ријеч за повјериоца, која је иначе, коришћена у судској пракси која се темељи на самом Законику, али ипак није била касније шире прихваћена у законодавној пракси, а то је ријеч дужитељ. Потребно је додати да је састављању нових термина Богишић приступао опрезно и у крајњој нужди – тј. када за одређени институт већ није постојао народни или подесни стручни термин. Богишић је објаснио како је настао термин дужитељ: „Ми напр. за *creditor* узесмо народни глагол *дужити* - *affirmer que quelqu'un nous doit quelque chose* – и давши окончања *тељ* према народноме (пријатељ, учитељ итд.) направисмо *дужитељ*, те тако деференцирасмо од *дужника*, а опет се не одалечисмо ни од прве народне формације *дужник*.“ В. В. Богишић, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана дјела*, приредила Ј. Даниловић, Подгорица, Београд 1998, 404.

⁶² Пети дио Општег имовинског законика регулише материју статусног права и има јасан наслов - „О човјеку и о другим имаоницима, као и о својевласти и у опште о располагању у имовинским пословима“. У овом дијелу, који садржи укупно 131 члан, ближе су одређени субјекти права и њихова пословна способност у мјери у којој је то било неопходно за правилно функционисање правног промета.

⁶³ Општи имовински законик, чл. 636: „И ако је сваки човјек имаоник, ипак само ко је пунољетан има потпуну својевласт да имањем својим управља и располаже. Постаје пунољетан сваки Црногорац чим наврши двадесет и једну годину;“ У члану 637 даље слиједи: „Тек кад би се, због узрока нарочито законом одређена, претписаним начином признало да неки пунољетник није

речено, несвојевласна лица су била она чији узраст је био препрека да схвате значај и последице својих изјава воље, као и сва друга лица којима је закон ограничио ту способност било због душевног здравља, расипништва, одсуства и других законом предвиђених чињеница (у овом дијелу се мисли на старатељство одсутних, тамничара, самохраних удовица, пустоши, као и старатељство пригоде ради из чл. 665-674). Као што је већ речено, важила је претпоставка да су својевласна сва пунољетна лица док се на законит начин не ограничи њихова способност. Из тога је произлазило да је уговор склопљен са душевно болесним којем није била судским путем одузета својевласт, био правно важећи све док сауговарач таквог лица није дао доказе о његовој болести. Све то лијепо илуструје спор који је водила Кућа Пера Раичковића из Цетиња против Мата Вујића из истог мјеста. Тужилац је захтијевао поништење уговора којим је домаћин тужилачке куће Перо продао кућу туженом. Тужилачка страна се позвала на то да је домаћин Перо у моменту склапања уговора био душевно оболио и тражила је поништење уговора имајући у виду правила члана 502 ОИЗ – а. У току поступка суд је дошао до следећих закључака: „...Суд није могао утврдити да је домаћин тужилачке Куће био у таквом душевном стању у времену склапања нападнутог уговора 20.12.1923.г. како се то тражи по чл. 502. О.И.З. да није у свијести или иначе у стању расуђивати о замашају онога што ради те услед таквих душевних недостатака да није могао у опште ступати ни у какве уговорне односе. Сем тога утврђено је да домаћин тужилачке Куће Перо, није у моменту склапања нападнутог уговора био због нездрава ума стављен под старатељство и тиме му својевласт била ускраћена како се то тражи чл. 653., 654., 655., 656., 657., 658., и 660.О.И.З. већ да је исти стављен под старатељство решењем овога Суда тек 30.12.1924.г. дакле након године дана иза склапања правног посла у питању. “ Поврх тога, свједоци који су били присутни потписивању уговора нијесу примијетили било какве знаке ненормалног душевног стања продавца. Жена Перова свједочила је да је он још 1922.г. „стално био формално луд,“ али Суд није поклатио вјеру овом исказу с обзиром на остали доказни материјал „тим пре што је законска претпоставка да је продавац Перо био својевласан и способан све до стављања под старатељство 30.12.1924.г., па је тужитељица имала доказати да је

врстан својом имовином управљати, његова ће се својевласт према приликама укрлати, али само док траје узрок који је до тога довео (653-664).“

продавац био у моменту продаје 20.12.1922.г. душевно неспособан да ступа у уговорне обавезе што она, како је то напред и изложено, то није успјела доказати с обзиром на свједоцбе осталих свједока...⁶⁴ Имајући све то у виду, Суд је одбио захтјев тужилачке стране да се поништи напанути уговор и уговор је остао на снази и као такав се сматрао ваљаним од његовог настанка (*ex tunc*).

Иако члан 501 казује да су само својевласна лица могла „ступати у уговоре, и тим постати дужник или дужитељ“ треба отићи даље од језичког тумачења и додати да се прави смисао овога члана састоји у томе да су ова својевласна лица могла самостално да склапају уговоре и да постају дужници или дужитељи док су сви они који нијесу били својевласни постајали дужници и дужитељи посредством својих законских заступника.⁶⁵ То се изричито наглашава у члану 510: „Што год законити заступник несвојевласна имаоника зањ углави, отац за своје малољетно дијете или старатељ за свога штићеника, тиме тај несвојевласник постаје дужитељ или дужник, у колико заступник није прешао законите границе своје моћи.“ Дакле, законски заступник је закључивао уговор у име и за рачун пословно неспособног или дјелимично способног лица.

2.1.1.Врсте неспособности

Поред својевласних лица, у смислу пословно способних лица која су била пунољетна и разумна, постојала су и лица којима је закон у потпуности ускратио способност да самостално склапају правне послове, као и она лица која су имала ограничену или дјелимичну (релативну) способност или ријечима Имовинског законика, лица „којима је, ради кога драго узрока, украћена својевласт у управљању својим послима...“.⁶⁶

Члан 502, након што је напоменуо која се лица сматрају несвојевласним, одредио је да не могу самостално ступати у уговорне односе. Овај пропис каже:

⁶⁴ ОСЦ, IV-1926-74, бр. 3653, 21. децембра 1926.г., Цетиње. Ову одлуку потврдио је и Велики Суд пресудом бр. 425-IV-1927-125, 10. Маја 1927.г., Подгорица.

⁶⁵ Општи имовински законик, чл. 957: „И ономе чије је имаоништво најпотпуније, може бити ускраћена имовинска својевласт. То бива кад је имаонику, у случајевима законом одређеним (малољетност, слабоумље и т.д.) забрањено да сам управља и располаже својом властитом имовином, или му је тек стегнуто то располагање. У таким случајевима, старатељ, или ко иначе над њим таку власт има, треба да зањ глави, врши, потврђује имовинске послове да законити буду.“

⁶⁶ Општи имовински законик, чл. 503 и чл. 504.

„Ко није у свијести, или иначе у стању расуђивати о замашају онога што ради, тај не може ни у уговоре ступати. Ко с таким имаоником уговара, бива као да уговарао није. То исто буди речено и за оно што би уговарала дјеца, прије нег наврше седму годину, осим случаја о коме је правило у последњем раставку члана 480.“ Дакле, дјеца до седам година и душевно болесна лица нијесу могла да склапају било какве уговоре с тим што је постојала изузетна могућност предвиђена чланом 480 да та лица приме поклон. Пошто ова лица нијесу уопште имала уговорни капацитет уговор који би закључила сматрао се ништавим. Тачније, ово је била ситуација када уговор није ни настајао - „бива као да уговарао није,“ што је формулација по вољи оних аутора који сасвим оправдано сматрају да се не може говорити о непостојећем уговору већ о „непостојању уговора.“⁶⁷ Ипак, ова термилошка напомена није имала практичан значај јер је и ништав уговор био подврста неваљаних, а и неважећих уговора за које се сматрало као да нијесу ни настали.

Између својевласних и несвојевласних налазила се још једна категорија лица којој је својевласт била дјелимична, или како стоји у члану 503 - „украћена“ на један општи начин: „Малољетници преко седам година и сви они којима је, ради кога драго узрока, украћена својевласт у управљању својим послима могу, ако закон за поједине случајеве што друго нарочито не одређује, главити само оне уговоре којима нешто стјечу, а никако оне којима нешто губе.“ Под овај пропис се подводе, поред изричито наведених малољетника од 7 година до пунољетства,⁶⁸

⁶⁷ Ј. Радишић, 171. Потврду овог схватања даје Б. Мораит, 237.

⁶⁸ Према Општем имовинском закону пунољетство се стицало са двадесет и једном годином (чл. 636). Ипак, постојала је могућност да се одређена слобода имовинског располагања, стекне и раније. Наиме, „они малољетници, и други имаоници којима је својевласт непотпуна, који приме од родитеља, од старатеља или од кога другога какву главницу или друго имање, да тим самостално тргују, или какву другу обртну радњу раде, могу се и сами законито обвезивати уговором, према правилу чл. 650 (чл. 508).“ Чак више, малољетник „који је навршио осамнаесту годину, па се покаже да је подобан управљати својим послима, може се за пунољетна објавити, а то му собом доноси сва пунољетничка права.“ У овом члану(638) се под „својим послима“, по свој прилици, мисли на послове из члана 508, тј. на послове које је малољетник обављао у вези са додијељеном имовином. Законодавац је пажљиво снизио границу за стицање пунољетства, и то за ону категорију малољетника који су, свакако прије осамнаесте године примили посебну имовину, па су након успјешног управљања том имовином стекли право да самостално воде преузете послове, а када су у томе били успјешни, могли су бити у потпуности еманципациповани од родитељске (старатељске) власти са навршених 18 година старости, као што се дешавало и у случају женидбе уз сагласност родитеља, односно законског заступника (чл. 639). Наведени прописи Закона су уједно и потврда да су се десиле крупне промјене у привредном животу Црне Горе. Наиме, малољетници су укључивани у привредне токове из различитих разлога, богати јер

пунољетна лица чија је пословна способност била ограничена због тога што „расипљу своје имање, а неће да се поправе...“⁶⁹ као и пунољетна болесна лица чија „немоћ није тако тешка“ да би се у потпуности лишили пословне способности.⁷⁰

У оквиру ове категорије дјелимично својевласних лица, осим заједничке карактеристике која се огледала у томе што су могли самостално да обављају само послове који доводе до увећања имовине, а уз сагласност законског заступника остале,⁷¹ било је разлика у обиму својевласти.

Наиме, према члану 648 за пуноважност послова који су били ван оквира редовног управљања малољетниковом имовином био је потребан, уз пристанак заступника и пристанак Надстаратељске власти. Ова норма само је назначила да „ни у какву случају не пада у круг послова обичне старатељеве управе, продаја или давање у залог непокретних добара,“ док је пракса захтијевала одобрење Надстаратељске власти за велики број послова и то све ради потпуније заштите интереса штићеника.⁷²

С друге стране, члан 658 је на другачији начин конципирао ограничење пословне способности лакших „немоћника“ и то на тај начин што је предвидио да суд у сваком поједином случају одређује послове које је ово лице могло самостално предузимати у зависности од степена и карактера обољења. Ово

су им родитељи имали велики број добара па им је била потребна помоћ ради њиховог очувања или увећања, а сиромашни ради тога што су морали тражити егзистенцију ван оквира кућне заједнице.

⁶⁹ Општи имовински законик, чл. 662-664.

⁷⁰ Општи имовински законик, чл. 658.

⁷¹ Општи имовински законик, чл. 504, ст. 1.

⁷² П. Протић је набројао послове који су се могли сматрати диспозитивним и закључио је следеће: „Било да се малољетникова имовина умножава, било оптерећује или отуђује (н.пр. куповице, промјене, давање и узимање зајма, давања или узимања под закуп, наполицу, примања или одбијања наследства, склапање судске или вансудске нагодбе, покретање парнице, у случају из чл. 755 ал. 2 О.и.з. (оснивање закладе - задужбине) пристати на изабранички суд, започињање, продужење или укинуће трговине или индустријског предузећа и т. д.), потребно је претходно издејствовати специјално одобрење надстаратељске власти, јер су сви ти послови од веће важности и прелазе обим обичне управе имања,“ П. Протић, „Старатељство над малољетницима у Црној Гори“, *Правни зборник*, Год. VI, број 3-4, Цетиње 1938, 24-25.

ограничење својевласти се сматрало за мању, непотпуну „запријету“⁷³ којој су били подложни и расипници по члану 663 Општег имовинског законика.

Имајући у виду да је ова мања запријета била јачег или блажег интензитета у зависности од конкретних прилика, могло се десити да способност лакше обољелог лица буде шира или ужа од способности малољетника који је навршио 7 година живота. Сем тога, одобрење Надстаратељске власти у овим случајевима се није тражило јер је суд истом одлуком одређивао старатеља и послове који су били условљени његовим пристанком.

Углавном, лица чија је својевласт била дјелимична имала су потпун уговорни капацитет за склапање послова који нијесу доводили до умањења њихове имовине док су остале послове обављали уз пристанак законског заступника, родитеља или старатеља и то уз учешће судске власти. То учешће се остваривало кроз (не)одобравање одређених послова од стране Надстаратељске власти, код малољетника, као и приликом одређивања старатеља лакшим немоћницима и расипницима. Ипак, независно од описаних разлика у организовању старатељских послова, дејства уговора склопљеног без његовог пристанка, односно пристанка Надстаратељске власти, било је исто.

2.1.2. Дејства уговора склопљеног са дјелимично својевласним лицем

Већ је истакнуто да су уговори закључени са несвојевласним лицем били ништави јер се неспособност, тачније способност, јављала као услов за настанак уговора, а не као услов његове пуноважности.⁷⁴ За разлику од њих, уговори којима је дјелимично својевласно лице умањивало своју имовину али без сагласности законског заступника по Имовинском законуку сматрани су рушљивим уговорима који су производили правно дејство све до поништења од

⁷³ Општи имовински законик, чл. 568: „Ако ли немоћ није тако тешка, стављени под старатељство немоћник долази тек под мању, непотпуну запријету. Том му се, мањом запријетом вршење само оних дјела и послова забрањује, за које се, према приликама појединог случаја, може узети да их због немоћи не би сам, како треба, вршити могао, као: да није властан сам пред суд излазити, дужити се преко одређене количине новца; примати новце од дужника, давати намирнице; продавати или иначе уступати непокретна добра; залагати их и т.д. Границе оваке непотпуне запријете могу, према приликама, бити шире или уже, те ће се оне тачно одређивати у самој судској одлуци којом се старатељство наређује.“

⁷⁴ С. Перовић, 156.

стране лица у чију је корист била установљена рушљивост.⁷⁵ Иначе, сам Законик у члану 504 став 1 каже да такав уговор без сагласности законског заступника „неће вриједити.“ Свакако, такав уговор није вриједио као правно ваљан уговор али је био правно важећи уговор до момента поништења које је могло бити иницирано од стране законског заступника или од стране самог дјелимично својевласног лица у одређеном року након успостављања потпуне својевласти.⁷⁶

Тај рок није био у Законику изричито одређен већ је судска пракса путем аналогије примијенила рокове прописане чланом 523 који је прописао рокове за поништење посла закљученог услед мана воље. У једном предмету је доказано да је мајка отуђила непокретности у вријеме синове несвојевласти без потребног одобрења па је суд као претходно питање требао да утврди „у ком времену имао је тужитељ устати тужбом противу ове незаконите продаје, коју је његова мати у његовом малољетству извршила? Члан 523. О.И.З. одређује шесто мјесечни рок за молбе, које траже поништење уговора због насиља, плашења, пријеваре, пијанства, или накнаду штете која отуда долази, па је судска пракса и малољетнику дала право да може тражити судским путем поништај закључених уговора, на његову штету у року од 6 мјесеци, по навршеном пунољетству. „Тај рок шестомјесечни има тећи од дана навршеног пунољетства, или од дана кога је тужитељ сазнао за продају.“⁷⁷

Као што је напоменуто, уговор закључен са малољетником без сагласности законског заступника је имао ограничено правно дејство тако да је својевласни уговарач био њиме везан све док се заступник не изјасни о потврди.⁷⁸ Свакако, да би се ослободио стања неизвијесности, Законик му је оставио могућност да судским путем одреди рок у којем је малољетников законски заступник био дужан да дâ изјаву о томе да ли ће потврдити склопљени посао. Сауговарач

⁷⁵ Иначе, ови уговори су били недовршени, непотпуни или сликовитије – шепајући (*negotio claudicans*), в. В. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 267; Ј. Радишић, *Облигационо право, Општи дио*, Осмо, прерађено издање, Номос, Београд 2008, 79.

⁷⁶ Општи имовински законик, чл. 504, ст. 2: „Ипак, и онај уговор који се без заступникове приволе углави, може постати законит, ако га тај заступник позније потврди, а и сам несвојевласни уговорник, кад стане на потпуну својевласт.“

⁷⁷ Окружни суд Цетиње, 209 (нечитко)арх. ознака IV-1928-73, 9. новембра 1928.

⁷⁸ Општи имовински законик, чл. 505, ст.2: „Страна која је везана за уговор може се тога неодлучног стања ослободити, назначив заступнику друге стране, путем суда, приличан рок за изјаву, до кога, ако се не изјави, и она постаје слободна.“

дјелимично својевласног лица је након окончања поменутог рока био слободан у случају када се заступник негативно изјаснио, као и када се није изјаснио, јер се у овом сегменту ћутање сматрало као одбијање.⁷⁹

У погледу везаности својевласног уговорника за понуду до изјашњавања законског заступника несвојевласног лица, Општи имовински законик је кренуо за Аустријским и Српским грађанским закоником.⁸⁰ Није, као на примјер Њемачки грађански законик, дао могућност својевласном контрагенту да опозове понуду до одобрења уговора. Ипак, ни по Њемачком грађанском законнику ово право није било неограничено, напротив, оно је било искључено у свим случајевима када је саговорник знао за малољетност, односно, могао се користити овим правом иако је знао за малољетност ако је малољетник „супротно истини изјавио, да има приволу заступника.“⁸¹

Пошто је непотпуни уговор могао бити извршен од стране једне или чак обје уговорне стране и прије добијања сагласности законског заступника постављало се питање повраћаја престација у случају његовог поништења. У члану 506 се налази одговор на постављено питање: „Кад уговор није потврђен, а малољетник је примио нешто у име уговора, он ће повратити од тога само онолико колико се његово имање умножило.“ Дакле, несвојевласни уговорник је био дужан да врати примљено испуњење којим је увећана његова имовина што значи да он по овом члану 506 није био дужан да изврши повраћај ако до увећања имовине није дошло, што се процјењивало у сваком поједином случају. Овакво рјешење је својеврсна повољност, како за дјелимично својевласног уговарача ако је до поништења дошло након што је он стекао својевласт, тако и за законског заступника ако је до поништења дошло прије него што је дјелимично својевласно лице стекло пуну својевласт.

Овакво рјешење нијесу предвиђали Аустријски, Српски и Њемачки грађански законик. Ово правило,⁸² као и правило које је својевласном уговорнику

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Аустријски грађански законик, § 865: „... Важност уговора по правилу зависи од пристана заступника или и у исто доба суда ... Док се овај пристанак не даде, друга страна не може одустати, али може захтевати да се одреди одмерени рок ради изјашњења.“

⁸¹ Њемачки грађански законик, § 109 (Право опозивања друге стране).

⁸² У нешто потпунијој верзији исто правило се налази и у ЗООЦГ, чл. 112.

онемогућавало да повуче понуду прије него што је размотрио законски заступник било је одраз тежње да се несвојевласним лицима пружи што потпунија заштита.

Не треба заборавити да је својевласни уговорник имао право да тражи накнаду штете само када га је несвојевласни уговорник с намјером преварио „да је тобож потпуно својевласан, и тиме га без његове кривице, навео на уговор...“⁸³

У расположивом материјалу доминирају спорови поводом отуђења непокретности од стране малољетника, односно њихових старатеља без сагласности судске власти која је била потребна за послове који су превазилазили оквире редовног управљања малољетниковом имовином.

О поништењу једног таквог уговора о продаји и о последицама тога поништења говори спор вођен 1919. године.⁸⁴ Спор је покренуо старатељ као законски заступник малољетника који је закључио уговор о куповини без сагласности Надстаратељске власти. Наиме, малољетни Раде Мрваљевић је продао кућу Јошу Звицеру по основу уговора који је потврђен 19. марта 1919. године од стране Општинско – Варошког Суда на Цетињу. Његов старатељ је устао са тужбом за поништење поменутог уговора у јулу исте године. Уговор је био у потпуности извршен, купац је примио ствар, а продавац цијену. Тужилац је приложио крштеницу као јавноправну исправу, која је била потпун доказ да је продавац у вријеме склапања продаје био малољетан, тачније да је имао 20 година и „близу два мјесеца.“ Тужени купац је тврдио да га је малољетник увјерио да је био пунољетан, али због недостатка доказа суд је његове тврдње оцијенио као произвољне и удовољио је тужбеном захтјеву и поништио је предметни уговор а странкама је наложио следеће: „дужна је тужена непокретно добро одмах предати у држину и уживање тужитељу, чим му ови исплате на име цијене износ од круна 5600...“⁸⁵

Дакле, извршен је повраћај извршених престација, а суд је туженог упутио да евентуалну накнаду штете „од тога, што га је несвојевласни уговорник с

⁸³ Општи имовински законик, чл. 507: „Ако ли је несвојевласни уговорник с намјером преварио другога, да је тобож својевластан, и тиме га, без његове кривице, навео на уговор, тад ће одговарати за штету коју је овај преварени од тога имао.“

⁸⁴ ОСЦ, IV-1919-145, бр. 1180, 26. априла 1920.г., Цетиње.

⁸⁵ *Ibid.*

намјером преварио, да је тобож потпуно својевласан, а тиме више без његове кривице, на уговор навео, остаје му да у смислу чл. 507 ОИЗ. тражи накнаду штете.⁸⁶

2.1.3. Уговорна спобност Куће

С обзиром да је кућна заједница, тј. Кућа, била посебан субјекат права, Законик је садржао посебна правила о њеном уговорном капацитету и положају у имовинским односима с трећим лицима па је на та правила Законик упутио чланом 511.⁸⁷

Имовински законик је Кући дао својство правног лица што недвосмислено произилази из члана 686: „Свака се Кућа, т.ј. кућна заједница сматра самосталним имаоником, што се год тиче домаћих добара и имовине.“ Као правно лице Кућа није имала пословну способност већ је послове у њено име обављало овлашћено лице – Домаћин,⁸⁸ односно замјеник који је био одређен од његове стране.⁸⁹

У вези са одређењем Куће као правног лица стоје и друга рјешења о њеном положају и положају њених чланова у правном саобраћају. Врло јасно о томе разлаже Р. Кораћ: „Рјешења о томе да сва имовина коју стичу мушки и женски чланови припада Кући, а не њима (чл. 688), да ни један кућанин није овлашћен продавати или каквим другим уговором уступати дио који има у домаћем имању (чл. 695.), да оно што старјешина законито са трећима углави обавезује само Кућу (чл. 691) и др. само су последице опредјељења ОИЗ-а да се Кући да својство имовинско-правног субјекта, односно неличног имаоника.“⁹⁰

Имовински супстрат Куће чинило је све оно што је наслиједила од „старине“ као и све оно што су чланови куће својим трудом стекли јер њихов

⁸⁶ Окружни суд Цетиње, бр. 1180, арх. ozn. IV-1919-145, 26 априла 1920, Цетиње.

⁸⁷ Општи имовински законик, чл. 511: „О глављењу уговора у име Куће и других неличних имаоника, правила су на својим мјестима у петоме Дјелу овог Законика.“

⁸⁸ Општи имовински законик, чл. 691: „Домаћин заступа кућу и домаћу имовину пред судом и према осталоме свијету. Што год он као старјешина законито са трећима углави, бива да је то урађено за саму Кућу, тако да она од тога постаје дужитељ или дужник.“

⁸⁹ Општи имовински законик, чл. 694: „За све послове које домаћин може сам главити с иним свијетом, он може сам одређивати себи замјеника по вољи, мушко или женско, туђе или кућно чељаде.“

⁹⁰ Р. Кораћ, „Правни односи у Кући према Општем имовинском законуку,“ *Стогодишњица Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору*, ЦАНУ, 9/1989, Титоград, 288.

„труд припада кући.“⁹¹ Ипак, развој робноновчане привреде наметнуо је бржи развој приватне својине која је постепено заузимала значајно мјесто поред колективних облика својине. У Законнику, приватна својина је нашла свој одраз у установи „особине“. Наиме, „особина је или особак она имовина која неком домаћем члану, мушком или женском, припада засебице од домаће имовине, па одвојено и од права које има као члан, на скупну имовину.“⁹² То је имовина коју је члан Куће стекао без труда, на основу поклона или наслеђа.⁹³ Поред тога, особина се могла стећи и радом по посебном одобрењу од стране куће.⁹⁴ И што је још битније „пунољетна кућна чељад могу сасвим слободно својом особином располагати.“⁹⁵ Док са друге стране, ни један „кућанин није властан продати, ни другим каквим уговором коме уступити дио који има у домаћем имању, док год неодијељен живи у домаћој заједници.“⁹⁶

Законик је посветио више чланова регулисању уговорне одговорности Куће. Наиме, када је члан Куће учинио дуг без сагласности кућног старјешине, Кућа није одговарала за тај дуг, осим ако би се доказало да је од њега имала користи.⁹⁷ Исто тако, ако је кућанин направио дуг у „каквој невољи, као: за лијечење у болести, за прехрану у потреби и т. д., а сам не исплати, намириће Кућа од домаће имовине, ако је тада тај члан за Кућу радио; ако ли није, дуг се само од његове особине или дијела наплаћује.“⁹⁸ Ова два члана имају исту сврху - ограничење одговорности Куће за дугове појединих чланова.⁹⁹ Ипак, други члан (697)¹⁰⁰ показује да је вријеме породичне солидарности прошлост и да су

⁹¹ Записници, Сједница XXIV, 5. јануар 1882.г., Цетиње, 134.

⁹² Општи имовински законик, чл. 967, ст. 1.

⁹³ Општи имовински законик, чл. 689.

⁹⁴ Општи имовински законик, чл. 688.

⁹⁵ Општи имовински законик, чл. 690, ст. 1.

⁹⁶ Општи имовински законик, чл. 695.

⁹⁷ Општи имовински законик, чл. 696.

⁹⁸ Општи имовински законик, чл. 697.

⁹⁹ Ако Кућа није хтјела да одијели овога члана, она је у потпуности преузимала одговорност за учињени дуг, Општи имовински законик, чл. 703.

¹⁰⁰ О доследној примјени овога члана говори један спор вођен 1925. године. Наиме, тужилац Илија Н. Бановић поднио је тужбу против Ника Мрканова Бановића, затим на другом мјесту против Мркана Бановића и против трећетуженог Митра Бановића. Тужилац је „првотуженом год. 1921 у Бјуг Монтани у Америци давао за набавку животних намирница у његовој потреби “ укупно 150 долара. У вријеме настанка дуга првотужени је био члан кућне заједнице чији је старјешина био друготужени, а од те Куће одијелио се 1924. године. Тужилац се у тужби позвао на чл. 697 и суд је удовољио његовом захтјеву и осудио је тужене да самокупно намире дуг јер по чл. 706 ст. 2 ОИЗ-а

приватносвојински елементи преовладали у црногорској породици, па се члану породице пружа помоћ само ако је породица имала користи од њега. Некада је било „стидно“ не указати помоћ у случају болести, глади, не само сроднику, него и братственику, сељанину.

Оживљавање трговине омогућило је члановима кућне заједнице самостално привређивање. Ипак, обављање трговачких послова од стране чланова кућне заједнице захтијевало је потпунију правну регулативу у погледу имовинских ефеката преузетих послова. Наравно, одговорност за дугове из трговине је, као и одговорност за остале дугове члана кућне заједнице, регулисана по принципу корисности. Ипак, учињена су нека ближа одређења. Тако, ако се члан кућне заједнице бавио трговином, „а домаћин знао и не противио се томе, узеће се да, док је год неодијељен, то бива приволом Куће ...“¹⁰¹ и у том случају дуг се намирује на првом мјесту од особине, односно дијела члана трговца, па ако то не буде довољно, остатак се намирује из имовине кућне заједнице. С друге стране, ако је члан обављао трговину у име и за рачун Куће, за тај дуг Кућа је одговарала својом имовином непосредно, тј. без обзира на особину или дио тога члана.¹⁰²

Ради више сигурности трећих лица све промјене у систему уговорне одговорности до којих је дошло вољом Куће, односно њених чланова, морале су бити оглашене да би јавност, односно заинтересована лица, имала увид у њих.¹⁰³

Подјела дугова који су настали у Кући прије диобе морала се извршити у договору са повјериоцима, па се након тога одређивао дио дугова који терети свакога члана.¹⁰⁴ Када би се Кућа подијелила без договора са повјериоцима, сви „дијељеници“ би „самокупно“ одговарали за кућне дугове.¹⁰⁵

нијесу се приликом диобе договорили о подјели кућних дугова. (ОСЦ, бр. 886, IV-1925-97, Цетиње, 6 јуна 1925).

¹⁰¹ Општи имовински законик, чл. 698.

¹⁰² Општи имовински законик, чл. 698, ст. 2.

¹⁰³ Општи имовински законик, чл. 699. На првом мјесту се мисли на сужње или проширење одговорности куће за дугове њених чланова (ст.1), а затим и на забрану трговине коју кућа уведе поједином члану (ст.2).

¹⁰⁴ Општи имовински законик, чл. 706, ст. 1.

¹⁰⁵ Општи имовински законик, чл. 706, ст.2.

Да је Богишић имао пуно право када је уврстио у Законик тзв. екстерна, тј. спољне односе куће и њених чланова према трећим лицима, показује судска пракса која обилује споровима поводом утврђивања одговорности Куће, односно њених чланова за преузете обавезе. Ова пракса представља одраз индивидуалистички настројених рјешења Имовинског законика.

Интересантан је спор који се водио пред Окружним судом у Цетињу у којем је тужена кућна заједница удовице пок. Марка Радуновића, Марије, због неплаћања дуга из купопродаје. Наиме, покојни Марко Радуновић је као домаћин купио дио имања од тужиоца - Куће Јована Кажића. Тужена је признала дуг али је тражила да „се тужитељ с тражењем одбије, јер она није у стању испунити обавезе из купопродаје, а да за тужитеља остане купљена имовина.“¹⁰⁶ У разлогима изречене пресуде стоји: „приговор тужене, да је смрћу старјешине куће, који је главио посао, доведена у положај да не може испунити обавезе из уговора те да треба уговор развргнути и њу ослободити дуга а тужитељу да остане продата имовина, неоснован је, јер по чл. 693. О.И.З. дужности се куће не мијењају према осталом свијету, кад домаћин умре.“¹⁰⁷ Из овог спора види се да је суд доследно испоштовао Законик и његову концепцију о Кући као правном лицу.

О питању одговорности Куће за дугове члана који се бавио трговином расправљано је у следећим споровима. Наиме, фирма „Срђе Д. Вујиновића“ тужила је пекарску фирму Уљаревић С. Милоша, затим Уљаревић С. Михаила и Кућу Сима Уљаревића. У тужби је истакнуто да је првотужени куповао брашно код тужилачке фирме и да није исплатио дуговану цијену. Пошто се у поступку доказало да је друготужени био обичан радник код првотуженог и да се одијелио од кућне заједнице прије настанка дуга, тужба је у односу на њега одбијена. С друге стране, суд је одлучио да је првотужени дужан платити дуговани износ тужитељу, а трећетужена је осуђена да исплати потраживање, односно дио

¹⁰⁶ Окружни суд Цетиње, број 5764, IV-1926-200, Цетиње 7. Јуна 1926.

¹⁰⁷ *Ibid.* Сличан случај је забиљежен у Великом суду, бр. 517- IV-1925-164 од 6. јуна 1925 г. Наиме, тужилац је тражио укидање извршења јер је сматрао да „кућна заједница није одговорна за дуг – за који је осуђен њен старјешина.“ С обзиром да је „потписани на мјеници Блажо Ђуровић, као кућни старјешина, обавезао је тужитељку кућну заједницу и ова је постала дужник у смислу чл. 691.О.И.З. Мјенични налог исплате гласи против Блажа Ђуровића, кућног старјешине, те је тим фактом осуђена и кућна заједница...”

потраживања који се не наплати од првотужене. Суд је на следећи начин образложио изречену пресуду у односу на трећетужену: „Још док је власник првотужене Милош био у кућној заједници свога оца Сима (домаћина трећетужене) обављао је пекарску радњу, што је домаћину трећетужене било познато...Чл. 698 Оиз предвиђа да кад би се који од кућана бавио трговином а домаћин знао и не противио се томе, узеће се да док је год неодијељен, то бива приволом куће, те гдје год не дотјече особине или дијела, који би допао тога члана, трговца, о чијој је трговини домаћин знао, Кућа одговара укупним домаћим иметком за све што је он дужан незломислену дужитељу.“¹⁰⁸

У следећем случају, тужилац је тужбу директно поднио против члана кућне заједнице који није подмирио дуг који потиче из трговине. Заступник туженог је поднио приговор пасивне легитимације јер је сматрао да је као домаћин Куће радио за Кућу. Након што је одбио предлог о недостатку пасивне легитимације, суд је туженоме наложио исплату дуга и пресуду је образложио на следећи начин: „Како по чл. 698 раст. 2 О.И.З. Кућа одговара непосредно за дугове члана куће, који се бавио трговином и трговао у име и за рачун Куће, ипак то не значи да дужитељ не може тражити намир дуга особно од члана Куће - трговца, јер раст. 1 пом.зак. прописа предвиђа за такве дугове на прво мјесто обавезу таквог члана Куће, прописујући да ће се дуг прво намирити из особине и дијела члана трговца, а само недостиж од укупне домаће имовине.“¹⁰⁹

Ова пресуда изазива пажњу из разлога што се наведени чланови Законика тумаче екстензивно, у смислу проширења одговорности члана трговца и имовинску одговорност не вежу непосредно за имовину кућне заједнице, како дословно налаже Законик, већ се на прво мјесто ставља лична имовина члана. Дакле, овом пресудом се иде даље ка сужењу кућне, а проширењу индивидуалне одговорности њених чланова за имовинске обавезе. Сходно томе, намеће се као исправан закључак П. Стојановића да је „код личних обавеза чланова Кућне заједнице Имовински законик у својим externa кућни колективизам подредио дужничко-повјерљачким односима и поставио рутинска „европска“ правила о

¹⁰⁸ ОСЦ, бр. 314, IV-1936-29, 8. јуна 1936.

¹⁰⁹ ОСЦ, бр. 954, IV-1935-10, 22 маја 1935, Цетиње.

индивидуалној одговорности која подривају Кућну заједницу и воде ка њеном нестајању.¹¹⁰

2.1.4. Неке специфичности уговорне способности удате жене

Као и поводом имовинских овлашћења Куће, Законик је и поводом пословне способности удате, пунољетне жене, извршио упућивање на одговарајуће чланове Законика и то на члан 483 и члан 690.

Члан 483 садржи правила на основу којих се жени забрањује да прима и уручује поклоне без сагласности мужа, осим оне који потичу од чланова Куће или других ближних рођака. Сем тога, жена није могла ни дати поклон некоме без мужеве сагласности, што је потврђено и чланом 690. Дакле, могло би се закључити да је положај жене у погледу могућности да буде поклонопримац био гори од положаја малољетника до 7 година јер је он могао примити поклоне без сагласности законског заступника. Ипак, те разлике у пракси нијесу могле бити велике јер је у случају неоправданог мужевог противљења жени суд могао дати сагласност, док је заступник малољетника могао накнадно да поништи поклон од којег је за малољетника могла настати штета (чл. 482.).

Углавном, могло би се закључити да је женина неспособност да самостално прими или учини поклон могла бити оправдана добротиним карактером овог уговора и чињеницом да је могао бити различито мотивисан па је његово примање или давање могло пореметити личне односе брачних другова, на шта законодавац није гледао са симпатијама.

Следећи члан који се тиче уговорне способности жене, члан 690 (који, као што је речено, регулише располагање особином) прописује: „Удата жена, такође, и за жива мужа, може, ако женидбени уговор¹¹¹ што друго не одређује, слободно

¹¹⁰ П. Стојановић, 1975, 135.

¹¹¹ Женидбени уговори су били страни црногорским обичајима и без обзира што је Имовински законик оставио могућност уговорног регулисања имовинских односа брачних другова, они нијесу заживјели у пракси. Иначе, П. Стојановић на једном мјесту истиче да је Божишић ове уговоре унио по угледу на *Code Civil* (П. Стојановић, 1975, 137), док на другом наглашава утицај Аустријског грађанског законика (П. Стојановић, *Изабрана дјела 1, Огледи из црногорске историје права*, ЦИД Подгорица, Правни факултет Подгорица, Подгорица 2009, 181). Углавном, независно од питања утицаја, стоји чињеница да је „развитак уговорног брачног права у Црној Гори био везан објективним чиниоцима,“ Исти, 2009, 181.

располагати, по староме обичају, особином својом. Ипак, што се уговорног даривања тиче, правило је да жена не може, без мужеве приволе, ни давати ни примати дарове. “

Дакле, Законик је по други пут изричито захтијевао сагласност мужа како би жена могла да дарује или да прими дар. Могућност закључења осталих уговора Законик је поставио на следећи начин, наиме, жена је била слободна да располаже својом особином ако јој то располагање није било искључено женидбеним уговором који је свакако служио да се измијени законски режим располагања. Чињеница је да женидбени уговори нијесу практиковани¹¹² тако да је жени остала слобода располагања према старим обичајима. Ипак, то није значило неограничену моћ располагања за жену у погледу њене особине. Ову тврдњу могу оправдати следећи аргументи. Тачно је да је Богишић упознао црногорске обичаје и то у највећој мјери кроз спроведену Анкету у којој је остало забиљежено да је жена имала слободу располагања својом особином, која обично није била велике вриједности.¹¹³ Ипак, изгледа да су се ти обичаји мијењали јер је друштвени напредак утицао да се вриједност ствари из особине повећа и да због тога порасте интерес мужа да врши контролу над тим располагањима.¹¹⁴ На тај начин се могу објаснити ставови исказани на првом читању текста Законика у којима се инсистирало да „1.женска удата не може располагати ни својом особином без да мужа пита.“¹¹⁵ Ипак, иако овај став прве верзије није пренесен у другу, односно коначну, он казује да су се десиле неке промјене у погледу старе слободе. Одрз тих промјена била су и законска рјешења која нијесу била експлицитна али су у суштини била празна слова на папиру. Наиме, жена је по Законику била формално слободна да располаже особином, док је у пракси ипак требала мужев пристанак на све важније трансакције. Петар Стојановић је утврдио следеће: „Правни режим ствари које чине особину је различит и зависи од чињенице да ли су те ствари

¹¹² П. Стојановић, 2009, 321.

¹¹³ В. Богишић, (2004б), 19, Питање 48: „Имају ли женске штогод свога особног иметка и из каквих извора он истијече?“ Одговор за Црну Гору: „Већ је на другом мјесту казано да управ само женске и могу имати особину, а имају је, ако је удата, што је собом донијела и од сватовских и других дарова, а дјевојке што саме за себе ураде или им родитељи даду или ин ко шта дарује.“

¹¹⁴ Касније ће бити ријечи о једном спору поводом особине која се састојала у крави, која је за тадашње црногорске прилике представљала значајну вриједност, ОСЦ, бр. 926, IV-1920-1920, Цетиње, 9. септембар 1920.

¹¹⁵ Записници, Сједница XXVI, 7. јануара 1882.г., Цетиње.

стечене прије удаје или послје доласка жене у мужевљев дом...Стварима које је жена из рода донијела или их је стекла прије брака и онима које су јој без труда допале у мужевљевом дому, жена у принципу неограничено располаже и у случају распушта брака носи их са собом.¹¹⁶

У сваком случају, потребно је нагласити да муж није имао апослутно право да ускраћивањем својег пристанка онемогући жени склапање уговора. То јасно налаже други став члана 690 који жени даје право да мужеву вољу надомјести судским одобрењем: „Ако ли муж, у случајевима за које се на углаву уговора изискује његово пристајање, не хтједне пристати, а без различита узрока, жена се може обратити к суду да је овласти посао и без њега углавити.“ На овај начин, законска правила су омогућила удатој жени да поступа мимо воље мужа ако се тиме „не крње чији законити интереси, нити посао има што у себи што би противно било закону, правници, благонарављу.“¹¹⁷

У пракси нијесу забиљежени случајеви да се муж противио женином располагању у вези са њеном особином.¹¹⁸ О могућности жене да закључи уговор о куповини непокретних ствари говори се у следећем случају.

То је куповина непокретности од стране Росе М. Стругар с Цеклина. Наиме, поменута је закључила уговор о купопродаји „шест витлова (млина) у Средњу кућу у Ободу с четвртим дијелом куће у коју су млини и свим припадајућим правима“. Продавац је био бригадир Ђуза Ђурашковић. Продају је одобрио и на уговор¹¹⁹ се потписао њен муж и старатељ Марко Иванов Стругар који је касније отишао „на рад“ у Америку. Роса Стругар је поднијела молбу за продају купљеног

¹¹⁶ П. Стојановић, *Изабрана дјела 1, Огледи из црногорске историје права*, Подгорица 2009, 178.

¹¹⁷ Општи имовински законик, чл. 690, ст. 2.

¹¹⁸ Спор вођен између Јовановић Ћаке и Куће Ђукана Вујовића казује да је удата жена дала у зајам свој „особени“ новац, а сем тога, као што се види, жена је самостално иступала на суду поводом своје особине. Тужена се позивала на то да је дуг исплатила са пристанком тужитељке, њеном мужу Јовану, на што је тужитељка нагласила да она „није никада говорила туженој да дуг може исплатити тужитељчином мужу Јовану, већ обратно да новац исплати њој лично, јер је исти тужитељчина особина.“¹¹⁸ Пошто тужена није доказала своје наводе, суд је на основу чл. 967 (који дефинише појам особине) и 690 ОИЗ-а, наравно и на основу чланова који се односе на уговор о зајму, одлучио да тужена исплати дуг тужитељици. У овом спору се не расправља о било каквом пристанку мужа тако да је сасвим јасно да је жена могла слободно да своју особину или њен дио позајми.

¹¹⁹ ОСЦ, бр. 64, ф. 78, 12 јула 1914 је уговор спроведен у протокол.

млина Среском суду да би од добијеног новца отишла у Америку да се придружи мужу. У рјешењу среског суда поводом наведене молбе се наводи „да и кад би се према чл. 26. у вези са чл. 967 О. И. З. узело, да је молитељка фактички власник добара било би спорно да ли иста може својевласно располагати и отуђивати имовину с обзиром на одредбе чл. 961 истог закона и истакнуте околности.“ Овај суд је молбу прослиједио Окружном суду који је удовољио молби. У разлогима рјешења Окружног суда на Цетињу стоји да је „Роса Стругар законитим путем стекла право власништва над млинама у Ободу по купопродајном уговору од 5. јула 1914.г. који је прописно таксиран и заведен у заставни протокол под бр. 64, страна 76. На купопродајном уговору потписан је као старатељ и Росин муж Марко Иванов Стругар, који ју је приликом расанка са њом овластио да може слободно располагати чак и са његовом личнош покретном и непокретном имовином. На основу горњег и чл. 690. Оп. Им. Зак. донешено је горње рјешење.“¹²⁰

Из наведеног се јасно види да је срески суд показао недовољно познавање прописа јер се позвао на чл. 961. ОИЗ-а који каже да „од женских, старатељка може бити мати својој малољетној дјечи...“, што је свакако погрешна примјена материјалног права. С друге стране, Окружни суд је донио закониту одлуку и с обзиром на непостојање формалних и материјалних недостатака, удовољио је поднешеној молби. Жена се у овом дијелу није могла сматрати као заступник својег мужа јер се наводи да се његова сагласност односила директно на ову стечену особину (каже се да се сагласност односи „чак“ и на његово имање, а не само њено особено).

Међу споровима који се односе на женину особину посебно мјесто заузима спор који казује да муж није могао без женине сагласности да отуђи њену особину. Наиме, Перовић Милица је тужила Јовићевић Марка због повраћаја краве коју је тужени купио од тужиљиног мужа без њеног пристанка. Након што се у поступку утврдило да је предмет спора заиста тужитељкина особина, тужени је осуђен да тужитељици поврати у својину отуђену краву. У пресуди јасно стоји да је „тужитељица власник краве као своје особине, и једина она може са њом

¹²⁰ ОСЦ, бр. 965, II-1919-7, ф. 78, Цетиње, 16. јуна 1919.

располагати чл. 93 у вези са чл. 689. и 690. О.И.З., према чему све и кад би била уговорена продаја између купца и продавца, а без приволе тужитељкине, то и у том случају продаја би била незаконита.“¹²¹

Као што се могло видјети, Богишић је жени у принципу дозволио слободу располагања не заобилазећи женидбени уговор, који није практикован, као и старе обичаје по којима је та слобода била велика и који су под утицајем економских промјена претрпјели корекције и то у супротном смјеру, у смјеру ограничења слободе располагања. Тако је настало једно интересантно стање, жена је по закону слободна ако обичаји не траже сагласност, а обичаји су се као жив организам прилагодили захтјевима времена и подразумијевали су постојање сагласности мужа за све значајније трансакције. Мужеви су, судећи по томе што нијесу евидентирани евентуални спорови, одобравали располагања када није било оправданих разлога за оспоравање истих. С друге стране, жене су се понашале економски рационално, што се могло и очекивати у једној прилично сиромашној средини.

Излагање о уговорним странкама се истиче у први ред не само због тога што је такво поступање уобичајно већ и стога што анализа овог питања може у знатној мјери да укаже на степен привредног развоја одређене друштвене заједнице. Наиме, неке чињенице показују да је црногорско друштво у великој мјери закорачило у круг капиталистичких односа. При томе се мисли на више околности као што су учешће чланова кућне заједнице у привредном промету независно од Куће, јачање јавних у односу на приватне елементе старатељства, као и тежња Законика да успостави ширу пословну способност жене.

Ако се оставе по страни специфичности Имовинског законика које се огледају у томе што је засебно нормирао положај Куће и удатих жена, његова рјешења у сегменту ограничења уговорне способности несвојевласних лица не одступају у већој мјери од упоредних. Исте су граничне године постављене за стицање дјелимичне пословне способности – 7 година,¹²² што је много мања граница у односу на савремена рјешења која обично предвиђају минимум 14

¹²¹ ОСЦ, бр. 926, IV-1920-1920, Цетиње, 9. септембар 1920.

¹²² Аустријски грађански законик, § 865; Српски грађански законик § 533; Њемачки грађански законик, § 104.

година за стицање дјелимичне способности.¹²³ Овакве разлике најбоље илуструју утицај сложених услова привредног живота на нормативна рјешења.

2.1.5. Заступништво и уговор о пуномоћју

Општи имовински законик је познавао могућност предузимања правних послова преко другог лица које се тада појављивало у улози заступника који је радио у име и за рачун свог властодавца. У члану 1022 Општег имовинског законика о томе се каже следеће: „Што ко углави по твојој наредби, сам си углавио.“¹²⁴ Ипак, дјелање у туђе име и за туђи рачун није било нормирано као опште начело, као што је то било у Швајцарском законнику о облигацијама¹²⁵ и Њемачком грађанском законнику,¹²⁶ који су установу заступништва сврстали у општа правила облигационог права. То је Богишић нагласио приликом образлагања распореда норми у дјелу Законика који се тичао општих одредби облигационог права: „Свакако би овдје требало било уврстити особиту главу о представништву при уговорима, као што учини нови швајцарски законик. Али слиједећи своме начелу конкретизације, ми се задовољисмо овдје општим правилом које пошље на правила пуномоћја и старатељства, која се налазе на својим мјестима.“¹²⁷

Дакле, Имовински законик је регулисао поједине случајеве заступања који су свој основ могли имати у закону, уговору или судској одлуци.

На страни властодавца (повјеритељ) могло се појавити само пословно способно лице полазећи од тога да „властодавац не би могао да пренесе на пуномоћника више права него што сам има.“¹²⁸ Ипак, на другој уговорној страни, страни повјереника, могло је бити дјелимично способно лице које за себе не би

¹²³ З. Рашовић, *Грађанско право, Увод*, Подгорица 2006, 122.

¹²⁴ Н. Богојевић-Глушчевић је закључила да је ова одредба Законика имала за узор заступништво из класичног римског права и да представља парафразу Улпијановог правила о заступништву (Н. Богојевић-Глушчевић, 147). Не умањујући могућност римског утицаја, потребно је, ипак, додати да је концепт заступништва у римском праву био другачији од концепта усвојеног у већини модерних законика, међу које се може сврстати и Имовински законик. Наиме, Римљани су до краја остали доследни принципима посредног заступања док је у модерним правима правило предизимање послова непосредно за рачун властодавца.

¹²⁵ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 32-40.

¹²⁶ Њемачки грађански законик, § 164-181.

¹²⁷ В. Богишић, 1999, 143.

¹²⁸ Љ. Милошевић, 367.

могло пуноважно да уговори одређени посао било због малолетства или неког другог разлога.¹²⁹

2.2. САГЛАСНОСТ ВОЉА

2.2.1. Карактеристике сагласности

Да би настао уговор било је потребно да уговорници постигну сагласност о његовим битним елементима. Ипак, сагласност која је имала да буде подлога за настанак уговора морала је имати одређене особине. Које су то особине види се из члана 494, став 2: „Треба свакако да је јасно да су воље уговорника сложене и једине, па по томе и уговор да је завршен...“ Члан 908 још потпуније одређује каква је воља могла произвести настанак уговора. Тај члан каже: „Уједињена, слободна и истинита воља свијех уговорника, прави је и главни темељ свакога уговора.“

Под синтагмом да су воље уговорника сложене и једине Законик је подразумеивао да су воље подударне, истоврсне у погледу циља који су уговарачи имали у виду, а тај циљ је био закључење уговора одређене садржине. Ако воље нијесу биле једине, или како јасније стоји у члану 908, уједињене, уговор као двострани правни посао није могао настати. Ипак, није било довољно да се двије воље уједине већ је било потребно да су те воље саме по себи слободно формиране. То значи да сагласност добијена услед озбиљне пријетње није могла довести до настанка уговора,¹³⁰ односно сагласност која је била погрешно формирана под утицајем преваре или заблуде доводила је до настанка рушљивог уговора па је овлашћена страна могла да захтијева његово поништење. О остварењу те заштите говори члан 523 који је прописао рокове у којима се поништење могло тражити. Свакако, уговорна страна чија је воља имала могуће

¹²⁹ Општи имовински законик, члан 413.

¹³⁰ Општи имовински законик, чл. 908: „Ништа није тако противно и убитачно вољи, као што је насиље и озбиљно плашење. При томе, уговор на који је неко насиљем или озбиљним плашењем нагнан да пристане, нема никакве снаге ни вриједности.“

недостатке могла је отклонити њихово дејство путем потврде уговора што је Законик у члану 919 одредио у виду општег правила.¹³¹

Да би слободна воља имала стваралачко дејство било је потребно да је и истинита, то јесте било је потребно да није привидна. Законик је био изричит у томе да се у случају симулованих послова важност да онеме што су странке стварно хтјеле, а не онеме што су приказивале јер је свакако „истина истина, а претварање је лаж.“¹³²

Као што је већ изнешено, Законик је предвидио мане воље, пуноважност дисимулованог правног посла, тако да би се унапријед могло претпоставити да је Законик био индивидуалистички орјентисан поводом тумачења уговора у случају несагласности изјављене и унутрашње воље. Овакво становиште, познатије као теорија воље, приликом тумачења уговора давало је примат вољи. Управо тако стоји и у закоњачи 1026: „Кад тумачиш уговор, пази ријечи, али још више вољу и намјеру.“ Ипак, потребно је нагласити да је овако правило било изложено у првом издању Законика док је у другом издању, које је услиједило десет година од његовог ступања на снагу, ово правило дјелимично модификовано.¹³³ Измијењено правило гласи: „Кад тумачиш уговор, пази на ријечи, ал’ вазда с обзиром на вољу и намјеру.“ Одмах се види да су воља и њена изјава постављене у приближну раван јер се не инсистира да се при тумачењу пази више на стварну вољу. Дакле, и изјава је добила сличан значај као и воља тако да Законик, поред тога што се у принципу и кроз своја поједина рјешења определијелио за теорију воље, није у потпуности оставио по страни значај саме изјаве. Такво одређење је било схватљиво јер су сложенији привредни односи захтијевали већу дозу правне сигурности која се ипак више постизала кроз поставке теорије изјаве.

¹³¹ Општи имовински законик, чл. 919: „Кад какав посао који није посве законит буде позаконен потврдом или признањем, бива у опште као да је законит био још онога часа ког је и углављен.“

¹³² Пошто је истина истина, а претварање лаж, бива да, кад уговорници у истину нешто посве друго чине него што, претварајући се казују (на пр. ради се о дару, а показују да је продаја), таки уговор треба судити по ономе што се у истину с намјером чини, а не по ономе што се претворно приказује.

¹³³ Више о другом издању Ђ. Пејовић, „Из преписке В. Богишића о припреми другог издања Општег имовинског законика,“ *Богишић о себи и други о Богишићу*, Подгорица 1999, 244-260.

2.2.2. Начини изражавања воље

Вољу да закључе уговор уговарачи су могли изразити активним или пасивним понашањем,¹³⁴ или како стоји у члану 494 Имовинског законика који говори о „углави“ уговора: „...то се може показати не само ријечима, него и дјелом и другим згодним начином.“ Под активним понашањем се подразумијевало изражавање воље ријечима или одређеним радњама, односно знацима који су у промету јасно указивали у којем правцу је воља уговорника била усмјерена, т.ј. да ли је одражавала прихватање или одбијање одређене понуде. Иако се воља обично манифестовала директно, било ријечима или конклюдентним радњама, некада се ћутање, које је представљало пасивно понашање у најширем смислу јер је подразумијевало не само неизговарање ријечи него и уздржавања од било каквог чињења, посматрало као изјава, манифестација воље. У том смислу постојала је могућност да се ћутање понуђеног сматра као прихват изнешене понуде што изричито наглашава правило, тачније закоњача Имовинског законика: „И ко муче на што пристане, пристао је.“¹³⁵ Дакле, други дио цитираног правила који казује да се воља могла исказати не само ријечима и конклюдентним радњама већ „и другим згодним начином,“¹³⁶ односи се на случајеве када се ћутање сматрало као прихватање понуде. Такво значење ћутање је имало у пословним круговима када је међу контрахентима постојао однос трајније сарадње. У том смислу значајна је одлука цетињског Окружног Суда из 1936. године. Тужилац, фирма Ad. Schmitz & Co, Eredi di Davide Finci-Trieste тужила је Браћу Спасић, трговце ис Цетиња ради исплате дуга за робу коју је тужилац продао предао туженом. Тужени није спорио чињеницу да је робу примио али је наглашавао да робу није поручио од тужиоца због чега је порицао тужбени захтјев. Након доказног поступка донешена је осуђујућа пресуда којом је наложено туженом да плати примљену робу. У разлозима пресуде стоји: „Суд, цијенећи истакнуте наводе туженог у односу на робу испоручену од 7 марта 1930

¹³⁴ С. Перовић, 1976, 163-168.

¹³⁵ Општи имовински законик, чл. 1021. М. Петрак, 331, Н. Богојевић-Глушчевић 154. О изјави воље ћутањем: „Старија доктрина полазила је од тога да ћутање увијек представља једну „реакцију“ и да је само ствар тумачења како ће се та реакција схватити – као пристанак или као одбијање,“ Д. Стојановић, *Тумачење уговора, самоуправних споразума и друштвених договора*, Београд 1982, 88.

¹³⁶ Општи имовински законик, чл. 494.

г., налази да су исти неумјесни и недоказати са разлога што је тужени одн. робу примио и задржао за себе а ничим није доказао да је тужиоцу дао на знање да робу неће да узме о чему би, обзиром на природу посла као трговачког и саобраћај између странака, свакако требао имати писмени доказ, па како се већ налази у пословним везама са тужилачком фирмом, то из ових утврђених чињеница јасно резултира да је тужени, и на случај да није поручио предату му робу, прећутно пристао на куповину исте, те је стога као купац био дужан исплатити тужитељу износ од 874, 35 тал. лира на име куповне цијене.¹³⁷

Иако је Законик садржао опште правило по којем се ћутање квалификовало као прихватање, било је одступања и то у већ поменутом случају када се ћутање законског заступника несвојевласног лица поводом одобрења уговора сматрало као одбијање (чл. 505, ст. 2), дакле у зависности од ситуације ћутање се различито третирано.

Преглед упоредних решења казује да су уговорне стране могле манифестовати своју вољу изричито, конклюдентним радњама, а у одређеним случајевима, и то обично у оквиру трговачких послова, није била потребна било каква манифестација воље већ се ћутање понуђеног третирано као прихват.¹³⁸ Нека лица су била дужна да без одлагања одговоре на понуду јер су у супротном били дужни да накнаде евентуалну штету ономе ко је понуду упутио.¹³⁹ Та лица су се професионално бавила предузимањем послова за другог - адвокати, јавни бележници и сл. Таквих поставки није било у Имовинском законнику без обзира на општу одредбу да се ћутање сматрало прихватом. Напротив, у члану 396 који је говорио о повјери (пуномоћју) уопште, наглашено је да је повјерник био дужан да изврши повјерени посао „пошто пристане“ на закључење самог уговора о повјери. У Црној Гори из времена настанка Законика ова служба још увијек није била професионално организована па су таква правила била излишна!

¹³⁷ ОСЦ, IV-1936-25, бр. 816, 17. марта 1936.г., Цетиње.

¹³⁸ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 6 (Прећутно прихватање понуде); Њемачки грађански законик, §151 (Прихватање без изјаве понудиоца); Рјешења аустријског права била су на истим позицијама иако није било изричитог правила, в. А. Рушноф, 308.

¹³⁹ М. Драшкић, 188.

2.2.3. Настанак сагласности – понуда и прихват понуде

Да би дошло до закључења уговора било је потребно да једно лице учини другом предлог за закључење одређеног уговора. На тај начин се једно лице могло заинтересовати за закључење уговора чији су основни елементи били назначени у самом предлогу. Овај предлог за закључење уговора који је настајао као акт воље једне уговорне стране по правилу се назива понудом, док се изјава воље којом се усвајао тај предлог сматрала прихватам. Имовински законик није користио сличне појмове, он је једноставно говорио о ономе „који нуди коме углаву каква уговора“ као понудиоцу, с једне стране, и ономе који разматра ту понуду и који се назначава као одговорилац.¹⁴⁰ Питање техничке стране закључења уговора Законик дотиче у два члана – члану 496 и члану 497, с тим што се у првом од ових чланова третира дејство орочене понуде, док се у следећем ради о важењу понуде без рока за прихватање.

Члан 496 каже: „Ако онај који нуди коме углаву каква уговора, рок му одреди да се размисли и одговори, понудилац не може ударити натраг, док не истече одређени рок. Ипак, друга страна, хоће ли да понудиоца коначно веже, треба да му јави да понуду прима док још одређени рок није сасвим истекао.“

Из садржине овог члана јасно се види да је понуда имала обавезно дејство и да је као таква везивала понудиоца од онога момента када је одговорилац сазнао за њу па све до краја рока који је био одређен у самој понуди. Понудилац такву понуду није могао повући, т.ј. није могао „ударити натраг“ иако је била његова једностранна изјава, а тим прије он је није могао опозвати.¹⁴¹ Он је, дакле, био њоме везан онолико времена колико је сам одредио у понуди. А ако није прецизирао колико је времена понуда била отворена за прихват, члан 497, који нормира закључење уговора између одсутних, каже да је то „до онога часа ког му је могао стићи одговор од друге стране.“ Дакле, понуда је важила онолико времена колико је према редовним околностима требало да би одговориоцу стигла понуда, да је он сазна и размотри, да на њу одговори и пошаље одговор, као и да тај одговор стигне до понудиоца.

¹⁴⁰ Општи имовински законик, чл. 496-497.

¹⁴¹ М. Драшкић, 44.

Имовински законик не казује када је присутни одговорилац којем није био остављен делиберациони рок морао да одговори. Сасвим је извјесно да је његов одговор требао да услиједи непосредно након понуде с обзиром да је био у могућности да је директно сазна.

Одговор на понуду је морао бити благовремен, што значи да је морао услиједити у оквиру постављеног рока јер мимо тога рока, као неблаговремен, није могао да произведе настанак уговора. Како стоји у раније цитираном члану 496, одговорилац „треба да му јави да понуду прима док још одређени рок није сасвим истекао.“ Дакле, одговор је морао да услиједи у оквиру рока, али не и да стигне до понудиоца јер се то није изричито тражило у норми. Овакво тумачење благовременог прихвата казује да је Законик био на позицијама теорије одашиљања за коју је било релевантно да је прихват „јављен“ у року независно од тога да ли је изјава стигла у оквиру рока до понудиоца, за разлику од теорије пријема по којој је било потребно да одговор стигне понудиоцу у оквиру рока.¹⁴²

У прилог томе да је Законик заузео становиште ове теорије у погледу времена настанка уговора између одсутних казује правило члана 497 које, као што је речено, регулише прихват неорочене понуде и које у другом ставу дефинише ефекте неблаговременог прихвата понуде. Други став члана 497 о томе одређује следеће: „Ако ли се одговор о примању задоцни, па одговорилац томе и не био крив, понудилац престаје бити везан, ако одмах чим прими задоцњени одговор, или прије тога, јави другој страни да понуду натраг узимље.“ Значи, понудилац је већ био везан и да би та веза престала било је потребно да повуче понуду због неблаговременог одговора. Са становишта теорије пријема прихвата ова норма не би имала смисла јер се не може говорити о престанку везаности понудиоца, јер њега није ни везивао одговор који је стигао са кашњењем. У системима који су прихватили теорију пријема полази се са супротних позиција, наиме, наглашава се да ће се уговор сматрати закљученим тек ако изостане протест понудиоца због закашњења.

¹⁴² Више о благовременом прихвату, в. М. Драшкић, 65.

Понуда је имала обавезујућу снагу у свим посматраним системима.¹⁴³ Уз овакво дејство понуде обично се везивала примјена теорије пријема која је настанак уговора међу одсутним лицима везивала за моменат прихвата понуде. Наиме, у овим системима није постојала опасност од неоснованих опозива па није било нужно везати настанак уговора за моменат одашиљања изјаве,¹⁴⁴ као моменат који је претходио њеном пријему. Ипак, Швајцарски законик о облигацијама показује да је било изузетака у погледу узајамне везе између дејства понуде и момента њеног претварања у уговор. Наиме, овај Законик је изричито¹⁴⁵ прихватио теорију одашиљања иако је и по њему понуда имала обавезно дејство. Ипак, он је ову теорију модификовао теоријом пријема тако да се сматрало да је уговор закључен одашиљањем прихвата и то под условом да је тај прихват благовремено стигао понудиоцу.¹⁴⁶ Иако је Имовински законик сву регулативу о настанку уговора сублимирао у два напријед цитирана члана 496 и 497, чини се да су оне инспирисане концепцијом Швајцарског законика о облигацијама. Прихватајући те двије норме које су регулисале вријеме ефективне важности понуде, Законик је прихватио и теоријске поставке на којима су се базирале,¹⁴⁷ за разлику од Њемачког и Аустријског грађанског законика који су се базирали на поставкама теорије пријема.¹⁴⁸

Предлог за закључење уговора могао је потицати и од купца и од продавца.¹⁴⁹ Ипак, иако је постојала слобода у погледу избора сауговорача,

¹⁴³ Аустријски грађански законик, § 862; Њемачки грађански законик,

¹⁴⁴ М. Драшкић, 66.

¹⁴⁵ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 10: „Уговор закључен између одсутних лица производи своја дејства од тренутка када је изјава о прихватању понуде одаслата.“

¹⁴⁶ М. Драшкић, 192.

¹⁴⁷ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 3 (Понуда са роком за прихватање): „Лице које понуди другоме закључење уговора остављајући му рок за прихватање, вазано је својом понудом до истека рока. Оно престаје бити везано понудом ако му одговор не стигне до истека рока;“ Чл. 5: „Када је понуда учињена одсутном лицу без остављања рока за одговор, понудилац остаје везан понудом до тренутка до кога може очекивати долазак благовремено и уредно послатог одговора. Ако благовремено послата изјава о прихватању понуде стигне понудиоцу са закашњењем, а он неће њом да буде везан, треба о томе одмах да обавести лице које је понуду прихватило.“

¹⁴⁸ Њемачки грађански законик, § 130; Аустријски грађански законик, § 862а.

¹⁴⁹ ЦИ, бр. 36, 24: „Да јест веденије васкому человјеку пред ким изиде сије писаније како би владица Сава мољен от Снепца Јовова Стањевића да му прода баштину на Пиштет, дио његов, 3 дни орања.“ Дакле, понуда за закључење уговора је потекла од стране продавца који је због немаштине био принуђен да продаје имовину. Такви случајеви су били чести иако се само из ове исправе види да је купац „мољен“ да закључи уговор, што није искључивало могућност да понуда у истим случајевима дође од стране купца.

продавац непокретности био је дужан да понуди закључење уговора својим сродницима или сусједима који су били титулари права прече куповине.

Склапање правних послова, особито послова веће вриједности у које се на првом мјесту сврставала куповина непокретности, имало је форму сједнице којој су присуствовали пријатељи и рођаци будућих уговорних страна. Таква сједница, која је у Мецелама просто означена као сједница ради купопродаје,¹⁵⁰ описана је у Грађи као посебно планиран састанак на којем се водило рачуна о свакој ријечи.¹⁵¹ У Анкети се већ не спомиње такав начин закључивања уговора јер је промет постао бржи па је такав начин закључивања био превазиђен. Наиме, у овом другом зборнику обичаја извјестиоци наглашавају улогу посредника који је доводио у везу евентуалне уговараче и који је добијао накнаду за свој труд.¹⁵² Дакле, нема помена о закључењу уговора узмеђу одсутних лица па се може претпоставити да су на том ступњу развоја доминантну улогу имали посредници или евентуално пуномоћници који су закључивали уговор за налогодавца који није био присутан у мјесту закључења уговора.

Особито је било јасно одређено у обичајима да је једна уговорна страна приликом склапања уговора морала да говори.¹⁵³ Осим тога могао „се човјек погађати с писмима, с нијемим, али овај има вазда кога уза се који за њега говоре...“¹⁵⁴ Дакле, воља за закључење уговора се морала непосредно изразити ријечима док су други начини изражавања остајали без дејства.

¹⁵⁰ Отомански грађански законик, глава 3, §

¹⁵¹ В. Богишић, (2004а), 413: „Што би два ваљана грађанина за сат, разговарајући се, свршили, то не би наша два народња човјека у цијели дан. Док се за каков драго посао састану (од 2 до 10) и забиљеже дан састанка, треба најмање 8 дана напријед да се договоре, у који ће дан и на које мјесто...“

¹⁵² В. Богишић, (2004б), 181: „И кад је каква повећа куповина, или што друго, такога тад, ако неће онај који ће да купе да лично говори са власником, а он ће наћи каква пријатеља свога и његова, те ће га молити да разазна би ли онај и ону кућу и земљу продао, те кад би, тада тај посредник саставља купца и продавца те се они годе о цијени и о другоме. Догоди се да тај исти посредник бива и при погађању, те кад су се с цијенама приближили он превере по пола оно што је међу цијене.“

¹⁵³ В. Богишић, (2004б), Додатак који се односи на поређење са рјешењима Српског грађанског законика, тачније § 532 који је описивао на који начин се може изјавити воља за закључење уговора, 217.

¹⁵⁴ *Ibid.*

2.3.ПРЕДМЕТ УГОВОРА

Предмет уговора, који је у Законнику у посебном заглављу лапидарно означен као оно „о чем је уговор,¹⁵⁵ морао је испуњавати одређене услове како би уговор могао да настане.

На првом мјесту уговор се могао закључити о нечему што је било могуће испунити. При томе Законик је у члану 513 говорио о немогућности испуњења због правних и моралних разлога тако да није било могуће закључити уговор о „ствари која није у трговини и љуцком саобраћају, или о дјелу које је забрањено законом, или је противно поштењу и благонаравју, уговор је таки посве ништав.“ Док се чланом 914 дотакао фактичких разлога, односно по термининологији Законика, стварних разлога немогућности: „Што није могуће, нијеси ни дужан. По томе, кад би се ко подвезао на нешто што се никако извршити не може, така обвеза не би имала никакве законите снаге ни вриједности.“ С тим што се члан 915 надовезује на претходни и наглашава да све што „се год, због поштења и благонаравља, не може без стида учинити, бива као да је, и само по себи, стварно немогуће (914).“ Дакле, Законик није правио разлику између могућег и допушеног предмета, већ је санкционисао уговоре који су имали предмет забрањен законским и моралним нормама, као и предмет који се због фактичких разлога није могао испунити, и то истом санкцијом – ништавошћу.¹⁵⁶ При томе је потребно имати у виду да су се под законом забрањеним предметима сматрали они предмети, тачније радње које су биле супротне и јавним и приватним законима. Те забране, трајног или привременог карактера, на грађанскоправном плану доводиле су до неважности уговора склопљеног насупрот њиховом садржају.¹⁵⁷ У том смислу посебно је интересантно како је посредством кривичног законодавства проширен сам појам зеленашког уговора.

Општи имовински законик је санкционисао прекорачење максималних камата: „Кад је пак уговорена добит, она не може пријећи десет по сто; што се год

¹⁵⁵ Општи имовински законик о предмету уговора говори у чл. 513-517.

¹⁵⁶ До разликовања између објективно могућег и дозвољеног предмета уговора дошло је када су се утврђивале разлике између непостојећих и ништавих уговора. Љ. Милошевић о томе каже: „Уговор са неодређеним и објективно немогућим предметом не би ни настао, док би уговор о недозвољеном предмету настао, постојао би, али би био ништав,“ 73.

¹⁵⁷ Наредба Министарства унутрашњих дјела о забрани ношења раскошног одијела и куповини луксузних ствари на вересију, 21. јун/3. јул 1888, *Црногорски законици*, књ. 2, 193-194.

преко тога углави, не само да неће вриједити, него ће се још дужитељ глобити са двадесет по сто од главнице која је на дугу.“ Дакле, уговор о зајму који је садржао прекомјерну добит остајао је на снази с тим што је суд досуђивао камату у законским оквирима, а зајмодавца је кажњавао одузимањем вишка и глобом.¹⁵⁸

Ипак, у пракси се показало да је ова норма била недовољна па је Министарство правде поводом узимања прекомјерних камата упутило допис судовима у Црној Гори 1906. године, у којем се, поред осталог, каже: „На жалост, ни имовински законик ни наредбе не могоше сузбити прекомјерну лакомот појединаца за што већим добитком, те се је зеленаштво и незаконито трговање и послјије ширило, а у пошљедње вријеме толики мах узело, да је законодавац био приморан у нашем новом Кривичном Законику, а у глави двадесет деветој, унијети најстрожије мјере против казнимног користољубља.“¹⁵⁹

Кривични законик Црне Горе је у параграфу 284, тачка 3, прогласио за посебно кривично дјело кад се неко „послужи невољом, лакомисленошћу или неискуством уговарајуће стране, те ову ма којим правним послом несразмјерно оштети у имању; - и кажњава их, поред повраћања прибављене веће користи и новчане глобе од 20% главнице, још и затвором до шест мјесеца, а у поновном случају до дванаест мјесеца.“¹⁶⁰

¹⁵⁸ Узимање прекомјерних користи по основу уговора о зајму било је, такорећи, уобичајена пракса у Црној Гори и из ранијег периода и наставило је да постоји без обзира на прописане грађанске и кривичне санкције. Дужници су из економске нужде пристајали на високе камате јер им је зајам био често неопходан ради преживљавања. Непродуктивни новчани зајмови су имали значајну улогу у стварању услова за капиталистичку производњу јер су у крајњем одвајали ситног земљопосједника од његове парцеле и водили су га у град да продајом радне снаге оствари егзистенцију. Није тешко замислити сељака који је под таквим околностима пристајао да узме зајам по врло високим каматама, а све то да би сачувао земљу за коју је везивао своју економску слободу и егзистенцију. Повјериоци су узимали камате чија је висина била вишеструко већа од законом дозвољене. Евидентиран је спор у којем је утврђено да је повјерилац захтијевао камату у висини од 60 % главнице на годишњем нивоу. Наиме, у стварном основу пресуде поводом овог спора стоји: „да је тужитељ понудио туженоме на зајам дин. 2000 уз мјесечни интерес 5% односно годишњи 60%, те да је тужени усљед материјалних тешкоћа ту понуду прихватио и издао туженоме признаницу датирану 1.9.1928. са роком плаћања 1.9.1929. на износ од 3200 урачунавши ту добит од 60% годишње...“, (ОСЦ IV-1935-16, бр. 1294, 6. јула 1935.г., Цетиње). Тужени је посредством свједока доказао да је висина зајма била 2000 динара, а да је остатак суме настао „зарачунавањем прекомјерне добити и уношењем исте у главницу, што је законом забрањено – чл.534 О. И. З.“ (Ibid.) Дакле, у овом спору тужитељ није могао да наплати износ камате који је био уговорен преко законских 10%, а поред тога он је био кажњен закључком истог суда да плати казну(глобу) у корист државе у износу од 400 дин, што је износило 20% од главнице по члану 534 Општег имовинског законика.

¹⁵⁹ Министарство Правде, Број 2200, Распис свим обласним, капетанским и општинско – варошким судовима, 1. јунија 1906.г., Цетиње.

¹⁶⁰ Кривични законик, 1905.

Из наведене одредбе може су увидјети забрана зеленашких уговора. Тачније, проширен је појам зеленашког уговора којим се раније означавало узимање прекомјерних камата код зајма. Наиме, сада је он „обухватао све уговоре и све правне послове, којим је неко оштећен, били они уговори зајма, куповице, продаје и т. д.“¹⁶¹ Овакав начин заштите од зеленашких уговора није био својствен само Црној Гори, већ је био присутан и у правним системима других земаља, као на примјер у уједињеној Њемачкој гдје је извршено преузимање појма зеленаштва из кривичног законодавства.¹⁶²

Напокон, да би уговор настао било је потребно да има одређен предмет. Ипак, захтјев за одређеношћу предмета није био апсолутан јер је био важећи уговор чије је предмет био одредив према намјери странака коју су испољиле приликом настанка уговора.¹⁶³ Одређеност, односно одредивост предмета имала је посебан значај за дужника због извјесности самог извршења обавезе. Сем тога, степен одређености предмета био је различит у зависности од врсте предмета.¹⁶⁴ Ако се уговор односио на индивидуално одређене ствари („самоисте,“ тј. „засебно одређене“) степен одређености је морао бити већи у односу на одређеност предмета типа *genera* јер је код генеричних („суврстих“) предмета било довољно одредити врсту самим тим што је Законик садржао диспозитивна правила о

¹⁶¹ Министарство Правде, Број 2200, Распис свим обласним, капетанским и општинско – варошким судовима, 1. јунија 1906.г., Цетиње.

¹⁶² О. Станојевић, *Зајам и камата*, Институт за правну историју, Београд, 1966, 238. Познати *Wucherparagraph* 138 Њемачког грађанског законика гласи: „(1)Ништетан је правни посао, који је супротан добрим обичајима. (2) Нарочито је ништетан правни посао, који си нетко искоришћавањем нужде, лакомислености или неискуства другога даје за себе или за другога за неку чинидбу обећати или осигурати имовинску корист, која тако премашује вриједност чинидбе, да је имовинска корист према свим околностима у очигледном несразмјеру према чинидби.“ О. Станојевић је пронашао коријен схватању зеленашења као деликта којим се искоришћавају субјективне околности оштећеног, у склопу Теодосијевог Кодекса: „Когод од неког у нужди изнуди више од законом дозвољене центезиме, за казну биће обавезан да врати четвороструки износ...“ О. Станојевић, *Ibid*.

¹⁶³ Општи имовински законик, чл. 514: „Кад ствар или радња о којој је уговор, није била тачно одређена, тад је треба одредити према оној намјери за коју се из прилика види, да су је уговорници имали кад су уговор главили.“

¹⁶⁴ У једном уговору о продаји куће назначена је улица и број у којој се кућа налази као и сви сусједи, односно њихова имања с којима се кућа граничила. Овакав начин одређивања продате непокретности потиче из ранијег времена док је касније за одређивање куће као предмета куповине било довољно навести улицу и број, како се иначе поступало у већини осталих случајева. С друге стране, у једном уговору продавац се обавезао да ће купцу издати сву количину „лањске бербе“ руја, дакле обавеза је била одредива с тим што је у тужбеном захтјеву вриједност предмета јасно одређена („12 квиринала руја, 1 квиринал за 200 динара“), ОСЦ, IV-1920-127, број 1921, 24. април 1920.г., Цетиње.

њиховом квалитету, који иначе није могао бити „испод средње руке.“¹⁶⁵ Свакако, карактеристика одредивости била је остварена и код уговора са алтернативно одређеним предметима јер је у моменту настанка уговора било установљено више обавеза док се дужник могао ослободити испуњењем на „обир,“ тачније извршењем једне.¹⁶⁶ Ипак, када приликом настанка уговора предмет није био прецизно одређен већ се односио на суврсте ствари, као и кад је био алтернативно одређен, било је нужно прецизирати сам начин извршења, чега је законописац био свјестан па је у оквиру одредби о вршењу уговора (чл. 524-539) уврстио и правила о извршењу уговора са таквим предметима.

¹⁶⁵ Општи имовински законик, чл. 526: „Ако је дуг у суврстим стварима, њих бира, кад није иначе углављено, дужник, али доброта им треба да је свакако према уговору. Кад о томе није ништа нарочито уговорено нити се намјера уговорника иначе дознати може, тада ствари које дужник даје, треба да не буду испод средње руке.“

¹⁶⁶ Општи имовински законик, чл. 528: „Кад је погођено да ће се дужник одужити на обир, т.ј. тим што ће од двије или више одређених ствари дати једну или другу, да ће од двије или више радња извршити једну или другу, тад, ако иначе уговорено није, дужник је властан сам да одреди коју ће од дужности што су на обир извршити, и тако извршив једну, свој дуг намирити.“

2.4.ФОРМА УГОВОРА

Форма није била општи услов за настанак уговора јер су уговори настајали простом сагласношћу воља осим када је Законик, односно када су саме странке предвидјеле закључење уз коришћење писмене или неке друге форме. Сходно томе, форма је по начину настанка могла бити законска или уговорна.¹⁶⁷

Имовински законик је само у два случаја изричито захтијевао да странке своју вољу манифестују на одређени начин како би оствариле жељено правно дејство. На првом мјесту, потребно је истаћи да је уговор о поклону, који је за предмет имао ствар вриједности изнад петсто франака, као и поклон који се састојао у периодичном давању, морао бити закључен у писменој форми и судски потврђен јер „без те исправе и потврде, оваки дарови неће имати никакве законите снаге.“¹⁶⁸ Сем тога, Законик предвиђа за „уговорно право прече купње, да би вриједило, треба да је писмено утврђено.“¹⁶⁹ Дакле, ово су два мјеста гдје се непосредно захтијевало испуњење формалности па би се могло закључити да је принцип усмености имао широко поље примјене. Међутим, овакав закључак би био несмотрен имајући у виду два следећа разлога.

На првом мјесту, познати су проблеми са којима се сретала црногорска власт приликом спровођења законских одредби о стицању својине на непокретностима. Наиме, наглашавано је да су се почетком 19. вијека нагомилале парнице „због оскудице законског облика у уговорима непокретних добара.“¹⁷⁰ Ова констатација је морала бити доведена у питање самим тим што Законик изричито не захтијева писмену форму за закључење уговора о куповини непокретности. Пракса, као и неки теоретичари,¹⁷¹ тежиште проблема су видјели у форми уговора о продаји непокретности. Ипак, такво полазиште није било одговарајуће јер Законик није захтијевао формалности за закључење уговора, већ за његово извршење и у том правцу захтијевао је да се уговори о стицању

¹⁶⁷ Општи имовински законик, чл. 500: „Кад уговорници сами углаве да ће уговор имати неки одређени облик, па закон то и не тражио, бива да је уговор завршен тек пошто се потпуно изврши оно што се хоће за остварење одређеног облика. Тако, кад је уговор писмен, узеће се да је завршен својеручним потписом или биљегом уговорника.“

¹⁶⁸ Општи имовински законик, чл. 485.

¹⁶⁹ Општи имовински законик, чл. 254.

¹⁷⁰ П. Стојановић, 1987, 26-30.

¹⁷¹ *Ibid*, 29.

непокретности судски потврде да би купац (стицалац) постао сопственик ствари.¹⁷² Чини се да би ови проблеми били мање изражени да је Законик једноставно прогласио уговор о куповини непокретности за формалан уговор. Мада, схватљиво је што Богишић није могао тако да поступи имајући у виду да би се такво рјешење косило са прихваћеним принципима либерализма, сем тога, степен сложености правног промета није био достигао ниво који би од законодавца захтијевао да реагује у том смјеру.¹⁷³

Дакле, Законик није захтијевао писмену форму као услов за настанак уговора о куповини непокретности већ је стицање стварних права по основу овог уговора условио судском потврдом и писменом формом, што није сужавало домен примјене принципа усмености, који је, с друге стране, био ограничен постојањем реалних уговора.

Наиме, по Имовинском законуку била је неопходна предаја ствари да би се закључио уговор о зајму, уговор о остави и послузи, као и уговор о залози. То су четири уговора која су из римског права задржала реалну форму. Ипак, њихова позиција у римским условима и у периоду с краја 19. вијека није била иста. У римском праву су реални уговори представљали корак напријед у слабљењу формализма јер је за њихово закључење била потребна проста предаја ствари без додатне усмене или писане свечане форме.¹⁷⁴ С друге стране, по модерним теоријским схватањима, присуство реалних уговора је корак уназад с обзиром да је консенсуализам проглашен као принцип.¹⁷⁵ Ипак, потребно је истаћи да је у вријеме настанка Имовинског законика једино Швајцарски законик о облигацијама реалне уговоре конципирао као консенсуалне, док су остали

¹⁷² Члан 26 о стицању својине на непокретним стварима каже: „Ко уговором (куповином, промјеном, и т.д.) стече земљу, кућу или другу непокретну ствар која је у Црној Гори, он тим самим још не постаје њен власник. тек судском потврдом, признаје закон да властина стечене уговором ствари прелази на стечника.“ Док у члану 27 стоји: „Уговор којим се стјече непокретна ствар, треба да је писмен.“

¹⁷³ Требало је да прође више деценија од доношења Законика до одређења уговора о куповини непокретности за формалан уговор. Тек у другој половини прошлог вијека било је могуће говорити о ренесанси формализма, што је било условљено потребом заштите правне сигурности и ефикасност правног промета, в. С. Перовић, 1976, 111.

¹⁷⁴ В. М. Милошевић, 2011, 356.

¹⁷⁵ С. Перовић, *Предговор у Закону о облигационим односима*, Службени лист СФРЈ, Београд 1978, 36-37, гдје се поред осталог наглашава да је ЗОО „прекинуо са традицијом и нашег права по којој су зајам, остава и залога били сматрани реалним уговорима. Закон их схвата као уговоре који настају сагласношћу воља, а предаја ствари има значај акта испуњења уговорне обавезе.“

задржали категорију реалних уговора. Тако је и Богишић предвидео реалну форму за уговор о рукодаћу (зајму).¹⁷⁶ Наиме, по тој концепцији зајам је настајао тек након предаје ствари зајмопримцу па зајмодавац није имао обавеза из зајма већ само право да тражи повраћај зајма. Сходно томе могло би се рећи да је овакав облик зајма био привилегија зајмодавца који је по правилу био богат,¹⁷⁷ док је с друге стране био зајмопримац који је по правилу био сиромашан и зајмом обавезан да врати зајмодавцу исту количину, исте врсте ствари. Као што је напоменуто, први је Швајцарски законик о облигацијама конструисао уговор о зајму и остале реалне уговоре као консенсуалне уговоре. На тај начин је зајам од једностраног посла постао двострани посао у којем су и зајмодавац и зајмопримац имали права и обавезе. Ипак, иако је консенсуализам био у великој мјери заступљен у Имовинском законнику,¹⁷⁸ друштвеноекономске прилике у Црној Гори нијесу биле у довољној мјери сазреле за формирање консенсуалног зајма, што је Богишић исправно процијенио. У нашем праву зајам је обликован као консенсуални уговор у Закону о облигационим односима из 1978.¹⁷⁹

Општи имовински законик је у члану 498, као што је већ наглашено, за настанак уговора захтијевао испуњење општих услова (да је уговор „правилно углављен“) док је форма представљала посебан услов за настанак уговора. То значи да је она била потребна само када је то Законик захтијевао или када је такав захтјев био постављен сагласношћу странака на основу члана 500 Општег имовинског законика.

Општа санкција за непоштовање законске форме била је одређена следећим правилом: „Кад неки уговор не би имао наређени законом облик, а закон не би што друго одредио за поједине случајеве, тада ниједно право које не би потјецало од таког уговора, неће се моћи судом постићи.“ Дакле, Законик је као санкцију одредио немогућност утужења. То значи да би из уговора без законске форме

¹⁷⁶ Реалан облик зајма у римском праву је био преодређен врстом санкције која се користила за овај посао. Наиме, да би зајмодавац имао право на кондикцију било је потребно да је пренио својину ствари на зајмопримца. В. Ј. Даниловић, „Неосновано обогаћење,“ *Анали Правног факултета у Београду*, 2001/1-4, 492-510.

¹⁷⁷ О. Станојевић, *Зајам у историји права*, Београд 1966, 289.

¹⁷⁸ Општи имовински законик, чл. 498: “У опште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одјеће или облика, да би имао закониту снагу.”

¹⁷⁹ ЗОО, чл. 557: „Уговор о зајму обавезује се зајмодавац да зајмопримцу преда одређени износ новца или одређену количину других замјенивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исти износ новца, односно исту количину ствари исте врсте и квалитета.“

настала природна облигација која је била неутужива али која није давала могућност да се захтијева повраћај испуњеног на основу неоснованог богаћења јер је оно што је било испуњено на основу природне облигације било правоваљано испуњено.

ГЛАВА ДРУГА

СРЕДСТВА ОБЕЗБЈЕЂЕЊА ОБЛИГАЦИЈА

1. ЈЕМСТВО

1.1. Појам и основна обиљежја јемства

Општи имовински законик је посветио сразмјерно велики број чланова установи јемства, укупно 18 (457 - 472), т.ј. 16 правила у трећем дијелу, који садржи поједине уговоре, и два правила у оквиру шестог дијела објашњења, одређења, допуне (894, 895).¹⁸⁰ У оквиру општих одредби о јемству налазе се одређења појма јемства и правила о односу између повјериоца и јемца (чл.457-466), затим слиједе одредбе о односима јемца и дужника (466 - 469) и на крају одредбе о врстама јемства, односно о сајемцима, јемчевом јемцу и одговорном лицу за јемчеву штету (469 - 472).

Јемство подразумијева могућност да се повјериоцу из једног облигационог односа осим дужника, обавезе још једно лице да ће му испунити тражбину под условом да је дужник не испуни. Дакле, јемство је на првом мјесту лично средство обезбјеђења испуњења обавезе гдје се повјериоцу, поред дужника, обавезује још једно лице. То лице, које се обавезује, назива се јемац и његова обавеза се састоји у томе да плати туђи дуг, дуг главног дужника.

На основу расположивих извора могло би се закључити да је јемство, као облик личног обезбјеђења, рјеђе коришћено од различитих облика стварног обезбјеђења. Већи број спорова поводом реализације различитих облика заложног права, као и већи број исправа о установљеним залогима, дају основ за доношење таквог закључка. Чак више, чини се да је временом фреквентност јемства у грађанско-правним односима била све мања. С друге стране, мјенично јемство је добило на значају због своје улоге у промету. Разлоге треба тражити у друштвеном окружењу. Наиме, познато је да су шири друштвени слојеви били приближног имовинског стања а јемац је, по природи ствари, требао да буде

¹⁸⁰ Њемачки грађански законик лоцира јемство у дио о појединим облигационим односима (§765 - 778), као и Богишић, а сем тога, интересантно је примјетити да се и у једном и другом закону након јемства говори о нагодби, Њемачки грађански законик, Београд 1970.

бољег имовног стања од дужника. Због тога је солвентног, и за обавезивање расположеног јемца, теже било наћи него неку ствар која би послужила као обезбјеђење.

С друге стране, забиљежени су случајеви гдје је исплата дуга била обезбијеђена залогом и јемством. Такаво јемство је имало особен значај када заложена ствар није била довољне вриједности да се из ње намири цјелокупно потраживање, па је јемац плаћао ту разлику.¹⁸¹

Обавеза јемца из уговора о јемству је споредна, односно акцесорна, па због тога прати правну судбину главног дуга. Како то језгровито стоји у члану 458: „Гдје нема дуга, нема ни јемца, те по томе, кад дуг законит није, ни јемство не може имати законите снаге.“

Дакле, обавеза главног дужника је морала бити пуноважна, или по ријечима законописца, дуг је морао бити „законит,“ да би јемчево обавезивање имало дејства.

Од овог општег правила постојао је својеврсни изузетак. Наиме, јемство које је било преузето уз непотпуни уговор, уговор пословно неспособног лица које се обавезало без сагласности законског заступника, као и за уговоре који су били закључени услед заблуде или преваре дужника, производило је правна дејства као да је преузето уз пуноважну обавезу. Наравно, под условом да је јемац знао за ове чињенице.¹⁸² Практично, то је значило да лични приговори дужника према повјериоцу нијесу могли користити јемцу. Наиме, иако је у односу на јемца примарна обавеза била туђа обавеза, не може се рећи да он није био правно заинтересован за њену судбину без обзира што му сам закон није дао могућност да користи личне приговоре дужника ако је знао за чињенице које су могле бити повод истицању ових приговора (заблуда или превара, пословна неспособност).

¹⁸¹ Капетанија Љешанска – КАЉ, 4;1/1902, Томо Вукчевић је заложио своју земљу повјериоцу ради повраћаја зајма, сем тога, дужник је нагласио да „за још вишу сигурност дајем сврх подлога јемца Илију Јованова који јемчи кад неби Пеко мога из подлога новце избит кад би кренуо да накужаје да му Илија даде поменути суму новаца а Пеко Илији таксирану признаницу;“ Слично и Заставни уговор од 18. јануара 1911. године, ОПС, број 145, II-1911-21.

¹⁸² Општи имовински законик, чл. 458: „Ипак, ако није допуштено судом дуг наплатити, ради узрока који се лично дужника тиче, а за који је јемац знао кад се подјемчио, његово је јемство према дужитељу и опет тврдо; осим ако је дуг већ сам по себи ништав, што је постао од непоштена или иначе недопуштена посла.“

Закон је, имајући у виду уобичајне прилике, пошао од претпоставке да је јемац био упознат са свим аспектима туђег посла чије испуњење гарантује, па је због тога на њему била евентуална обавеза да докаже супротно.

Поред тога што је била акцесорна, јемчева обавеза је и супсидијарна. О овом својству јемства изричито говори члан 457. Наиме, овај члан гласи: „Правило: јемац, платац“ закон тако разумије да јемац, кад што друго уговорено није, плаћа дуг само, ако га дужник не намири, или онај дио што не намири, пошто дужитељ буде на то дужника судом нагонио.“ Дакле, јемац је био обавезан да исплати дуг само када повјерилац није могао судским путем да оствари намирење потраживања од дужника. Јемац је био дужник другог реда па је његова обавеза у односу на дужникову – главну или примарну обавезу, допунског (супсидијарног) карактера. Супсидијерност је по правилима Законика била редовна карактеристика јемства, тако да су странке супротну вољу морале изричито нагласити.

Супсидијерност је својство које се везује за касније фазе у развоју јемства. Углавном, код првобитних облика јемства, јемчева обавеза је имала примаран карактер, као и дужникова обавеза. Супсидијерност је својство које је јемство стекло на крајњем ступњу развоја, како код Римљана, тако и код других народа.¹⁸³ Истим путем ишло је јемство и у црногорским обичајима. Наиме, јемчев положај одсликавало је правило „јемац, платац.“ То правило је значило да је јемац био дужан да плати туђи дуг за који се обавезао без обзира да ли је повјерилац тражио намирење од самог дужника. Такав јемац је одговарао солидарно са дужником и због тога се за овај облик јемства усталио назив солидарно јемство, или се, као некада, такав јемац једноставно назива јемац-платац.¹⁸⁴

Стару пословицу „јемац - платац“ Богишић је интерпретирао супротно до тада важећим обичајима. Наиме, као што је напоменуто, раније се сматрало да је јемац у обавези да намири дуг истовремено, или чак прије дужника.¹⁸⁵ Јемчева обавеза је била акцесорна јер је он одговарао за „неизвршиоца за којег се

¹⁸³ Д. Стојчевић, 182.

¹⁸⁴ В. Богишић, (2004б), одговор 11.

¹⁸⁵ *Ibid.*

подјемчио,¹⁸⁶ али није била супсидијарна. То се још јасније види из Записника: „До сада је правило било да се није да онај дужитељ није много дужника ни тражио одмах пошто је рок истека он је тражио јемца пак и јемац и дужитељ обично су обоица тражили преко суда дужника и суд готово нигда није приморава јемца док је у дужника било чишће платити него је и отога правила било изузетка. „¹⁸⁷

Разлог који је евентуално утицао на редослед намирења могао се тражити и у начину на који је настало јемство. Наиме, Богишић је забиљежио да су постојале двије врсте јемства које су имале различито правно дејство услед тога што се јемац обавезивао различитим ријечима. Постојало је солидарно јемство, јемство које је јемац преузимао ријечима: „ја сам ти јемац и одговорник за њега“ и супсидијарно, установљено ријечима „што год он (дужник - Р. П.) неплати ја ћу платити“.¹⁸⁸

Сем тога, на редослед намирења могло је утицати и вријеме настанка уговора о јемству. Наиме, ако је јемство настало истовремено са главним дугом суд је одобравао повјериоцу наплату директно од јемца, али ако је јемство настало касније јер је „јемац урадио да му (дужнику-Р.П.) дужитељ продужи рок ,“¹⁸⁹ суд је гледао да се намирење на првом мјесту оствари од дужника.

Дакле, прије доношења Законика јемчева обавеза је била супсидијарна када је то било изричито уговорено или када је настала након доспјелости главне обавезе како би се дужнику продужио рок.

По Имовинском законнику супсидијарна одговорност јемца се подразумијевала када другачије није било уговорено (чл. 457, 894). Ово рјешење, већ присутно у правним системима других земаља,¹⁹⁰ утицало је на побољшање

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Записници, Сједница XVIII, 29. децембра 1881. године, Цетиње, 128. В. ВС, н. 504, 25. август 1879.г., Цетиње: „Ивана Ђура Укмановића каже даима јемца у Буковик за дуг Пера Краља. Стога пиши К. Кнежевићу ако је јемца за Пера Краља да га принуди мирити Ивану Ђурову. Небуде ли јемца, онда намири Ивану од имаћа Пера Краља као и друге дужнике.“ Из ове наредбе Великог суда локалном капетану види се да се намирењу из дужникове имовине приступало ако није било јемца, а када је постојао јемац, он је био дужан да плати дуг.

¹⁸⁸ Записници сједница Одбора на Његушима и у Цетињу 1881 – 1882, XIX сједница 30. децембра.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Аустријски грађански законик, § 1355; Њемачки грађански законик, § 771.

положаја јемца и требало је да успостави позитивнији однос према овом виду гранације, што се у крајњем и догодило самим тим јер се сматра да је оно данас најчешћи вид обезбјеђења испуњења обавеза.¹⁹¹

Из сачуване пресуде Окружног суда у Цетињу види се да је јемство било супсидијерна обавеза. Уговор о јемству је био склопљен у априлу 1920. године приликом купопродаје волова и „нарочито је углављено било да тужитељ има о року намир дуга затражити од јемца ако га главни дужник не би подмирио...“¹⁹² Дакле, у самом уговору се наводило да је јемчева обавеза допунска, што је остатак обичајне праксе према којој је, као што се видјело, јемчева обавеза била супсидијарна само ако се изричито тако уговорило. Даље, из стварног основа пресуде се види да је повјерилац тужио главног дужника и да је он - Никола Перов Вукмировић, осуђен да плати дуг. „Пошто је извршење било безуспјешно, што се утврђује изјавом општине Жабљачке ..., тужитељ (повјерилац - Р. П.) сагл. чл. 457 и др. ОИЗ. тражи од туженога као јемца да дуг с приложјем исплати.“¹⁹³ Тужени јемац, Кућа Зека Перишина Вукмировића, се позвао на чињеницу да су купљени волови били лошег квалитета и да је продавац снизио цијену, чиме је по њему била склопљена нова погодба у којој он није учествовао. Ипак, у разлозима пресуде стоји да „уговор од 9.4.1920.г. којим се тужени подјемчио да ће о Митровудне 1920.г. исплатити тужитељу дуг од динара 4650, за случај ако овај не би главни дужник исплатио - није ни најмање ослабљен тиме, што је дужитељ 9.5.1920.г. главницу снизио за 250 динара, те о каквом прометнућу и не може бити говора, јер за ову мањкају услови из чл. 948 ОИЗ.“¹⁹⁴ Дакле, смањење дуга није могло бити разлог за престанак јемства већ је оно, у складу са својом акцесорном природом, настављало да егзистира у смањеном обиму.

1.2 Форма уговора о јемству

Имовински законик није прописао посебну форму за настанак јемства што значи да су странке јемство могле уговорити у форми по својем избору. Приликом читања предложених законских рјешења дотакло се и питање форме уговора о

¹⁹¹ Ј. Салма, 121.

¹⁹² ОСЦ, бр. 285, IV-1924-51, ф. 194, Цетиње 14. марта 1924.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

јемству али је просто констатовано да „писменост не може још бити обвеза Црној Гори.“¹⁹⁵ Дакле, степен сложености привредног живота није захтијевао преузимање јемства у писменом виду, као што је то тада иначе било предвиђено у другим правним системима.¹⁹⁶ Наша ранија кодификација облигационог права је предвидјела писмену форму за настанак јемства,¹⁹⁷ али је оставила простора могућности да се извршењем обавезе од стране јемца недостатак у форми поправи.¹⁹⁸ Наш нови Законик, пратећи савремене токове, није оставио могућност да се недостатак форме излијечи испуњењем: „Ако изјава о јемчењу није учињена писано, уговор је ништав.“¹⁹⁹

1.3. Предмет уговора о јемству

Јемац се могао обавезати на испуњење било које дужникове пуноважне обавезе без обзира на њену садржину и основ из којег је потекла. Свакако, начин испуњена од стране јемца зависио је од саме природе обавезе јер ако дужник није испунио обавезу која је била везана за његову личност и која је гласила на чинидбу, онда се јемчева обавеза сводила на обавезу накнаде штете.

Расположива грађа показује да је јемство најчешће пратило уговор о куповини. Сачуване су исправе о јемцу који је продавцу волова гарантовао да ће купац намирити цијену,²⁰⁰ као и о јемцу који се обавезао да ће продавцу капута исплатити цијену ако је не исплати купац као главни дужник.²⁰¹ С обзиром да су се најчешће склапали уговори о купопродаји, зајму и закупу, извјесно је да је управо те уговоре пратило јемство.

¹⁹⁵ Записници, Сједница XX, 30. децембра 1881.г., Цетиње, 129.

¹⁹⁶ Аустријски грађански законик, §1346; Њемчки грађански законик, § 766; Швајцарски законик о облигацијама, члан 493. Иначе, ни Српски грађански законик не захтијева писмену форму као битан елемент јемства.

¹⁹⁷ ЗОО, чл. 998: „Уговор о јемству обавезује јемца само ако је изјаву о јемчењу учинио писмено.“

¹⁹⁸ С. Перовић, 1598. Њемачки грађански законик о томе говори изричито, § 766: „...Недостатак облика је излијечен, ако јамац испуњује главну обавезу.“

¹⁹⁹ ЗООЦГ, члан 1101.

²⁰⁰ ОСЦ, бр. 285-IV-1924-51, ф. 194, Цетиње 14. марта 1924. Ова пресуда је врло комплексна, али и корисна за разматрање практичне провјере односних законских правила о јемству.

²⁰¹ Наиме, Мијовић Миљан из Бара купио је капут код фирме Леон Финци из Сарајева уз јемство Илије Милановића, такође из Бара.

Јемство се могло установити не само за постојећи, него и за будући дуг и за дуг који би „тек постати могао,²⁰² дакле условни дуг. Осим тога, јемац је могао гарантовати само за исплату дијела дуга. Да би се јемство могло закључити на описане начине, тј. у наведеном обиму, странке су то морале изричито уговорити из разлога јер „закон, сам по себи, никако тих стегнућа у јемству не претпоставља.“²⁰³

Напротив, ако одређене границе јемству нијесу биле постављене, јемац је по чл. 459 јемчио за главни дуг и његове додатке који су били основани у вријеме настанка јемства. Тај додаток се могао, на примјер, односити на уговорну казну. Други став овога члана односи се на исплату уговорених, а неисплаћених камата. По том правилу, „што се тиче уговорена али још не плаћена већинка, јемац одговара само за последње двије године, ако није нарочито што друго уговорено.“ Пошто су потраживања добити на главно застаријевала за четири године,²⁰⁴ јемчев положај је побољшан јер је он био дужан да надокнади оне камате које повјерилац није наплатио у року од двије године прије настанка јемства.

С друге стране, за увећање дуга услед доцње јемац је одговарао само када је на вријеме био обавијештен да дужник „одуговлачи плаћање, а он не учинио што је требало да се отклоне последице одвлаке.“²⁰⁵

Оно што се из овог правила може закључити јесте да одговорност јемца за увећање дуга услед доцње није била безусловна. На примјер, он је био дужан да надокнади затезну камату само када након благовременог обавјештења о доспјелости дуга није предузео радње које су могле да отклоне последице доцње.

Ово специфично правило потиче из праксе и указује на положај јемца након што дужник по доспјелости није исплатио дуг. Јасно о томе говори свједочење једног повјериоца који је описао ток реализације потраживања које је било осигурано јемством. Наиме, Томица Рачић из Бјелопавлића продао је стоку Ђуру Прибиловићу уз јемство Мила Мартинића. Пошто дужник није исплатио

²⁰² Општи имовински законик, чл. 895.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Општи имовински законик, чл. 628.

²⁰⁵ Општи имовински законик, чл.460.

дуговану цијену, повјерилац се у складу са уговором о јемству, обратио јемцу. Извод из повјериоачевог свједочења даље казује: „Мило замоли мене хајде да идемо заједно у прибиловиће да бисмо новце скужали од дужниках, зато ја сада неимам да тебе наплатим. Ја на молбу пок. Мартинића пођем са њим у Поборе, и Поборани немадоше готове новце, него замолише Мила да прими у залог један сребрни крст и да их чека једну годину обећавајући неку добит на главне новце. Покојни Мило замоли мене да исти крст примим, како што поборани казаше, и ја примих сребрни крст. Пошто прође једна ипо година, ја позвах Мила Мартинића да ми новце плаћа, и обећа даће исти, у прибиловиће да новце скужаје ...“²⁰⁶ Углавном, дужници су на крају исплатили повјериоца и јемац је био ослобођен обавезе. Али оно што је значајно у овом сегменту јесте управо утицај који је јемац вршио на дужника да испуни обавезу. Види се да је јемац издејствовао продужење рока и да је на тај начин прекинуо доцњу.

С обзиром да је описано јемство било солидарно, могло би се закључити да је активан положај имао само такав јемац. Међутим, каснија пракса показује да није било тако. У том смислу потребно се задржати на још једној парници.

Наиме, у спору поводом обима јемчеве обавезе суд је на првом мјесту утврдио да је у питању био уговор о јемству из члана 457 (супсидијарном) и да у њему нијесу била постављена било каква ограничења у погледу јемчеве обавезе па је суд наложио да јемац „дужитељу намири цио дуг с приложјем и трошкове, кад границе јемству нијесу стегнуте и кад му је на вријеме казано да дужник одлаже плаћање (чл. 457 у в. с. чл. 895, 459 и 460 О. И. З.).“²⁰⁷ Дакле, јемац је у овом случају морао да плати главни дуг и затезну камату од дана доспјелости јер је био обавијештен о доцњи дужника, складно чл. 460. Међутим, суд се није задржао само на утврђивању ових чињеница већ је утврдио и да је тужилац јемца „молио да утиче на дужника да дуг што прије подмири...“²⁰⁸ Из тога би се могло закључити да је јемац требао да утиче на дужника да исплати дуг, што је било не само у интересу повјериоца, већ и у интересу самога јемца јер се исплатом ослобађао дуга, а и неизвјесности поводом последица јемства.

²⁰⁶ ВС, N 2, Испит Томице Рачића из Бјелопавлића, 15.1.1880.године, Цетиње.

²⁰⁷ ОСЦ, бр. 285-IV-1924-51, ф. 194, Цетиње 14. марта 1924.

²⁰⁸ *Ibid.*

Ако се остави по страни да је јемац могао да оствари утицај на дужника зависно од конкретних околности, остаје да се закључи да је рјешење члана 460 било суштински инспирисано римским правилом да у случају дужничке доцње јемцу који се понашао у складу са правилима „треба помоћи.“²⁰⁹

Предмет јемства могла је бити и јемчева обавеза, тј. јемац је давао јемца да ће испунити преузету обавезу. Јемчев јемац је био дужан да исплати дуг у случају да се повјерилац није наплатио ни од дужника ни од његовог јемца (чл. 471).

1.4. Однос јемца и повјериоца

Основно дејство јемства у односима између јемца и повјериоца зависило је од врсте уговореног јемства. Ако је јемство било супсидијерно, јемац је имао право да истакне приговор реда првенства према повјериоцу који је од њега захтијевао исплату дуга прије него од главног дужника. Ово право дужника према повјериоцу формулисано је у римском праву Јустинијановог периода као *beneficium excussionis*,²¹⁰ преузето је у грађанске кодификације 19. вијека и преко њих ушло је у наше савремено право.²¹¹ Ипак, ово право супсидијерни дужник није имао ако је дужник „посве имањем отанчао, или би побјегао из земље, или би се што друго догодило, што чини да није могуће или је преко мјере тешко наплатити дуг од самог дужника ...“²¹² Наравно, повјерилац није могао у овој ситуацији тужити јемца ради исплате прије доспјелости саме обавезе.²¹³

Очигледно је да је законодавац путем ове норме желио да заштити повјериоца од губитка времена и осталих трошкова, када је већ било извјесно да се наплата не може остварити од дужника.

²⁰⁹ D. 45, 1, 88 *Paulus libro sexto ad Plautium: Mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, mortuo Stichio fideiussori succurrendum est.* Закашњење дужника шкоди и јемцу. Али ако јемац понуди роба, а дужник је упао у закашњење, онда, уколико роб Стих умре, поруку треба помоћи.

²¹⁰ В. Eisner, М. Horvat, 368.

²¹¹ ЗОО, чл. 1004; ЗООЦГ, чл. 1107.

²¹² Општи имовински законик, чл. 461, ст. 1. Упор. Закон о облигационим односима, чл. 1004, ст. 2. Слично и § 773 Њемачког грађанског законика (искључење приговора претечне тужбе).

²¹³ Општи имовински законик, чл. 461, ст. 2.

С друге стране, ако је било уговорено солидарно јемство, јемац није могао истаћи привилегију редоследа већ је повјерилац могао директно да тужи њега ради намирења обавезе.

Посебну пажњу законодавца привукла је ситуација када повјерилац није приступао реализацији својег потраживања. С обзиром да је наплата дугованог била његово право, дужник га није могао судски приморати да то право и оствари. С обзиром да је за дужника дуг био терет, њему је такво стање и одговарало, што се не може рећи и за јемца. Управо ради заштите интереса јемца, Законик је садржао правила која су се могла примијенити када је повјерилац одуговлачио са наплатом дуга.

Законописац је на првом мјесту направио разлику у погледу орочених и неорочених обавеза. Када су у питању биле обавезе ограничене роком, а повјерилац није захтијевао од дужника исплату по доспјелости, јемац је могао судским путем одредити рок у којем је морао од дужника захтијевати испуњење. Како даље Законик каже „ако за одређено вријеме дужитељ то не учини, или започевши посао судског искања, обустави или га занемари, јемац не одговара више, н’ако је сам пристао на одмицање дужнику рокова, или је иначе сам крив каквој препријечи у течају судске наплате.“²¹⁴

С друге стране, „у случајевима у којима је до воље дужитељеве кад ће да тражи намирење дуга, јемац, пошто прође година дана од кад се подјемчио, може искати да дужитељ учини све што треба за наплату дуга.“²¹⁵ Када повјерилац није поступио по овом јемчевом захтјеву, јемац је био ослобођен своје дужности да плати туђи дуг.

Правила ова два члана Законика су обавезала повјериоца да води рачуна о року и да сходно томе не може по својој вољи дужнику одлагати исплату без сагласности јемца самим тим што се јемац обавезао како би повјерилац добио већу сигурност да ће му дуг бити исплаћен.

²¹⁴ Општи имовински законик, чл. 462, ст. 2.

²¹⁵ Општи имовински законик, чл. 463.

Сличну правну заштиту јемцу су пружали неки законици донешени у вријеме израде ОИЗ-а. Ипак, рјешења тих законика, осим заједничке сврхе која се састојала у својеврсној заштити јемца, била су различито конципирана.²¹⁶ Рјешења Имовинског законика, уз мање измјена,²¹⁷ нашла су своје мјесто у нашем модерном облигационом праву посредством Скице Михаила Константиновића.²¹⁸

Након изложеног намеће се питање о поријеклу ових правила у ОИЗ - у. Обичајна грађа на којој се темељи Законик показује да јемство прије доношења Законика није било у цјелини обликовано, али се ипак може примијетити да је постојала могућност да се јемац ослободи своје уговорне обавезе у случајевима када је повјерилац без његовог пристанка одлагао наплату потраживања. Тачније, „тада је суд ослобађао јемца овога јемства па баш да дужник није постао пропалица.“²¹⁹

Поред тога, овом проблематиком се бавила једна теоријска расправа аутора Ђорђа Павловића која је била насловљена: „Објашњење Грађанског законика о јемству,“ а која је објављена 1879. године.²²⁰

²¹⁶ Швајцарски законик о облигацијама је у овом сегменту правио разлику између јемства са одређеним и неодређеним трајањем. Члан 510, ст. 3 предвиђа следеће: „Јемац који се обавезао само на одређено време ослобађа се обавезе, ако поверилац не покрене пред судом парницу за остваривање својих права у року од четири недеље по истеку тога времена и ако не настави, без већег прекида, парницу коју је покренуо.“ Док члан 511 регулише положај јемца када рок трајање његове обавезе није био одређен: „Ако је јемство дато на неодређено време, јемац има право, у случају кад се против њега може покренути поступак пред судом само под тим условима, захтевати после доспелости дуга да поверилац у року од четири недеље, покрене пред судом поступак против дужника за остварење својих права, да поверилац покрене поступак за остварење залога које има и да, без већег прекида, настави те поступке...Јемац се ослобађа своје обавезе ако се јемац не одазове овом позиву.“

²¹⁷ Тако, на примјер ЗОО је предвидио да се јемац ослобађа одговорности када повјерилац на његов „позив после доспјелости, не захтева испуњење од главног дужника у року од месец дана од тога позива.“ Дакле, јемац није морао судским путем да позива повјериоца да захтјева испуњење, као што је било нормирано у ОИЗ-у. Осим тога, рок у којем је повјерилац имао тражити наплату је законски фиксиран, али независно од тих посебности, концепција рјешења је иста.

²¹⁸ М. Константиновић, *Облигације и уговори: скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд 2006, 335, члан 1019 (Ослобођење јемца због повјериоачевог одуговлачења): „1. Јемац се ослобађа одговорности ако повјерилац, на његов позив после доспелости потраживања, не захтева испуњење од главног дужника у року од месец дана од тог позива. 2. Кад рок за испуњење није одређен, јемац се ослобађа одговорности ако поверилац, на његов позив по истеку једне године од закључења уговора о јемству, не учини у року месец дана од тог позива потребну изјаву за одређивање датума испуњења.“

²¹⁹ Записници, Сједница XVIII, поподне 29. децембра 1881.г., Цетиње, 128.

²²⁰ Ђ. Павловић, *Објашњење Грађанског законика о јемству*, Београд 1879.

У овој расправи се детаљно анализирају правила Српског грађанског законика о јемству. С обзиром да из природе јемства произилази да је јемац заинтересован да се ослободи своје обавезе, он је у случају повјериочевог одуговлачења могао да захтијева да повјерилац покрене наплату или да захтјева ослобођење од јемства. Резонујући на овај начин, аутор је критиковао праксу српских судова која је овакве јемчеве захтјеве одбијала, тачније предмет његовог разматрања су била правна правила којима се укинуо односни члан Српског грађанског законика.

У законском тумачењу из 1853. године, поводом престанка јемства, одређено је да се јемац ослобађао обавезе када повјерилац 15 дана по доспјелости није тражио наплату. Дакле, јемац се ослобађао „с пуним правом“, тј. аутоматски. Међутим, законско рјешење из 1859. године, којим је укинуто правило из 1853. године, прописало је да јемац остаје у обавези све док се цијели дуг не исплати.

Аутор је уочио да је ово ново правило могло бити протумачено на два начина: „1. законодавац није хтио више да допусти да се јемац може ослободити с пуним правом, него нека изречно, т.ј. судским путем тражи своје ослобођење, ...2. јемац се оставља самовољи повјериочевој, он је његов роб, и докгод овај не усхтједне тражити наплату дотле је јемац непрестано везан...“²²¹

Између ова два тумачења, аутор се определијелио за прво, „по коме се јемац не ослобођава истина с пуним правом, али му се може дозволити по истеку рока, да судским путем тражи измирење дуга или своје ослобођење.“²²² Овакво правило је формулисао и В. Богишић у чл. 462 и дозволио је јемцу да захтијева наплату или ослобођење.

Прелазећи на трајне облигације Ћ. Павловић истиче да је код њих положај јемца посебно тежак, па каже: „ту је законодавац требао да определи извесно време, после ког обвезност јемчева застарева. Истина је, да код извесних трајућих обвезности то не би могло бити, као, кад би ко јемчио за неког татора,

²²¹ *Ibid*, 123.

²²² *Ibid*.

рачуновођу, и т. д. - онда би се продужило јемство, докле би год туторство или рачуноводство трајало.“²²³

Неопходно је истаћи да је Ђ. Павловић исправно уочио посебности неких трајних обавеза гдје је временско ограничење јемства било у супротности са његовом природом персоналне гаранције. Ипак, иако се након свега изнесеног, не може спорити извјесна подударност између Богишићевих законских рјешења и Павловићевих препорука законодавцу, у Општем имовинском законнику нијесу остављене никакве резерве за особености неких трајних обавеза.

Даља суштина разматраних законских рјешења састојала се у томе што је јемцу била наложена обавеза брижљивости у односу на реализацију повјериочевог потраживања од стране дужника. Наиме, јемац је био дужан да изрази своје неслагање са неактивношћу повјериоца поводом наплате или са евентуалним продужавањем рокова. Супротно понашање имало је за последицу продужење, односно опстајање јемства. О свему томе казује једна пресуда у којој су сасвим јасно образложени чланови 462 и 463 Општег имовинског законика.

У тој пресуди стоји: „Према чл. 462 и 463 О. И. З. јемац може да за дуг главног дужника не одговара, ако о року исплате, било да је овај одређен или неодређен, судским путем назначи дужитељу вријеме, за које треба да од дужника судом тражи намир дуга. И ако је ова дужност јемчева факултативна, ипак занемарење исте има за последицу одржавање јемца у даљој обавези.“²²⁴

И у овој пресуди се говори о дужности јемца да се активно понаша поводом наплате потраживања. Дакле, у овој ситуацији имали би активног јемца и повјериоца који је био пасиван према дужнику и јемцу. Сем тога, повјерилац који није био у потпуности пасиван поводом реализације потраживања јер је, на примјер, одлагао рокове намирања, није могао да заузме пасиван став према јемцу. Наиме, он је био дужан да обавијести јемца о дужниковим пропуштањима јер је он у супротном сносио евентуалне последице.

²²³ *Ibid*, 133.

²²⁴ ОСЦ, бр. 285-IV-1924-51, ф. 194, Цетиње 14. марта 1924.

Други аспект односа јемца и повјериоца везан је за крајњу фазу правног односа који је настао поводом уговора о јемству. Наиме, ради се о утицају повјериоца на реализацију јемчевог права накнаде од дужника. О томе детаљно говори члан 464 Имовинског законика: „Кад је год у опште дужитељ крив што јемац неће моћи више од дужника наплатити оно што би требало за њ да плати, или дио тога: било за то што му је дужитељ повратио залог, што му је лакомислено одмицао рокове плаћања без јемчевог пристајања, било којим драго другим несмотреним или зломисленим начином, - јемац се ослобођава јемства у толико у колико му се тиме крњи или одузимље могућност да се од дужника наплати.“

Први начин на који је повјерилац могао да осујети јемчево право накнаде према дужнику тиче се напуштања реалног обезбјеђења. Наиме, значај овог повјериоцевог акта може се сагледати у најпростијем случају када се намирење потраживања није могло постићи од дужника који није био солвентан па је зато тужен јемац који претходно није предузео било коју правну радњу којом би заштитио своје правне интересе према дужнику (н.пр. није дужнику захтијево обезбјеђење) јер је рачунао на намирење из залог.

На овом мјесту може се поставити питање какав је био положај јемца када је потраживање било обезбјеђено залагама?

Наиме, самим тим што цитирани члан 464 санкционише повјериоца који је напустио залог, јасно је да редослед намирења од главног дужника и јемца није био промијењен услед постојања заложног права. Тачније, повјерилац није био дужан да приступи реализацији заложног права прије обраћања јемцу ради наплате потраживања. Међутим, он је био дужан да јемцу преда залог јер се јемац „само уз залог обвезао.“²²⁵

²²⁵ Српски грађански законик §836: „Ако би поверилац осим јемства још и залог имао, он није властан на штету јемца, залог из руке испустити; јер иначе јемац од свога јемства одустати може, почим се он само уз залог обвезао.“ Исто и Аустријски грађански законик, § 1360. Супротно рјешење су садржали Швајцарски законик о облигацијама (чл. 495) и Њемачки грађански законик (§ 772). Наиме, по њима је обичан јемац могао да тражи од повјериоца да се наприје намири из вриједности заложених ствари.

Ипак, уговарачи су могли сагласно одредити редослед реализације реалних и персоналних гаранција. Као што се могло видјети, најчешће су јемци били у обавези да намире недостатак који је остао након судске продаје заложених ствари када њихова вриједност није била довољна да се цијели дуг намири.²²⁶

Осим напуштања гаранција, повјерилац је могао продужавати дужнику рокове без јемчевог пристанка и тако довести у питање његово намирење од дужника. Свакако, у овом сегменту се може уочити да је повјерилац имао дужност да обавијести јемца о одлагању наплате и пропуштање ове дужности утицало је да повјерилац сноси штетне поледице које су услед тога настале по јемца.²²⁷

Јемац који је у једној парници тужен позвао се на то да је повјерилац крив што се неће моћи намирити од дужника. Суд је након спроведених доказа поводом те тврдње одлучио да „тужитељ по чл. 464 О. И. З. није крив, што се јемац неће моћи од дужника наплатити, па све да је овоме лакомислено одмицао рокове, будући да је ово одмицање бивало у најмању руку са прећутним пристанком јемца, којег је тужитељ увијек обавјештавао о ходу и начину исплате дуга.“²²⁸ Дакле, јемац се није могао понашати пасивно поводом своје обавезе иако је она била споредна у односу на дужникову обавезу. Занемаривање које је показао наведени јемац имало је лоше последице за њега јер на крају није могао да оствари своје право намирења од дужника.

1.5. Однос јемца и дужника

Када се говори о односу главног дужника и јемца по правилу се мисли на њихов међусобни однос који је настао након исплате повјериоца од стране јемца. Чак више, наглашава се да правни однос између дужника и јемца настаје у

²²⁶ Капетанија Љешанска – КАЉ, 4;1/1902; Слично и Заставни уговор од 18. јануара 1911. године, број 145, II-1911-21, ОПС, 17.

²²⁷ Швајцарски Законик о облигацијама у посебном члану говори о обавези повјериоца да обавјештава јемца о исплати дуга, чл. 505: „Када се дужник налази шест мјесеци у доцњи са плаћањем главнице или шестомесечном каматом или годишњом отплатом, поверилац треба да обавести јемца. На захтев, он треба у свако доба да га обавештава о стању дуга...Ако поверилац пропусти неку од ових формалности, он губи своја права према јемцу до износа штете која је за јемца настала овим пропуштањем.“

²²⁸ ОСЦ, бр. 285-IV-1924-51, ф. 194, 14. марта 1924.г., Цетиње.

моменту исплате повјериоца од стране јемца,²²⁹ а у том смислу и поднаслов раздјела Имовинског законика који се тиче ове материје означен је као међусобни „додир“ јемца и дужника

Поводом односа између дужника и јемца прије исплате дуга од јемаца, обично се констатује да је јемство могло бити установљено и без дужниковог знања, чак и мимо његове воље.²³⁰ Свакако, јемац је могао да закључи уговор о јемству и са знањем, односно уз сагласност дужника. Овакави односи између дужника и јемца данас су могући само када су странке физичка лица док у привредном промету закључењу уговора о јемству претходи уговор о давању јемства којим се једно лице обавезује главном дужнику да ће закључити уговор о јемству са трећим лицем.²³¹

Овај сегмент међусобног „додира“ главног дужника и јемца био је посебан предмет пажње законодавца. Наиме, јемац је имао могућност да од дужника захтијева ослобођење од преузете уговорне обавезе или обезбјеђење својих евентуалних захтјева и прије исплате дуга повјериоцу ако се обавезао по његовој молби или са његовим знањем.

Јемац је дужнику овај захтјев могао упутити у три случаја:

„а) ако је истекао рок извршењу, па дужник одвлачи плаћањем; а и прије рока, ако дужник знатно имањем отанча;

б) ако дужник предигне преко границе, или се приправља да то учини;

в) ако се је и иначе бојати да јемац, према приликама које су се доцније појавиле, неће имати од кога ни од чега да се наплати.“²³²

Као што се може видјети, то су ситуације које су јасно наговјештавале да јемац неће бити у могућности да оствари право накнаде трошкова према дужнику чији је дуг требао да исплати повјериоцу. Сем тога, видљиво је да ова норма нема

²²⁹ Ј. Радишић, 2008., 322: „Уговором о јемству заснива се правни однос између јемца и повјериоца. За дужника он не твори права и обавезе...Тек ако јемац плати дуг умјесто главног дужника, настаје правни однос међу њима, а гаси се уједно однос између јемца и повјериоца.“

²³⁰ Љ. Милошевић, 112, С. Перовић, 1995, 1609.

²³¹ С. Перовић, 1995, 1608.

²³² *Општи имовински законик*, чл. 466.

санкцију. Тачније, каква су била овлашћења јемца када није добио ни обезбјеђење ни ослобођење од дужника? Одговор би се могао тражити у почетној констатацији да је правни однос између дужника и јемца настајао након јемчеве исплате повјериоцу. Или, ако се сагледа практична ситуација, на једној страни јемац који је ослобођен, а с друге стране повјерилац који чека исплату. Када је она изостала од дужника, а јемца је дужник ослободио, ризик инсолвентности је прешао на повјериоца, а то је било супротно циљу јемства јер је ризик инсолвентности дужника требао да сноси јемац! У томе треба тражити разлоге за наведено законско рјешење без обзира како се правно квалификује „додир“ јемца и дужника прије јемчеве исплате дуга повјериоцу.

Норму сличне садржине имали су и други тадашњи законици, Швајцарски законик о облигацијама и Њемачки грађански законик. Рјешења Аустријског грађанског законика и Српског грађанског законика разликовала су се од претходних јер нијесу предвиђала могућност ослобођења од јемства већ само обезбјеђење јемца.²³³

У нашем модерном праву односна правила прате рјешења аустријског и српског законодавства па јемцу не дају право да захтијева ослобођење од јемства, већ једино претходно обезбјеђење када су му због сличних разлога интереси били угрожени.²³⁴ Овакво сужење јемчевих права може се оправдати потребама сложенијег промета, у којем је ради правне сигурности, било неопходно јемце изложити већем ризику и посредно им наметнути обавезу да добро процијене за кога ће гарантовати.

Питање јемчевог обезбјеђења је разматрано у пракси. Тужени јемац, кућа Зека Перишина Вукмировића, је у току поступка истакао да је повјерилац био дужан да га осигура од евентуалне штете због дужниковог лошег имовинског

²³³ Сасвим слично рјешење имају и Швајцарски законик о облигацијама, члан 506, као и Њемачки грађански законик, § 775; Аустријски грађански законик (§ 1365); Српски грађански законик (§ 839) врло јасно: „Ако би јемац видео, да главни дужник пропада и малаксава, или се из отечества удаљава, и некуд премешта; онда он има право захтевати обезбеђење јемствованог дуга од њега.“

²³⁴ ЗОО, чл. 1015. ЗООЦГ, чл. 1118. Ово правило је идентично правилу члана 1023 из Скице за Законик о облигацијама и уговорима с том разликом што је у Скици овај члан имао други став, који је као сувишан и подразумијеван изостављен из Законика о облигационим односима (чл. 1023, ст.2: „Дужник се ослобађа обавезе да пружи јемцу обезбјеђење ако ослободи јемца од његове обавезе према повјериоцу.“).

стања по основу чл. 464 ОИЗ – а. Суд је ову тврдњу прогласио неоснованом „ једно с тога, што му (повјериоцу – Р. П.) ова дужност није никаквим законским прописима наметнута, а друго с тога, што у томе и свакако не би успио, јер мањкају услови из чл. 198 Г. С. П., будући да није имао никаквог основаног разлога, да се боји за успех свог тражења, кад му је ово јемством било осигурано. С тражењем обезбједи могао је дужитељ успјети тек онда, кад би суду вјероватним учинио, да дуг не може наплатити ни од главног дужника ни од јемца, у ком случају могао би обезбједу издејствовати чак и против јемца. У осталом, ако је ова дужност икоме наметнута, то је баш јемцу, разумије се факултетивно (чл. 466 О. И. З.).“²³⁵

Дакле, овај случај казује да је јемац претходно обезбјеђење тражио од повјериоца, а не од дужника, као што је и било предвиђено чланом 466 Општег имовинског законика. Тражење таквог обезбјеђења од повјериоца је супротно природи јемства јер се јемац обавезао како би обазбиједио исплату дуга повјериоцу.

1.6. Однос јемца и дужника након исплате дуга од стране јемца

Јемац се обавезао према повјериоцу као неко ко плаћа туђи дуг, а не као неко ко је преузео тај дуг на себе. Исплатом потраживања од стране јемца престајао је дуг главног дужника према повјериоцу али је у истом моменту, по сили закона, исто потраживање прелазило на јемца. Јемац је по основу персоналне суброгације ступао у сва права повјериоца и имао је право да захтјева надокнаду од дужника.

Ово јемчево право је било присутно прије доношења Законика и о њему изричито свједоче оба Богишићева зборника обичајног права.²³⁶ Јемци су право накнаде од дужника остваривали у пракси,²³⁷ с тим што је било случајева и када

²³⁵ ОСЦ, бр. 285-IV-1924-51, ф. 194, Цетиње 14. марта 1924.

²³⁶ В. Богишић, (2004а), одговор 213, 421: „Ако дужник не плати на рок, то плаћа његов јемац, али опет јемац, који плати, има право тражити од онога, за кога је платио: *јемац-платац*;“ Исти, 2004б, питање и одговор 12, 184.

²³⁷ ВС, Број 214, 11.2.1881.г., Цетиње.

су сносили последице презадужености дужника па нијесу могли да остваре право на накнаду.²³⁸

О овом јемчевом праву говори се у члану 467 Имовинског законика. У њему стоји следеће: „Пошто је јемац намирио дужитеља, сва права и начини обезбједи и наплате дуга, које је овај до тада имао, прелазе сами по себи на јемца.“ Дакле, по сриједи је била персонална суброгација у права повјериоца и то без било какве активности дужника или повјериоца већ по сили закона („прелазе сами по себи“).

Јемац је био обавезан да повјериоцу исплати само оно што му је дужник дуговао. То конкретно значи да је јемац прије исплате повјериоцу био дужан да се код дужника обавијести о стању дуга јер је у супротном могао да претрпи губитак у виду умањења или изостанка надокнаде. Наиме, ако је дуг био застарио, или је био пребијен са дужниковим противпотраживањем, јемац је био у обавези да истакне одговарајуће приговоре „дужнику на корист,“ иначе „изгубиће право да тражи од дужника накнаду у онолико у колико би ти разлочи смањили дуг, или би дужника посве дуга ослободили, осим ако јемац без своје кривице о њима знао није.“²³⁹

Сем тога, у накнаду јемцу дужник је био обавезан да урачуна и „све неизбјегне трошкове и штете које је ради јемства имао.“²⁴⁰

Како је текло остварење јемчевог права намирења према дужнику може се видјети из спора који је покренуо јемац Милановић Илија против дужника Миљана Мијовића. Пошто тужени као главни дужник није исплатио дуг из куповине капута у вриједности од 688 динара, продавац је захтијевао и остварио наплату од јемца и то посредством забране на дијелу његове плате. Тужилац је стога, као јемац, од туженог тражио да му исплати дуг у износу од 1003.74 динара који су чинили вриједност капута и трошкова забране које је сносио јемац. Тужени у поступку није спорио износ дуга од 688 динара на име цијене за купљени мантил али је спорио „рештво“ дуга, тј. трошкове забране. Међутим,

²³⁸ В. Богишић, (2004б), 221.

²³⁹ Општи имовински законик, чл. 469.

²⁴⁰ Општи имовински законик, чл. 468.

тужилац је приложио рјешење Средског суда у Сарајеву из којег се јасно видјело да је „тужитељу стављена забрана на једну трећину плате у корист Леона Финција из Сарајева ради наплате дуга од динара 688 са 6% интереса од 22-2-1935 год. до исплате као и да плати трошкове око стављања забране у износу од динара 275, што скупа износи са интересом више од утуженог износа...Са изложеног и члана 468,“ суд је усвојио тужбени захтјев и наложио је туженом да исплати тражени износ.²⁴¹

С друге стране, у пракси је јасно дефинисано да пресуда „против главног дужника веже јемца у толико у колико је она на закону основана.“²⁴²

Конкретно, у раније наведеном случају првостепени суд је обрачунао камату на дуг у износу од 10%, иако та висина није била изричито уговорена па је с тога требало обрачунати по стопи од 8% (чл. 261 и 262 ОИЗ - а). Другостепени суд је камату обрачунао по стопи од 8%, па је јемац био обавезан да намири дуг у мањем износу од главног дужника. Без обзира што главни дужник није приговорио начину обрачуна дуга од стране првостепеног суда, суд другог степена је правилно закључио да „јемца се то ништа не тиче,“²⁴³ што значи да је јемац могао да користи приговоре које је дужник пропустио да користи.

1.7. Посебни облици јемства

Имовински законик у посебном подраздјелу говори „О јемцима; о јемчеву јемцу; о одговорнику за јемчеву штету.“ Ове посебне врсте јемства су имале неке специфичности по којима су одступале од редовног облика јемства.

Као што се могло видјети, редовни облик јемства је било супсидијарно јемство гдје је јемац био дужник другог реда повјериоцу. Овај смисао је Законик давао синтагми „јемац-платац.“ Данас се као јемац платац означава солидарни јемац, јемац који се истовремено обавезивао са главним дужником.²⁴⁴ Иначе,

²⁴¹ ССБ, бр. 712-IV-1936-251, ф. 571, 10. марта 1936., Бар.

²⁴² ОСЦ, бр. 285-IV-1924-51, ф. 194, Цетиње 14. марта 1924

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ ЗОО, чл.1004, ст. 3; ЗООЦГ, чл. 1107, став 3.

треба додати да се овај облик јемства данас подразумијева уз уговоре у привреди,²⁴⁵ дакле у привредним односима представља редован облик јемства.

Потреба да се јемству у односима између субјекта привредног права анулира супсидијарни карактер испољила се врло рано и у црногорској пракси прије Првог свјетског рата. Наиме, настала је потреба да се судовима разјасне нека питања која су била везана „не само за правилан развитак, него у опште за могућност кредитних односа у земљи.“²⁴⁶ Једно од тих питања било је и јемство па је Министар правде Књажевине Црне Горе упутио 1909. године распис у којем се објашњава да се код мјеничног јемства одступало од обичног приватно-правног јемства из члана 457 Имовинског законика јер је мјенични јемац солидарно одговарао са главним дужником.²⁴⁷

По уобичајном току ствари на страни јемаца се налазило једно лице иако је свакако постојала могућност да се повјериоцу, истовремено или у различито вријеме, више лица обавезе да ће исплатити исти дуг. Имовински законик је тада говорио о заједничким јемцима и њихову одговорност је различито регулисао у зависности од тога да ли је осигурана тражбина била дјелјива или недјелјива. Наиме, јемци су одговарали самокупно само када је у питању била нераздјелјива обавеза или ако је таква одговорност била уговорена, док је у супротном сваки одговарао за свој дио.²⁴⁸

Ово рјешење је одступало од рјешења у упоредном праву која су у овој ситуацији предбиђала солидарну одговорност као правило,²⁴⁹ што је било

²⁴⁵ ЗОО, чл. 1004, ст. 4; ЗООЦГ, чл. 1107, став 4.

²⁴⁶ КАЦГ-58;2/1909, Распис Министарства Правде од 23. фебруара 1909.г., број 572.

²⁴⁷ *Ibid*, у распису се објашњава: „Мјенични јемац јемчи за исплату мјеничног дуга солидарно са оним за кога јемчи, т.ј. одговоран је исто као и он, како за исплату дуга на рок тако и за начин исплате. Овдје јемцу не припада право захтјева, да се прво дужник судом нагони на исплату дуга, него напротив власник мјенице (у пракси обично Банка) може „судом нагонити“ на исплату дуга, чим не буде плаћен на рок и мјеница буде протестирана, непосредно кога од јемца или све, не дирајући дужника; а јемац, односно јемци долазе у онај исти правни положај према дужнику, у ком је био власник мјенице (Банка) прије исплате.“

²⁴⁸ Општи имовински законик, чл. 470: „Више заједничких јемаца за један исти дуг одговарају самокупно тек онда ако је дуг нераздјелјив, или ако је тако углављено; иначе сваки одговара једино за свој дио, а за дјелове осталих као јемчев јемац.“

²⁴⁹ Њемачки грађански законик, § 769; Аустријски грађански законик, § 1359; Српски грађански законик, § 834.

повољније за повјериоца јер је могао да тужи било кога од заједничких јемаца за цио износ дуга.

Члан 471 је регулисао положај јемчевог јемца. Наиме, јемчев јемац се обавезивао повјериоцу да ће му намирити дуг ако то не изврши јемац. Овај јемац није био солидарни дужник са јемцем јер се обавезивао да ће извршити исплату ако изостане она коју је дуговао јемац главног дужника. Повјерилац је намирење требао да тражи од главног дужника, онда од јемца, па тек онда од јемчевог јемца.²⁵⁰

На крају, у члану 472 Имовински законик је говорио о јемцу за надокнаду штете. Овај јемац се није обавезивао повјериоцу већ самом јемцу да ће му надокнадити штету коју је претрпио због тога што није могао остварити право намирења од главног дужника. Иначе, ова врста јемства могла се уговорити када неко лице „не би желело да се јавно појави као јемац, па нађе неког другог који преузима улогу јемца, а оно њему гарантује исплату сваке штете коју би због тога претрпео.“²⁵¹ Свакако, овај облик јемства треба разликовати од јемства за губитке које је постојало када се јемчева обавеза састојала у накнади штете због тога јер примарну обавезу није било могуће извршити.²⁵²

Општи имовински законик посебно не нормира јемство са одређеним трајањем иако се у осталим законцима из овог периода налази овај облик јемства. Мада, одмах се може уочити да су раније донешени грађански законици, Аустријски и Српски, имали прилично либералан став према овом облику јемства. Једноставно се узимало да је протеклом уговореног времена јемство престајало.²⁵³ Новији законици, Швајцарски Законик о облигацијама, као и Њемачки грађански законик, не предвиђају безуслован престанак јемства које је уговорено на

²⁵⁰ Општи имовински законик, чл. 471, ст. 2: „Јемац јемчев одговара у опште дужитељу за јемчев потхват, као што му јемац, одговара за дужников дуг.“

²⁵¹ Љ. Милошевић, 115-116.

²⁵² С. Перовић, 1995, 1597.

²⁵³ *Аустријски грађански законик*, § 1363: „Јемчева обавеза престаје сразмјерно с обвезом дужниковом. Ако се јемац само за извјесно вријеме обвезао, онда он одговара само за ово вријеме;“ *Српски грађански законик*, § 838: „Ако јемство гласи за неко определијелено вријеме, онда како се то вријеме наврши, престаје јемство.“

одређено вријеме већ захтијевају испуњење одређених претпоставки.²⁵⁴ Општи имовински законик се по овом питању држао раније црногорске праксе за коју је констатовано да „таквих уговора не бива,²⁵⁵ али ако би се такав уговор закључио спроводио се: „То зависи од договора, па тако и бива.“²⁵⁶

²⁵⁴ Швајцарски Законик о облигацијама, члан 510, став 3,4,5 (*јемство са одређеним трајањем*): „Јемац који се обвезао само на одређено време ослобађа се обвезе, ако повјерилац не покрене пред судом парницу за остваривање својих права у року од четири недјеље по истеку тога времена и ако не настави, без већег прекида, парницу коју је покренуо. Ако дуг у том тренутку још није доспео, јемац може да се ослободи дуга само уз давање стварног обезбјеђења. У случају кад јемац то не учини, он одговара, уз ограничење предвиђено одредбама о најдужем трајању јемства, као да је ова обавеза била уговорена до доспјелости дуга.“ Слично и *Њемачки грађански законик*, § 777(*Јамство на вријеме*).

²⁵⁵ В. Богишић, (2004б), Додатак-Грађанско уопће, поређење са параграфом 838 Српског грађанског законика.

²⁵⁶ *Ibid.*

2.КАПАРА

2.1.Капара прије Имовинског законика

Податке о капари налазимо у Богишићевим зборницима обичаја. Та грађа указује да је капара могла имати различите улоге у зависности од тога да ли се предавала приликом настанка уговора или након настанка уговора. Прецизније речено, различити услови за настанак уговора детерминисали су функцију капаре. Редовно се наглашава различито мјесто капаре у грчком и у римском класичном праву јер је у првом уговор о продаји имао реалну, а у другом консенсуалну форму.²⁵⁷ Поменута разлика у дејству могла се уочити и у црногорској пракси имајући у виду да по Грађи за настанак уговора није била довољна проста сагласност воља, док по одговорима из Анкете јесте.

Питање број 210 Грађе је гласило: „Које опредјељење има капара: ко је прима, а ко је дава и колика обично бива“

Одговор који се односио на Херцеговину, Црну Гору и Боку био је следећи: „Ријеч *капара*, премда је талијанска, позната је овдје, као да је наша старинска. Кад се двојица погађају за продати или купити покретну или непокретну ствар и пред људима се погоде, обично дава капару онај, те продава... Кадгођ се капара даје, онај, те је прими, плаћа пиће, т.ј. ракију или вино, те сви присуствујући пију и напију: „сретна, трговина, у добар час да бог да“ итд.“²⁵⁸

Овај одговор наводи на закључак да је капара имала значај форме за склапање уговора јер је сама сагласност странака била недовољна јер се наглашава да се капара давала кад се стране погоде – сагласе о елементима уговора. На то упућује и одговор који казује да се уговор о продаји сматрао закљученим „кад се капара даде и продавалац је прими.“²⁵⁹ Међутим, иако се каже да се након предаје капаре сматрало као „непоговорно оно што се уговори“,²⁶⁰

²⁵⁷ Ипак, треба имати у виду да је ова разлика на овом мјесту крајње поједностављена јер је однос римске и грчке капаре, односно утицај грчке концепције на римску, широко расправљано питање, в. R. Zimmermann, 231, fn.11; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 46-58.

²⁵⁸ В.Богишић, (2004а), Одговор број 210, 416-417.

²⁵⁹ *Ibid*, 425.

²⁶⁰ *Ibid*, 418.

одустанак од уговора био је могућ с тим што је страна која није испунила своју обавезу губила предату, односно била је дужна да врати двоструку примљену капару. Нигдје не стоји да је уговору вјерна страна имала овлашћење да захтијева извршење уговора. То је због тога што је капара имала истовремено и улогу одустанице. Дакле, уговор закључен предајом капаре био је закључен под одложним условом јер су уговарачи могли од њега одустати уз губитак дате, односно повраћај дупле капаре. Након одустанка капара је имала улогу санкције за уговорника који је одустао од уговора јер је губио предату, односно, био је дужан да врати примљену капару у дуплом износу. С друге стране, капара је представљала сатисфакцију за уговору вјерну страну која није могла да захтијева извршење уговора. Чак и касније капара је имала улогу одустанице од уговора и њеним плаћањем уговарач се ослобађао од уговора.

Одговор који је имао у виду Херцеговину и Катунску нахију био је: „Капара се даје: 1. ради утврђења уговора и 2. Као почетак исплате цијене за купљену ствар. Кад се што купује, или се погађа каква радња, онај, који има плату примити, кад се увјети договора испуне, тај и прима капару од другог уговорника... Ко не испуни уговор, тај губи капару т.ј. онај, који је дао капару те се одрече уговора, губи је сасвим, а онај који је примио: 1. враћа капару, коју је примио и 2. даје другом уговорнику још онолико, колико је у име капаре примио.“²⁶¹

Овај одговор је теже протумачити од претходног. Ипак, неопходно га је довести у везу са њим да би се схватило како је то капара утврђивала уговор. Наиме, могло се видјети да је она била реална форма за настанак уговора што ни овдје није искључено јер се каже да се давала „кад се увјети договора испуне.“ Дакле, преноси се иста ситуација- уговарачи су се погађали, постигли су сагласност па је купац, односно наручилац код уговора о дјелу, давао одређену суму новца која је чинила уговор обавезним и која је у исту руку могла послужити и као доказ да је уговор закључен. Ако су уговарачи испунили своје обавезе капара се урачунавала и представљала је дјелимичну исплату цијене -

²⁶¹ *Ibid.* В. Богишић, (2004а), 425.

аконтацију.²⁶² Сем тога, и у овом случају не треба заборавити на улогу одустанице која је била присутна и касније када је за настанак уговора била довољна проста сагласност воља, као што ће показати предстојећа анализа извора.

Седмо питање које је Богишић поставио својим анкетарима из Црне Горе односи се на капару.²⁶³

Одговор је опширан и на првом мјесту казује да се улога капаре измијенила у складу са промјенама концепције настанка уговора. Ипак, трагови ранијих рјешења могу се запазити кроз чињеницу да се капара још увијек везивала за куповину, односно да је у свим уговорима капару давала она страна „која плаћа“.²⁶⁴

Одговор једноставно каже да се значај капаре састојао у томе да „утврди извршење уговора.“²⁶⁵ Дакле, назире се нова функција капаре - функција реалног средства обезбјеђења. Међутим, питање је у којој је мјери ту функцију капара могла остварити с обзиром да је она још увијек задржала улогу одустанице јер су уговорне стране имале могућност да жртвујући капару одустану од уговора. Додатак у којем се обичајна правила пореде са правилима параграфа 550 Српског грађанског законика јасно дефинише дејство капаре: „Онај који има право да тражи, бира хоће ли дуплу капару, или ће да му се изврши погођена ствар, или ће да му се штета плати. Више него капара обвезује карта, јер кад је само капара, онај се може ослободити штетовавши капару, премда и тада суд напире да се врши уговор, али кад је карта, тад свакако треба да врши.“

Као што се види, улога одустанице је још увијек била присутна с тим што је то сада већ био одустанак уговора који је пуноважно настао сагласношћу воља. Значење одустанице је изгледа било тешко елеминисати иако је уочљива таква тежња у пракси („суд напире да се врши уговор“). Требало је још времена да се

²⁶² Ј. Даниловић наглашава се да је по грчком схватању капара увијек била у новцу и да се након испуњења уговорних обавеза увијек урачунавала у исплату, Ј. Даниловић, „О капари у дубровачком праву крајем XIII и почетком XIV века,“ *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1 1958, 33.

²⁶³ В. Богишић, (2004б), питање број 7: „Које значење и коју цијелу има капара, ако је у обичају? Ко даје капару, ко је прима, у чему се састоји и у коме одношају стоји количина капаре с вриједности предмета уговора?“

²⁶⁴ *Ibid*, 182.

²⁶⁵ *Ibid*.

схвати да се закључени уговор који је праћен капаром мора извршити на исти начин као и онај гдје није била уговорена капара.

Свакако, треба нагласити да је капара сада била само знак, односно доказ да је уговор настао сагласношћу воља. Имајући у виду речено, чини се да јој је то до доношења Општег имовинског законика била једина улога јер је функционисање капаре као гаранције било доведено у питање с обзиром да је истовремено могла послужити као одустаница.

Прије преласка на рјешења Имовинског законика неопходно је казати да је капара обично била сума новца, особито у времену које одсликава Грађа, што је разумљиво имајући у виду њену улогу, док Анкета казује да је новац и даље био предмет капаре с тим што су се давали „не мање често и леденице и сребрни ножеви и друго оружје.“²⁶⁶

Висина капаре се сходно Грађи одређивала у зависности од цијене која је била одређена за предмет продаје и износила је од 3 до 6 % њене вриједности.²⁶⁷

О истоме Анкета садржи ове податке: „У коме је размјеру капара к цијени предмета уговора, није предидељено, него зависи од повјерења које има прималац новца к оному другому. Све што мање има повјерења, све (је) виша капара.“²⁶⁸ Углавном, капара обично није износила мање од 10% цијене предмета уговора.²⁶⁹

Дакле, висина капаре се одређивала према различитим критеријумима што је у складу са различитим гледиштима ових зборника на улогу капаре. По Анкети она је требала да пружи обезбјеђење примаоцу капаре да ће уговор бити извршен и висина јој се одређивала управо у зависности од степена повјерења које је давалац имао. Чини се да је управо због тога и њена висина била већа него што је то била по подацима из Грађе.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ В. Богишић, (2004а), 417.

²⁶⁸ В. Богишић, (2004б), 182.

²⁶⁹ *Ibid.*

2.2. Капара у Општем имовинском законнику

Имовински законик је правила која су се тичала капаре смјестио у два члана (550-551) у оквиру четвртог раздјела четвртог дијела који је био посвећен „особитим одредбама или углавцима који могу бити у уговору,“ односно у оквиру истог наслова у склопу дидактичког дијела (чл. 934), гдје су се још налазила и правила о одустаници и уговорној казни (550-555).

Капара је по Имовинском законнику била сума новца или нека друга замјењива или незамјењива ствар која се предавала приликом закључења уговора да би послужила као знак да је уговор закључен, односно као гаранција да ће уговором установљене обавезе бити извршене.²⁷⁰ Као што се могло видјети, у обичајној пракси су као предмет капаре могле послужити како замјењиве ствари, по правилу новац, тако и незамјењиве, леденице и друго оружје. Законик није садржао било каква ограничења у том смислу, као што је то данас код нас случај јер се увело ограничење по којем су предмет капаре могле бити замјењиве ствари.²⁷¹ Ово рјешење је имало своје практично оправдање у избјегавању тешкоћа које су се на првом мјесту могле јавити поводом повраћаја двоструке капаре.²⁷²

Одредбе о капари представљале су саставни дио уговора. Сходно томе, оне су биле важеће када је и уговор био важећи. Законик не каже када се капара давала па треба имати у виду да су одредбе о капари биле саставни дио уговора тако да се капара могла предати приликом самог закључења уговора или накнадно. Практика казује да се она по правилу предавала приликом закључења уговора.²⁷³

²⁷⁰ Наиме, Законик је у члану 934 нагласио које су функције капаре: „Капара се или задавак даје као знак да је уговор завршен, а уједно с тим, и као за веће поуздање да ће уговор извршен бити.“

²⁷¹ ЗОО, чл. 79.

²⁷² С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд 1995, 173. Илустрације ради треба навести како су се наведене тешкоће некада превазилазиле у пракси: „У случају да не изврши онаи који је леденицу примијо, он враћа леденицу, а ако другу такву леденицу нема да даде, тад даје колико она ваља,“ В. Богишић, (2004б), 192.

²⁷³ ОСЦ, IV-1920-131, број 1461, 20. септембра 1920.г., Цетиње.

2.2.1. Дејство капаре

Капара је у различитим правним ситуацијама имала различито дејство. При томе, њено дејство се различито испољавало у зависности од тога да ли су обавезе из уговора биле извршене или нијесу.²⁷⁴

У случајевима када је уговорни однос био угашен испуњењем престајао је правни основ по којем се држала капара и због тога је требало вратити уговорној страни која је предала. То је било основно правило које је могло бити модификовано вољом уговорних страна, законским или обичајним правилима.²⁷⁵ По природи ствари, капара се није враћала када је била истоврсна са предметом уговора. Истовремено, до враћања капаре долазило је и „онда кад уговор не дође до извршења вољом оба уговорника, или ради каква узрока, коме није крива ни једна ни друга страна.“²⁷⁶ Дакле, и у овим случајевима се капара враћала јер је дошло до престанка уговора и то споразумним раскидом и услед случајне немогућности испуњења.

Посебно су регулисана дејства капаре за случај неиспуњења уговора кривицом једне од уговорних страна. Односна правила регулисана су на различит начин од савременог. Наиме, наша модерна правна рјешења полазе од овлашћења која припадају уговорној страни која није крива за неизвршење уговора. Та овлашћења су била различита у зависности од тога да ли је невина страна примила или дала капару. Углавном, она су се састојала у томе да је уговору вјерна страна могла да тражи извршење уговора било непосредно или посредно, или да задржи примљену, односно да поврати удвојену капару.²⁷⁷ Дакле, ова овлашћења су била постављена алтернативно јер се уговарач морао определијелити да ли ће користити општа овлашћења која су му припадала услед повреде уговорне дисциплине или овлашћења по основу посебног споразума о капари. Тачније, капару није могао задржати, односно захтијевати повраћај дуплиране ако се определијелио за извршење уговора, односно за накнаду штете због неизвршења.

²⁷⁴ Ј. Радишић, 326.

²⁷⁵ Општи имовински законик, чл. 550, ст.1: „Капару (934) треба повратити пошто уговор извршен буде, ако уговорници нијесу иначе углавили, или ако за поједине случајеве закон или обичај друкчије не одређује.“

²⁷⁶ Општи имовински законик, чл. 550, ст.2.

²⁷⁷ ЗОО, чл. 80; ЗООЦГ,88.

Ипак, Имовински законик је дејство капаре у наведеном случају формулисао на другачији начин и са донекле другачијом садржином што се види из члана 551: „Ако уговор није био извршен кривицом стране која је дала капару, она тиме губи право искати је натраг. Ако ли је, напротив, томе крива страна која је капару примила, тад је она, ако није што друго уговорено, враћа и то двоструко. Ако је од неизвршења уговора било штете која превишује просту капару у првome случају, а двоструку другome, тад страна која ју је имала може, осим тога, искати да јој се тај превишак штете надокнади.“

Прво, што се тиче правне технике, може се видјети да је полазиште Имовинског законика положај криве стране. Наиме, њој се забрањује да захтијева повраћај капаре што у ствари казује да је невина страна била овлашћена да изабере начин на који ће реализовати своја права. И у том сегменту се рјешења Имовинског законика разликују од претходно наведених. Наиме, невина страна која се определијелила за остварење споразума о капари и која је задржала примљену, односно која је добила удвостручену капару, могла је, у свим случајевима када је претрпјела штету која је била већа од примљене вриједности, да захтијева надокнаду те разлике. Дакле, када вриједност капаре није могла да покрије насталу штету, невина уговорна страна могла је да захтијева разлику сходно законском рјешењу. Наиме, по општим правилима дужник је „вазда, без изузетка“ одговарао повјериоцу за потпуну штету због неизвршења уговора. Члан 551 није то његово право измијенио споредним одредбама уговора о капари. Сходно томе, страна која је примила капару није морала да прије остварења својих права калкулише којим ће овлашћењем да се служи јер је имала могућност да надопуни разлику кумулирајући капару и накнаду због неизвршења, наравно само до висине претрпјене штете. Тамо гдје су ова овлашћења била алтернативно постављена, уговору вјерна страна је претходно морала добро да процијени које ће овлашћење користити како не би дошла у ситуацију да претрпи губитак.

Интересантно је примјетити да су се судови средином прошлог вијека сретали са захтјевима за умањење претјерано високе капаре. У образложењу једне пресуде стоји: „Када је уговорни износ капаре несразмјерно висок, тако да више не одговара бићу ни оправдању капаре, јер прелази меру која њу оправдава као

фактора уговорне дисциплине и сигурности промета уопште, а претвара је у претерано оштећење на једној и безразложно обогаћење на другој страни, онда се она одлуком суда има умерено смањити. При том суд мора имати у виду околности случаја, а посебно мора узети у обзир евентуално штету која је за повјериоца наступила услед неизвршења уговора.²⁷⁸

Један од разлога који је могао утицати на одређивање капара високе вриједности јесте и дужност уговору вјерне стране да се определијели која ће овлашћења користити. Уговарачима се чинило једноставније да уговоре високу капару и да је у случају неиспуњења задрже него да захтијевају надокнаду штете коју су били дужни да докажу, ако наравно испуњење више није било могуће.

Расположива грађа не обилује подацима о капари. Карактеристичан је спор који се водио 1920. године због повраћаја дупле капаре. Наиме, Благота Ђуричковић из Загорича тужио је Драгутина Матановића из Цетиња ради повраћаја дупле капаре у износу од 2000 динара због неизвршења уговора о куповини закљученог 20. 2. 1920.г. Поменути уговор о куповини куће закључен је под условом да сусједи не користе своје право прече куповине. Приликом закључења уговора продавац је од купца примио 1000 динара на име капаре. Тужени није уговор испунио својом кривицом иако су се сусједи одрекли права прече куповине због чега је тужилац захтијевао исплату дупле капаре и претрпљене штете. У изреци пресуде стоји: „Према изложеном кривица је туженога што уговор није извршио па је требало тужбеном захтјеву у погледу повраћаја дупле капаре удовољити. Пошто услијед неизвршења уговора тужитељ није имао штете која превишује дуплу капару, то га је требало са захтјевом за накнаду дин. 350 за 7 дангуба приликом углављивања уговора одбити. Пресуда оснива се се на чл. 551 и чл. 88 Гр. С. Пост.“²⁷⁹

²⁷⁸ Решење Врховног суда Народне Републике Србије Гж. 1105/62 од 7. априла 1962. године, Збирка судских одлука, књига VII, свеска I, Београд 1962, 59.

²⁷⁹ ОСЦ, IV-1920-131, број 1461, 20. септембра 1920.г., Цетиње.

3. УГОВОРНА КАЗНА

3.1. Појам

У склопу дијела Законика који је нормирао посебне одредбе у уговорима налазе се и правила о уговорној казни (чл. 553-555). Ова правила слиједе након правила о капари и одустаници. Уговорна казна је лично средство обезбјеђења. Наиме, приликом или након закључења уговора дужник је преузимао обавезу према повјериоцу да ће му исплатити одређену суму новца или прибавити неку другу имовинску корист за случај да не испуни уговорену обавезу, или када је не испуни онако како је и уговорено. По члану 936, ст. 1: „Уречена тегоба бива и глоба и иначе свака штета о којој је углављено да ће јој се дужник подврћи, ако не изврши, или не изврши тачно, према уговору, то што је дужан.“ Дакле, Законик је врло широко определијелио предмет споразума о уговорној казни јер је то могла бити било која дозвољена чинидба која је доводила до умањења дужникове имовине, јер је штета којој се дужник сагласно подвргава, „у ширем значењу кад се год и чим се год наш иметак умањује...“²⁸⁰

У овом члану 936 се истовремено наглашава да је споразум о уреченој тегоби, као и о капари и одустаници, споредан и да „очевидно је да они падају уједно са незаконитим уговором, те да по томе, оваки углавци могу вриједити једино кад су приложени к закониту уговору.“ Дакле, наглашена је акцесорна природа уговорне казне што је, поред повезаности правне судбине главне и споредне облигације, омогућавало повјериоцу да се определијели да ли ће користити овлашћења из споразума о уговорној казни или општа овлашћења због повреде уговорне дисциплине од стране дужника. Овај облик казне је новијег времена и претходила му је неправна уговорна казна гдје је повјерилац могао само да се задовољи уговореном санкцијом јер је казна била обећана као главна обавеза под условом да дужник нешто учини или не учини.²⁸¹ О постојању оваквог облика санкције свједочи исправа из 1833. године чији је препис пронађен у Богишићевој библиотеци у Цавтату. Наиме, Тодор и Јоко Ћетковић су се обавезали пред

²⁸⁰ Општи имовински законик, чл. 923.

²⁸¹ М. Константиновић, 2006, члан 220. Иако је Скица садржала одредбе о неправој уговорној казни, оне нијесу нашле мјесто у кодификацији облигационог права, по свој прилици јер су биле одраз старијих схватања.

главарима Теклића да ће повјериоцу исплатити дугованих 4 талијера и 4 цванцике „до Петковадневи јесењега ове исте године без ничесова инада, но се фатамо, ако то на исти вишеречени рок не подмиримо талијера 4 и фанцике 4, да дамо талијера осам.“²⁸²

На трагове оваквих схватања указују и подаци Анкете из 1873. године који се односе на уречену тегобу: „Уговара се кадгод да онаи кои не изврши уговор плати ону уговорену глобу, а ако је уговорено, плати још к тому и штету коју је проузроковао неизвршењем или неизвршењем у своје вријеме. Али посљедње ваља да буде уговорено, јер иначе, плативши глобу, ослобађа се извршења или накнаде.“

Као што се види, плаћањем казне дужник се ослобађао испуњења, односно накнаде штете, осим ако је другачије било уговорено. Дакле, воља странака могла је да измијени дејство казне па се она могла акумулирати са испуњењем, али ако је претходно тако било уговорено. Овакав начин функционисања уговорне казне представљао је прекретницу између старих и нових схватања која су могла у пракси наћи своје мјесто посредством слободе уговарања.

Оно што је карактеристично за овај период јесте да се не разликују по дејству казне за случај неиспуњења од оних који су уговорене за случај других повреда уговорне обавезе. Имовински законик је, као и неке друге кодификације, њемачка и швајцарска,²⁸³ јасно направио разлику у погледу различитог дејства уговорне казне и тиме олакшао практичну примјену ових норми јер није било остављено простора различитим тумачењима као што је то било у аустријском праву гдје законодавац није јасно одредио која је овлашћења повјерилац имао на располагању у случају неиспуњења, односно неуредног испуњења.²⁸⁴

Овом сегменту Имовински законик је посветио члан 553. По члану 553, ст.1, дејство уговорне казне се састоји у следећем: „Ако је уговорено да ће дужник платити другој страни уречену глобу, или се подврћи каквој другој имовинској

²⁸² ЦИ, 228, 180.

²⁸³ Њемачки грађански законик, § 340 (Обећање казне за случај неиспуњења), § 341 (Обећање казне због неуредног испуњења); Швајцарски законик о облигацијама, чл. 160 (Однос између казне и извршења)

²⁸⁴ Аустријски грађански законик, § 1336.

тегоби (936) кад не би извршио што је дужан, он треба да јој се и повргне, чим не изврши, па баш да она и прелази штету коју је од тога дужитељ имао.“

У другом ставу истог члана се наставља: „Кад је имовинска тегоба била уговорена за узгредне какве углавке уговора (на пр. ако се дуг на уговореном мјесту или на одређени рок тачно не намири), тада дужитељ, осим намира дуга, може уједно искати да се дужник и уреченој тегоби подвгне.“

Када се ова два става посматрају заједно, може се закључити да је повјерилац у случају неизвршења уговора имао алтернативно постављења овлашћења. Тачније, са аспекта дужничке стране, у случају неизвршења, дужник је био обавезан да плати уговорну казну од момента доспјелости његове обавезе. Свакако, повјерилац је као овлашћена страна имао могућност опције између испуњења и наплате уговорне казне. Дакле, јасно је да су правила о конвенционалној казни уговореној за случај неиспуњења организована на исти начин у већини модерних права гдје се јасно види да су захтјеви повјериоца постављени алтернативно,²⁸⁵ што је већ и наглашено.

Када је у питању неблаговремено испуњење, или шире речено, неуредно испуњење, повјерилац је могао истовремено да захтијева и испуњење и наплату уречене тегобе. Из упоредног права у наше модерно законодавство прешло је и правило по којем се могућност истовременог коришћења овлашћења уско схватала. Наиме, сходно њемачком и швајцарском рјешењу, повјерилац је у случају пријема закашњелог испуњења био дужан да на несумљив начин задржи право на уговорну казну.²⁸⁶ ЗОО је слиједио та рјешења иако је на њихов рачун М. Константиновић упутио критику да не одговарају духу уговорне казне у нашем праву због чега нијесу била ни предвиђена у његовој Скици,²⁸⁷ а пракса је касније,

²⁸⁵ Њемачки грађански законик, § 340 (обећање казне за случај неиспуњења): „Ако је дужник обећао казну за случај неиспуњења своје обавезе, може вјеровник умјесто испуњења захтијевати пропалу казну. Ако вјеровник изјави дужнику, да захтијева казну, искључен је захтјев на испуњење;“ Исто и Швајцарски законик о облигацијама, чл. 160. Ово питање је било у аустријској теорији спорно, мада је преовладавало схватање да се кумулативно може захтијевати и исплата казне и изостало испуњење, А. Рушнов, 712; ЗОО, чл. 273; ЗООЦГ, чл. 280.

²⁸⁶ Њемачки грађански законик, § 341; Швајцарски законик о облигацијама, чл. 160.

²⁸⁷ М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, чл. 218, ст.4: „Кад је казна уговорена за случај да дужник задоцни са испуњењем, поверилац има право захтевати *уједно* и испуњење обавезе и уговорену казну.“ Упор. чл. 553 ОИЗ-а: „Кад је

ипак, показала тенденцију да се ова рјешења шире тумаче и примјењују у корист повјериоца.²⁸⁸

Имовински законик није у овом сегменту слиједио рјешења модерних кодификација већ је само нагласио да је повјерилац у чију је корист уговорена казна за случај закашњења, могао да „уједно“ захтијева и казну и испуњење. Начин и редослед постављања захтјева био је у домену његове воље јер нема изричитих правила о том питању. Наравно, морао се руководити правилима о застарјелости потраживања (чл. 625-635). Иако би се за овакво рјешење могло данас приговорити да уноси несигурност, тачније неизвијесност у дужничко-повјерилаче односе, суштина је у томе да је тешко замислити дужника који се обавезао на плаћање уговорене казне у нади да ће га повјерилац ослободити обавезе њене исплате, односно да ће се задовољити само испуњењем обавезе и због тога не треба оваквом ставу законодавца приступати са критиком.

3.2. Однос уговорне казне и штете

Осим тога што је имала улогу средства обезбјеђења испуњења уговорне обавезе, као и улогу казне, на процесно правном пољу, уговорна казна је олакшавала положај повјериоца јер он није био дужан да докаже штету и њену висину већ само чињеницу повреде обавезе да би остварио право на уговорну казну. Дужник је у обавези да исплати казну „чим не изврши“ чинидбу на коју се односила казна и то „па баш да она и прелази штету коју је од тога дужитељ имао.“²⁸⁹ Дакле, дужник је био у обавези да плати казну и када је њена висина била већа од штете коју је имао повјерилац и на тај начин долази до изражаја казнена функција уговорне казне. Ипак, ово правило је тако формулисано да нас наводи на питање да ли је повјерилац имао право на казну и кад није претрпио било какву штету? Чини се да се овдје ради само о формулацији која је имала у виду чешћи случај јер је свакако била ријеткост да повјерилац не претрпи никакву штету услед неизвршења, односно неисправног извршења. Сем тога, јасно се каже

имовинска тегоба била уговорена за узредне какве углавке уговора..., тада дужитељ, осим намира дуга, може *уједно* искати да се дужник и уреченој тегоби подвргне.“

²⁸⁸ С. Перовић, 1995, 635.

²⁸⁹ Општи имовински законик, чл. 553.

да је казна доспијевала не у моменту настанка штете већ у моменту наступања доцње - „чим не изврши.“

Други сегмент односа уговорне казне и накнаде штете тицао се овлашћења повјериоца у случају када је уговорна казна била мање вриједности од штете коју је претрпио услед неправилног извршења. То је био случај супротан од претходног и поводом њега требало је разлучити да ли је дужник био у обавези да надокнади штету која је превазилазила уговорену накнаду. Члан 554, став 1 о томе каже: „И кад штета од неизвршења превишује уречену глобу или тегобу, дужник не подмирује тај превишак.“ Ово је био одраз старијих схватања која су у уговореној глоби превасходно видјела унапријед одређену величину штете и која су била потврда казног карактера саме казне. Обично се полазило од тога да су уговарачи сагласно одредили висину уговорне казне сходно евентуалној штети тако да се она „једнострано не може увећавати.“²⁹⁰ Акцент је био стављен на сагласно одређење висине казне, односно евентуалне штете и због тога повјерилац није могао да мијења тај утврђени износ иако је претрпио већу штету. Ово резонување је ставило слободу уговарања изнад општих правних принципа, тачније изнад принципа да је свако, у овом случају дужник, обавезан да надокнади штету коју је причинио својом (не)радњом (чл. 541 Општег имовинског законика).
291

У упоредном праву су ова схватања била превазиђена већ крајем 19. вијека. Тако су и Швајцарски законик о облигацијама и Њемачки грађански законик допуштали надопуну до пуне вриједности штете.²⁹² Чини се да је и Богишић био свјестан недостатака старијих схватања па их је у својем Законику модификовао у другом ставу члана 554: „Само кад би дужитељ доказао да је у томе било особите кривице дужникове, или да се штета догодила од нечега другог, а не од онога за што је тегоба уговорена била, тад ће и тај превишак дужник да намири (936).“ Дакле, у погледу износа који је био изнад вриједности уговорене казне повјерилац

²⁹⁰ Д. Аранђеловић, 87.

²⁹¹ Види Ј. Салма, 439, Величина штете је имала примаран извор у вољи странака, а не у штети насталој услед неизвршења и по овом ставу представљала је апстрактну штету.

²⁹² Швајцарски законик о облигацијама, чл. 161, ст. 2: „Поверилац чија штета прелази висину уговорне казне може тражити већу накнаду само ако докаже постојање кривице дужника;“ Њемачки грађански законик, § 340.

је имао специфичан положај јер је он био дужан да докаже постојање „особите кривице“ на страни дужника. Та особита кривица је постојала у случају свјесног и намјерног наношења штете, а терет њеног доказивања био је на повјериоцу.

ГЛАВА ТРЕЋА

НЕИЗВРШЕЊЕ И ПОСЛЕДИЦЕ НЕИЗВРШЕЊА УГОВОРНИХ ОБАВЕЗА

Врло јасно и сажето Имовински законик објашњава извршење („вршење“) уговора: „Ко се год уговором на што обвеже, треба да то и испуни, т.ј. да свој дуг савјесно и поштено намири, према ономе што је углављено и што врста посла собом доноси.“²⁹³ Међутим, када дужник није испунио обавезу повјериоцу „је слободно да се служи сваким допуштеним начином, е да би га нагнао на намир дуга.“²⁹⁴ Наиме, некада су повјериоци ишли код дужника кући гдје су остајали до намирења потраживања.²⁹⁵ Међутим, „нови суд“ је забранио ову врсту самопомоћи па су повјериоци били упућени да исплату потраживања захтијевају судским путем, дакле подношењем грађанскоправне тужбе надлежном суду.

Иако је испуњење било најпожељнији начин престанка уговора, постојала је могућност да он престане услед одустанка једне од уговорних страна, дакле без испуњења. Свакако, сагласни раскид уговора био је неспоран, јер по члану 1021 Имовинског законика: „Што двојица углаве, иста двојица и разврћи могу.“ Међутим, одустанак, или одступање једне уговорне стране није било у складу са природом уговора који је претпостављао сагласну вољу уговорних страна. Некада се и на онога ко је „случајно одступио, и не испунио своје ријечи,“ гледало као на „срамотна и безобразна човјека: Људи се за језик вежу, а волови за рогове...“²⁹⁶ Такав став се задржао и касније, чак више, људи су зазирали да са таквим лицем склапају послове.²⁹⁷ Ипак, привредни токови, као и чињеница да су модернији законици из практичних разлога прихватили могућност једностраног раскида, довели су до тога да је у Законику заузет сличан став: „Пословица је: кам из рука, ријеч из уста. И доиста, управ је темељ свакоме људскоме саобраћају и друштвеном живљењу правило да се људи ријечју везују. По томе, дакле, што двојица уговором завежу, не може један од њих својевољно раздријешити.“²⁹⁸ Дакле, тежиште је на томе да се уговор без разлога није могао раскинути, али када

²⁹³ Општи имовински законик, чл. 524.

²⁹⁴ Општи имовински законик, чл. 540.

²⁹⁵ Записник, Сједница IV, сриједа 16. дец. пред подне 1881.г., Цетиње, 111.

²⁹⁶ В. Богишић, (2004а), 415.

²⁹⁷ В.Богишић, (2004б), 185.

²⁹⁸ Општи имовински законик, чл. 906.

је постојао одређени разлог такав одустанак је морао бити пуноважан. Општи разлог за једнострани одустанак од уговора био је неизвршење уговора (чл. 545, 548), док су посебни разлози били везани за одустанак услед правних и физичких недостатака код узајамних уговора.

Треба нагласити да је Имовински законик омогућио једнострани раскид због неизвршења прије других законика који су се примјењивали на територији Краљевине, а касније Републике Југославије. Наиме, Аустријски грађански законик је ову могућност увео након измена из 1916. године,²⁹⁹ док је позната дебата о томе да ли је ово право имала уговору вјерна страна по Српском грађанском законуку.³⁰⁰

Престанак уговора раскидом регулисан је члановима 545 и 548 Општег имовинског законика.

Члан 545 гласи: „Кад због одвлаке дужникове, извршење уговора постане очевидно излишно за дужитеља; или кад су стране углавиле, или се иначе показује намјера уговорника да извршење треба да буде на одређени рок или за одређено вријеме, ни прије ни послје, тад дужитељ може одступити од уговора, тражити накнаду штете и повраћај свега што је другој страни у име уговора дао.“

Овај члан говори о томе да је повјерилац због доцње дужника могао „одступити од уговора, тражити накнаду и повраћај“ ако је у питању био фиксни уговор, као и уговор у којем је била инкорпорирана раскидна клаузула. Дакле, повјерилац је могао одустати, а не тражити („искати“) одустанак, што говори у прилог томе да је раскид ових уговора могао услиједити неформално. Сем тога, његов одустанак није био условљен остављањем накнадног рока за испуњење јер је то било неспојиво са суштином уговора код којих је рок извршења био битан елемент.

²⁹⁹ В. Збирка грађанских законика Старе Југославије, Титоград 1960, 417.

³⁰⁰ Љ. Милошевић, 147: „Како још није донет закон о облигацијама, то би свакако у решавању питања престанка уговора због неизвршења данас требало да се служимо правним правилима Општег имовинског законика и новелираним текстом Аустријског општег грађанског законика као и правилима Општих узанса за промет робом. Никако не би могли да употребљавамо правила Српског грађанског законика, јер су непотпуна и застарела и не би одговарала потребама нашег данашњег правног промета.“

С друге стране, у свим осталим узајамним уговорима, по члану 548, раскид због неизвршења је био подвргнут другачијим правилима јер је повјерилац био дужан да посредством суда остави још један рок за испуњење „с изјавом, ако до тога рока неизврши, да ће друга страна одступити од уговора. У такоме случају, страна која одступа властна је искати, да јој друга поврати све што је у име уговора примила, а и штету која од тога буде, да јој намири.“³⁰¹ Чини се да би се из овог члана могао стећи утисак да је суд само достављао изјаве друге стране која је садржала накнадни рок и раскидни услов. Сем тога, као да ни сам Богишић није био сигуран коју је улогу суд требао да има у примјени овог члана.³⁰²

Шта казује пракса?

Кућа Стругара Филипа покренула је спор због „дуга из основа неизвршења уговора-вриједност дин. 8000“ против Куће Стругара Ника. Пресудом је усвојен постављени захтјев „те је тужена из основа неизвршења уговора о купопродаји дужна уступити тужитељки у влаштину и држину ову непокретну имовину, која се налази у селу Стругарима...“³⁰³ Наиме, тужилац је продао туженом непокретну имовину која се налазила у селу Стругари. Како је тужена исплатила само 700 динара на име капаре, а вријеме исплате није било орочено, тужилац, који је предао непокретности туженом, пред свједоцима је више пута опомињао купца да исплати остатак цијене. Дакле, ставио га је у доцњу својим тражењем. Како исплата није услиједила тужилачка страна је „у смислу чл. 548 О.И. 3. позвала тужену преко овог суда писменим позивом од 6. VII. 1935, да тужитељки исплати уговорену купопродајну цијену до 15. августа 1935, с изјавом да за случај неисплате, тужитељка отступа од пом. купопродаје.“ Тужилац је доказао своје наводе, па је суд удовољио његовом захтјеву: „... тужитељка је на основу прописа чл. 548 власна да тражи да јој тужена врати све оно што је у име уговора примила, а то је имовина која је била предмет купопродаје.“ Дакле, суд није изрекао пресуду којом раскида уговор већ је само досудио повраћај ствари јер је уговор био раскинут изјавом продавца због тога што није био извршен од стране туженог

³⁰¹ Општи имовински законик, чл. 548.

³⁰² Записници, Сједница XXII, 2. октомбра 1881.год., Цетиње: „Нека свакако остане да дужитељ има право предложити рок, али да суд према приликама може и продужити тако да се не мијеша у контролисање странака, а ипак контролише...“

³⁰³ ОСЦ, IV-1935-171, број 3071, 16. јануара 1936.г., Цетиње.

купца. Пресуда је само констатовала да је посредством суда одређен накнадни рок што значи да је уговор раскинут по сили закона самим тим што тужени ни у накнадном року није испунио обавезу. Дакле, овај раскид је услиједио вансудским путем иако је писмена изјава о раскиду упућена преко суда па је стога улога суда била само „контролна,“ као што је сам Богишић описао на поменутом мјесту у Записницима. Ово није једини случај гдје тужилац није тражио раскид уговора него повраћај ствари из основа неизвршења уговора, што казује да је и у тим случајевима раскид остварен вансудски, простом изјавом супротној страни,³⁰⁴ и тај случај се односио на нефиксну куповину док о престанку фиксне куповине нема директних података,³⁰⁵ мада је у тим случајевима било природно очекивати мање формалности с обзиром да није било потребно остављати путем суда накнадни рок, већ се раскид остваривао изјавом повјериоца. У прилог том закључку говори и чињеница да нема података о споровима поводом раскида ових уговора.

Што се тиче неиспуњења обавеза из уговора о куповини већ је наглашено да је у раздјелу који је био посвећен овом уговору предвиђено посебно правило за одустанак продавца због тога што је купац „одвлачио“ са исплатом цијене. По том члану продавац је могао „одустати од уговора, те искати накнаду штете...“ и то, како се особито истиче, без остављања накнадног рока у којем би купац могао извршити исплату цијене.³⁰⁶

Поводом овог члана пред Одбором за усвајање законика је истакнуто: „Свакако је право дати моћ продавцу да одступи од уговора и продат ствар другој без назначивања каквих рокова.“³⁰⁷

³⁰⁴ ОСЦ, IV-1923-14, број 3, 17. јануар 1923.

³⁰⁵ ОСЦ, IV-1919-167, број 1420, 18. децембра 1919.г., Цетиње. Пајо Вукчевић из Дражевине поднио је тужбу против Јова Вукчевића из истог мјета, среза и округа ради поништења уговора о куповини због дјелимичног неизвршења уговора „с тим да тужени поврне њему имовину а тужилац туженом поврати узету суму“. Наиме, тужилац је продао туженом непокретно имање из нужде што је било познато купцу који је требао да плати цијену на Видовдан. Како је тужени платио дио - пола цијене док другу половину није исплатио, тужилац је у тужби нагласио: „Још тада казао сам му за какву нужду продајем земљу, премда је то знао и он, те ако ми не плати новац, разумије се самим собом, постаће неважећа и наша погодба (чл. 545 Оп. Им. Законика)“ Пред судом странке су склопиле нагодбу по којој се тужилац обавезао да ће вратити дио цијене, а тужени ствар.

³⁰⁶ Општи имовински законик, чл. 228.

³⁰⁷ Записници, Сједница I, 14. децембра 1881.г., Цетиње.

Очигледно је да се овдје ради о продавцу који није предао ствар купцу па му је дата могућност да изврши продају ради покрића како би на једноставан и ефикасан начин заштитио своје интересе.³⁰⁸

Свакако, неизвршење осталих обавеза из уговора о куповини пратиле су последице одређене општим правилима. Након раскида уговора било је потребно извршити повраћај у пређашње стање и уговору вјерну страну довести у положај као да до раскида није ни дошло.

³⁰⁸ Б. Мораит, 268: „Предност куповине или продаје ради покрића је у томе што уговору вјерна, уредна страна, не мора да трпи због неуредности свога саговорача. Она свој правни статус, коришћењем овог института, брже разрјешава.“

III ДИО - ОСТАЛИ ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИЈА

ГЛАВА ПРВА

„О ДУГОВИМА КОЈИ ДОЛАЗЕ ОД НЕДОПУШТЕНИХ ДЈЕЛА (930)“

1. Недопуштена дјела као извор дуга

Општи имовински законик је под овим насловом регулисао проузроковање штете као посебан извор облигација (чл. 570-585). При томе, он је на самом почетку упутио на члан 930 у којем је суду наложено да у парницама поводом надокнаде штете прво „развиди: да ли је та штета учињена у свези с каквим уговором, особито са извршењем његовим, или штета није с уговором у никакву додиру. У првome се случају судцу владати по правилу чл. 541, а у последњем по ономе што чл. 571 наређује.“ Дакле, почетни корак за судију је био да установи да ли је у питању била повреда релативне обавезе, обавезе коју је дужник имао према повјериоцу, или је у питању била повреда опште обавезе да се другоме не наноси штета. Та општа обавеза била је на посредан начин изражена у члану 570 Општег имовинског законика: „Ко год, каквим незаконитим дјелом, учини и узрокује коме какву штету (923-926), дужан ју је, у колико се оцјенити може, потпуно намирити, не само кад је дјело злом намјером учињено него и кад се згодило по немару или од обијести.“

Непостојање посебног односа између штетника и оштећеног била је претпоставка за примјену правила о неуговорној одговорности. Из наређења установљеног чланом 930 може се видјети да је Законик био на становишту да је постојање посебног односа из уговора била препрека да се примјене правила о неуговорној одговорности. То јесте, Законик је на овај начин предуприједио могућу конкуренцију захтјева по основу уговорне и неуговорне одговорности.

Иако се ове двије одговорности могу посматрати као двије стране исте медаље јер су и једна и друга последица недопуштених радњи, разлике међу њима постоје и крећу се у више праваца.

Неуговорна одговорност не терети само штетника већ и његове помагаче, подстрекаче, саучеснике (члан 572-573), док је уговорна везана стриктно за дужника. Када је у питању обим одговорности – код деликтне се надокнађује

цјелокупна штета, важи принцип интегралне надокнаде, док код уговорне одговорности степен одговорности утиче на обим надокнаде па се у потпуности надокнађује штета која је нанешена намјерно или услед грубе непажње (члан 541). Постоје и разлике у погледу одређивања застарјелости, потраживање поводом неуговорне одговорности је доспјело у моменту настанка штете док рок застарјелости тече од момента када је оштећени сазнао за штету и њеног починиоца (члан 585). Потраживање из уговора доспјело је у моменту одређеном самим уговором или након опомене повјериоца, па је од тада текао рок застарјелости захтјева за накнаду штете.³⁰⁹

Разлике су уочљиве и у начину успостављања равнотеже интереса која је нарушена недозвољеном радњом. Повјерилац који није добио испуњење или је испуњење било неуредно, могао „је да се служи сваким допуштеним начином, е да би га нагнао на намир дуга,“ (члан 540) што првенствено значи да је могао да инсистира на испуњењу уговора, могао је да захтијева обезбјеђење, да прими умјесто дуговане неку другу чинидбу и сл. По природи ствари, такав начин успостављања равнотеже није био могућ када је у питању била повреда опште обавезе да се не шкоди другоме па је у том случају оштећени могао да захтјева натуралну реституцију или новчану репарацију (члан 571).

2. Основи одговорности за накнаду штете

Основи одговорности за накнаду штете представљају идеје којима се оправдава због чега последице штете не треба да сноси сам оштећени него штетник па се у том смислу наводе кривица, ризик и правичност.³¹⁰ Доминантан разлог који оправдава имовинску одговорност у Општем имовинском законнику је кривица. Она се истиче у први план и када је у питању одговорност за властите радње (чл. 570, 571), као и када је у питању одговорност за другог (помоћника-574 или неурачунљиво лице-575, 576) или животињу (чл. 583), као и за одговорност за штету од грађевине (чл. 584).

³⁰⁹ Више о разликама, С. Цигој, „Грађанска одговорност,“ *Енциклопедија имовинског права и удруженог рада*, Београд 1978.

³¹⁰ Ј. Радишић, 181.

Објективна одговорност није имала значајан домен примјене сходно рјешењима Имовинског законика. Наиме, тај вид одговорности се налази код угоститељске оставе која је била нормирана као „особита врста оставе“ и којој је Законик посветио пет чланова (391 - 395), дакле много више него осталим посебним врстама оставе што је указивало на растући економски и правни значај овог облика оставе.³¹¹ Иначе, пажња законодаваца је од давнина била усмјерена ка понашању угоститеља тачније, гостионичара. Код Римљана је ова одговорност имала различите правне оквире, од преторских паката до квазиделиката,³¹² док је у модерном законодавству посматрана као уговорна одговорност гостионичара на основу претпостављеног уговора о остави између њега и путника поводом ствари унешених у гостионицу. За овај концепт се определијелио и Општи имовински законик.³¹³ Иначе, како то образлаже Д. Аранђеловић, разлог због којег модерно законодавство познаје одговорност гостионичара налази се у томе „што би путник, кад та одговорност не би постојала, често био остављен у погледу својих ствари на милост и немилост гостионичару. Не знајући околности у гостионици, не познајући људе и путнике у њој, путник често не би знао ни како да чува своје понесене ствари од повреда и покрађа, нити пак од кога да тражи накнаду штете, кад би ти случајеви оштете и покрађе наступили.“³¹⁴

Што се тиче гостионичареве одговорности у члану 392 се наводи да гостионичар не одговара: „а) за оно што се силом отме или оштети, у колико сам томе крив није; б) за штету која потече од какве природне неодољиве силе; в) за посљедице безбрижја самог путника; г) за штете учињене од путникове пратње, па му то биле слуге, својта или другови.“ Дакле, у овом члану су описане

³¹¹ Иначе, овај облик је данас регулисан у посебном одјељку након уопштених одредби о остави ЗОО, чл. 724 – 729.

³¹² Ž. Vučković, 266.

³¹³ У члану 391 став 1 Општег имовинског законика прописано је да „они који држе гостионице, или иначе примају путнике на ноћевање или на стан, одговарају као храниоци оставе, за квар или недостатак ствари које путници у њихова здања унесу, па баш да им их нијесу из руке у руку предали.“

³¹⁴ Д. Аранђеловић, *Одговорност гостионичара према путницима због претрпљене штете у гостионици на унесеним стварима*, Државна Штампарија Краљевине Србије, Београд 1906, 4. Упор. D. 4.9.1.pr-1 (Ulpianus libro quarto decimo ad edictum), Pretor kaže: „Daću tužbu protiv brodarka, krčmara i vlasnika štala u pogledu onoga što su primili da bi sačuvali, ukoliko to ne bi vratili.“ Ovakav edikt je od najveće koristi zato što je u načelu neophodno verovati ovim licima i poveriti im stvari na čuvanje. Neka neko ne misli da je ovo što je ustanovljeno protiv njihovih preteška obaveza jer je na njihovoj slobodnoj proceni da li će nekoga primiti, i da ovakav propis nije donesen, dalo bi se sredstvo za dogovor s lopovima protiv onih koje su primili, jer čak ni sada oni se ne uzdržavaju od takvih prevara.

околности које гостионичара *ослобађају* одговорности и то су околности које се наводе и у другим законима који одговорност гостионичара одређују као објективну одговорност.³¹⁵

Имовински законик није познавао одговорност услед употребе опасних ствари и вршења опасних дјелатности. Развој технике омогућио је човјеку лакши живот али је истовремено увећао ризик од штете. Право је реаговало проширујући поље грађанске одговорности и на она дјела која нијесу била недопуштена али су носила већи ризик за околину. Ипак, грађански законици с краја 19, и почетка 20. вијека, па ни Имовински законик, нијесу регулисали овај вид објективне одговорности,³¹⁶ већ је она уведена партикуларним законодавством које се обично базирало на одговорности за штету причињену у жељезничком или друмском саобраћају.³¹⁷

На крају треба истаћи да је Имовински законик предвидио одговорност по основу правичности. Овај основ одговорности постављен је у члану 575 Законика и у њему су прихваћена рјешења предвиђена у упоредном праву.³¹⁸ Наиме, неурачунљиво лице („чељад незрела или нездрава ума“) било је дужно да надокнади штету када се надокнада није могла добити од лица које је било дужно да врши надзор над њим. Надокнаду је дуговало и када је родитељ, односно

³¹⁵ Њемачки грађански законик, § 701,3: „Не настаје обвеза на накнаду, ако је губитак, уништење или оштећење проузрочено од стране госта, пратиоца госта или особе, коју је гост код себе примио или услед својстава ствари или вишом силом“; Швајцарски законик о облигацијама, чл. 487: „Гостионичари и хотелијери одговарају за свако оштећење, пропаст или крађу ствари које су донијели путници који код њих одседају, осим ако не докажу да се штета може приписати самом путнику, лицима која га посјећују, прате или су у његовој служби, или ако штета није последица више силе или природних својстава остављене ствари.“

³¹⁶ Односно објективне одговорности у ужем смислу, док је објективна одговорност у ширем смислу свака одговорност која се не базира на кривици штетника „већ на некој врсти повећаног ризика који повезује штетника и штету,“ О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2014, 486.

³¹⁷ Љ. Милошевић.191.

³¹⁸ Општи имовински законик, чл. 575: “За штету коју учине чељад незрела или нездрава ума, одговарају они којима је дужност да их пазе, ако не докажу да се штета није догодила због њихове непажње. Ако, према томе, они који су обвезани да таку чељад пазе, нијесу дужни намирити штету, или ако су и дужни, нијесу у стању, да је плате, тада суд, у случајевима кад то правичност изискује, може осудити и самога штетника такве врсте да, према степену разборитости његове, према имању штетника и оштећеника, намири потпуно или дијелом штету коју је учинио.“ Овај основ одговорности за штету посебно је нормиран у Аустријском грађанском законнику (§1310), Швајцарском законнику о облигацијама (чл. 58) и Њемачком грађанском законнику (§829). Српски грађански законик не уважава правичност као основ одговорности за противправне радње али зато даје могућност да се на њега позове поводом штете која је последица правно допуштених радњи, в. Ј. Радишић, „Основ одговорности за штету по Српском грађанском законнику,“ *Сто педесет година од доношења српског грађанског законика: (1844-1994)*, Ниш 1995, 229-230.

старатељ поступао са дугованом пажњом приликом вршења своје обавезе старања па сходно томе није био крив за проузроковану штету, као у случају када је утврђена родитељева или старатељева кривица али када они нијесу имали имовинских средстава да надокнаде штету.

Јасно је да је сврха овог правила била да се оствари обештећење оштећеног које је могло изостати ако би се одговорност за надокнаду штете темељила само на кривици јер неурачунљиви нијесу подобни за кривицу, кривица родитеља због настанка штете није била утврђена или је утврђена али је репарацију штете било немогуће постићи због тога што родитељи нијесу имали имовину.

Овај основ одговорности био је и полазиште при просуђивању одговорности Куће за штету коју је њен члан проузроковао трећем лицу. „Наиме, свјестан да ће неријетко обвезивање самог штетника – сходно чл. 700, остати неефикасно, јер овај ни у „особини“ ни у свом издвојеном дјелу неће имати довољно имовине да надокнади проузроковану штету, аутор ОИЗ предвидио је да у таквим случајевима, ако то „правица изискује“, суд може за недостајући дио обавезати и Кућу (чл. 702).“³¹⁹

Одговорност на основу правичности у модерним грађанским законима има посебан домен примјене у случајевима гдје се одговорност није могла основати на кривици или ризику.³²⁰ Она се као основ одговорности посебно истиче у моменту када су јасно дефинисани разлози позивања на одговорност за штету. Прије тога могло се позвати или на кривицу или на каузални нексус, у зависности од степена развоја правног система. Наиме, објективна одговорност је била карактеристична као почетни облик одговорности за штету. Чини се да је тако било и по црногорским обичајима. Наиме, Богишићеви зборници обичаја садрже податке о томе да је лице које је неког убило или ранило из нехата било дужно „само“ да надокнади штету члановима породице оштећеног тако да није спровођена крвна освета нити се плаћао цио износ крвнине која је представљала

³¹⁹ Н. Мисита, „Накнада штете по основу правичности у Општем имовинском закону“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву XXXII/84*, Сарајево 1985, 112.

³²⁰ Ј. Радишић, 2008, 195.

добровољну композицију.³²¹ Дакле, постојала је свијест да према таквом лицу не треба предузети репресивне мјере већ је било довољно реакцију свести на репарацију штете. Свакако треба имати у виду да тада није био одвојен домен приватних од кривичних деликата па је сасвим извјесно да се и кривица третира на јединствен начин тако да из наведеног произлази да је одговорност за надокнаду штете била објективна.

Касније, држава је кажњавала и поменута дјела учињена из нехата, али је и надокнада штете изостајала ако се њено наношење није могло штетнику уписати у кривицу.

3. Елементи одговорности за дугове из недопуштених дјела

Да би поводом штете која је настала услед недопуштеног дјела настао облигациони однос између оштећеног, односно оштећеника и штетника, било је неопходно да се стекну одређене претпоставке. Свака од тих претпоставки или елемената одговорности за надокнаду штете може се идентификовати у члану 570 који је, као што је речено, садржао општу забрану наношења штете другоме. По овом члану, онај ко „незаконитим дјелом“ другоме „учини или узрокује“ штету дужан је „у колико се оцијенити може, потпуно намирити, не само кад је дјело злом намјером учињено него и кад се згодило по немару или од обијести.“ Дакле, елементи који су се морали стећи да би постојала одговорност за надокнаду штете су незаконито, односно противправно понашање, узрочна веза између радње штетника и штете, сама штета и кривица.

3.1. Штета

Имовински законик спада у групу законика који дефинишу појам штете. Сходно члану 923: „Штета је у ширем значењу кад се год и чим се год наш иметак умањује, па било да се нечим крњи наша већ стечена имовина, или се имовини пријечи да се нечим не умножи, чим би се иначе одиста умножила.“ Као што се

³²¹ В. Богишић, (2004а), 538: „Ако ко без намјере, дакле нехотице, кога рани или убије, то он не плаћа крв, као за рану или убијство, него само нешто за штету, коју је претрпио кроз то рањени или фамилија убијеног, колико добри људи нађу да је право.“ В. В. Богишић, 2004б, 392: „Ако је гријехом, те се знало управо, мало ко се нашао да се свети и ако се нашао то би била каква рђа или зао човјек, нити му је народ то одобравао. Кад је гријехом, који узме до по крви, а коигод је и све праштао, само би узео какав дар, какву пушку или нож у знак помире.“

види, штета је представљала умањење имовине и то како умањење постојеће имовине тако и спречавање могућности да се она по редовном току догађаја увећа. Ова два облика штете Законик је означио као просту штету, традиционално познату као *damnum emergens*, и као изгуб добитка или *lucrum cessans*. Дакле, по Законнику су постојала ова два облика штете која казују да се по Општем имовинском законнику могао поднијети захтјев за надокнаду материјалне, односно имовинске штете. Дефиниција штете на то упућује, а и само одређење Законика да регулише, сходно његовом називу, само имовинске односе. Свакако, објекат штете су могла бити и имовинска и неимовинска добра, али је Законик санкционисао само штету на имовинским добрима док су се повреде неимовинских добара могле санирати сходно нормама јавног права (кривичног или управног).

Ипак, има и оних који сматрају да је Општи имовински законик предвидио и надокнаду нематеријалне штете у одредбама којима се одређује надокнада штете изазване тјелесном повредом. У члану 580 стоји: „Ко ударцима или раном кога повриједи, намириће све трошкове боловања и лијечења, као и штету од дангубе. Судаћи о томе, треба особито пазити: да ли је тиме повријеђеник остао сакат, за вазда болан, или тако нагрђен да нема више наде е да ће његово стање боље постати (на пр. дјевојка која се због тога не може више удадби надати), те треба да и та штета буде оцијењења и да је кривац намири.“ Чини се да је композиција овог члана таква да је у првом ставу предвиђена надокнада прости односно непосредне штете, а у другом будуће штете, односно изгубљене добити која ће настати због нанешене тјелесне повреде. Изгледа да је истицање смањењог изгледа на удају услед тјелесне повреде навело П. Стојановића да закључи да се у том случају ради о нематеријалној штети. Наиме, питање надокнаде нематеријалне штете због смањених изгледа на добру удају било је предмет расправе у модерној теорији,³²² али чини се да Имовински законик није оставио простора да се иста расправа води поводом његових норми јер се он јасно определијелио за надокнаду штете на материјалним добрима. Сем тога, у Црној

³²² О. Станковић, *Новчана накнада нематеријалне штете*, Београд 1968.

Гори је овај сегмент друштвених односа био врло специфичан и није тада давао простора да се о надокнади штете у овом случају посебно говори.³²³

Штету и њену висину доказивао је тужилац доказним средствима која су му стајала на располагању. Свакако, када је процјена штете захтијевала посебна знања суд је прије доношења пресуде саслушавао вјештаке одговарајуће струке.³²⁴ Сходно томе, немогућност да се утврди висина штете доводила је до одбијања тужбеног захтјева за надокнаду.³²⁵

3.2. Кривица

У склопу Имовинског законика не налази се дефиниција кривице што је својствено већини грађанских законика који се због практичних разлога баве степенима кривице, а не самим појмом кривице.

Ипак, правни теоретичари кривицу посматрају као посебан психички однос штетника према штетној радњи и њеној последици. То је са аспекта редовног понашања људи негативан однос штетникове воље и свијести према штети и радњи из које је настала. Тај унутрашњи негативни однос манифестује се вршењем недозвољене радње.³²⁶ Свакако, тај однос се могао успоставити само код лица које је било способно за расуђивање и које је као такво могло да управља својим поступцима. Имајући све то у виду треба истаћи да је потребно правити разлику између деликтне способности, пословне способности и кривичне одговорности. Наиме, потребна разборитост је у овим сегментима била различита па је то нашло одраза и у рјешењима Имовинског законика поводом одређивања деликтне способности. Наиме, за стицање пословне способности Законик је предвидио одређен узраст (21 годину), док се поводом деликтне способности изричито не изјашњава већ само казује да су за штету нанешену од стране „чељади незрела или нездрава ума“ одговарала лица која су била дужна да врше

³²³ В. Богишић, (2004а), 141: „Женидба момка зависи од мање или више инокоштине куће. Нико се у сва три предјела не жени нити удава, као по градовима и варошима данашњега доба, т.ј. из љубовне обијести, него управ или из нужде да је задружнија фамилија, или из обичаја за то што је већ за женидбу или удају приспијо.“ Сем тога, интересантан је одговор да се приликом женидбе више гледа да је жена радница него лијепа, В. Богишић, (2004б), 27.

³²⁴ Општи имовински законик, чл. 571, ст. 3: „Кад ради оцјене штете треба вјештина стручних људи, суд ће, прије него одлучи, саслушати његово мишљење.“

³²⁵ ОСЦ, IV-1932-725, Број 2200, 29. новембра 1933.г., Цетиње.

³²⁶ Ј. Радишић, 215.

надзор над њима. Дакле, у Законнику нијесу биле предвиђене године узраста као показатељи деликтне (не)способности већ је судија у сваком конкретном случају био обавезан да одреди да ли је малољетно или душевно обољело лице имало потребну способност расуђивања.³²⁷

Законик је у члану 570 навео да је штетник одговарао за штету коју је другом лицу проузроковао злом намјером, услед немара или из обијести. У склопу шестог дијела Законика се налазе допуне у којима се одређује зла намјера и немар док се не прецизира наношење штете из обијести. Такав облик кривице би се могао посматрати као већи степен намјере, тј. када је штетник показао обијест наносећи штету.³²⁸ Са аспекта одговорности истицање обијести није имало посебног утицаја сходно нормама Имовинског законика.

Остала су два степена кривице: зла намјера (*dolus malus*)³²⁹ и немар (*culpa*).³³⁰ У одређењу ових појмова Имовински законик не показује било какве специфичности већ се служи устаљеним дефиницијама. Истиче се да је споразумно искључење одговорности за злу намјеру супротно поштењу и благонарављу и као такво није производило правно дејство већ се сматрало као да га нема. Законик је степеновао немар на крајњи немар као облик непажње који не би ни један човјек показао без обзира у којој је мјери иначе пажљив. Док је омањи немар одређен негативно у поређењу са крајњим немаром. Наиме, омањи немар је постојао код онога ко је иначе немарно радио, али је тај немар био мањи од онога ко је поступао крајње немарно.³³¹

Овакво одређење омањег немара може се разумјети тек ако се дода да је Имовински законик предвидио субјективно мјерило за одређивање немара. У члану 929 се наглашава: „Степен се немара мјери, узимљући још у рачун све личне и друге прилике посла или догађаја о коме ријеч буде.“ Тако овај члан

³²⁷ Љ. Милошевић, 183: „Деликтно способним би се сматрао онај малољетник који би могао да схвати да ону штету коју је проузроковао другоме, није требало да проузрокује.“

³²⁸ Прије доношења Закона о облигационим односима из 1978. г. разликовала су се три степена намјере: обична намјера, зла намјера и злурадост. В. Р. Klarić, М. Vedriš, *Грађанско право*, XIV измijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne Novine, Zagreb 2014, 598: „Za zluradost se tražilo da štetnik hoće uzrok i posljedicu, da zna za protupravnost radnje i da je, nanoseći štetu, iskazao stanovitu radost ili obijest.“

³²⁹ D. 44,4,11,1.

³³⁰ D. 50, 16, 213, 2.

³³¹ Општи имовински законик, чл. 928.

налаже судији да приликом одмјеравања немара узме у обзир следеће околности: „Треба дакле разабрати: како је, на пр. тај човјек обично марљив у својим властитим послима; је ли друга страна, повјеривши му посао, познала или дужна била познати његову обичну марљивост; какву је пажњу требало да има по природи саме везе или посла; је ли у посао умијешао ради своје властите користи, или само ради користи друге стране и тд.“

Објективно мјерило за оцјену нехата било је присутно у Њемачком грађанском закону и Швајцарском закону о облигацијама.³³² Овакво одређивање потребне пажње је подразумијевало поређење штетниковог понашања са понашањем апстрактно замишљеног пажљивог човјека. Штетник који се није понашао као овај замишљени пажљиви човјек понашао се немарно и био је дужан да надокнади штету. Овакво мјерило дуговане пажње може се схватити у оним срединама гдје је широк круг људи укључен у правни промет и гдје је управо због редовног функционисања тога промета потребно очекивати један просјечан степен пажње на страни његових учесника. Сходно томе, објективно мјерило за нехат широко је присутно у модерним правима, ако се изузму рјешења аустријског права.³³³

Као што се могло видјети, Општи имовински законик је у овом сегменту предвидио да се приликом одмјеравања степена немара води рачуна о посебним околностима на страни штетника. Треба имати у виду да је процес укључивања ширег круга лица у правни промет постепено одмицао и да је због тога још увијек био присутан поступак мјерења непажње сходно субјективним околностима. Ипак, те околности су дефинисане самим Закоником и биле су уподобљене потребама промета, што управо указује на средњи пут којим је кренуо законописац, тако да се може рећи да је Законик предвидио субјективно-објективно мјерило за утврђивање степена нехата.

3.3. Узрочна веза

Између радње штетника и саме штете требала је да постоји узрочна веза коју је оштећени као тужилац био дужан да докаже. Та веза је могла бити

³³² Ј. Радишић, 2008, 218-219.

³³³ *Ibid*, 219.

непосредна и посредна што се у Општем имовинском закону одражава ријечима у члану 570: „Ко год...учини или узрокује“ другоме штету биће дужан да је надокнади. Дакле, акценат је на томе да је штета могла бити директна или индиректна последица радње штетника. Овакво појашњење је врло једноставно и судији казује да је, ако се подсети на ријечи римског правника Целза, исто када неко некога убије и када проузрокује смрт.³³⁴

Доказивање узрочне везе није било једноставно. У једној парници поводом надокнаде штете тужилац (оштећени) је тврдио да је тужени оставио отворену чесму у својим просторијама и да је тако проузроковао влагу због које је, из хигијенских разлога, затворен локал у сутерену гдје је тужилац држао кино. Тужилац је тврдио да је услед тога претрпио стварну штету и изгубљену добит. У разлозима пресуде стоји следеће: „Исказима пак вјештака доказано је да је влага местимично наступила од испуштања воде из сва три напријед наведена извора (чеп, чесме и прсле цијеви), и да би услед прснућа цијеви мање влаге дошло у односу на она друга два извора, да су видљиве мрље последица испуштене воде, а да општа влага која се осјећа у сутеренским просторијама произлази од недовољне вентилације, дубоко укопаних и уопште нехигијенски уређених просторија за становање и јавне употребе. Из оваквог вјештачког мишљења јасно произлази да стварна штета није проузрокована само евентуалним немаром туженога него још услед два узрока потпуно неовисна од узрока штете који се туженоме у кривицу убраја па како се не може утврдити колика штета појединачно на ова сва три узрока отпада, а није случај из чл. 572 О. И. З., те се ни бројчана висина стварне штете почињена од туженога утврдити не може.“³³⁵

3.4. Противправност

Општи имовински законик јасно предвиђа противправност као претпоставку одговорности за штету. Он каже да ће штету надокнадити онај ко је нанесе „каквим незаконитим дјелом.“³³⁶ При томе изгледа да се незаконито дјело

³³⁴ D. 9.2.7.6-7 (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum): Celz kaže da je velika razlika u tome da li je neko /nekoga/ ubio ili je samo prouzrokovao smrt, jer onaj ko je prouzrokovao smrt ne odgovara po Akviljevom zakonu, nego po *actio in factum*.

³³⁵ ОСЦ, IV-1932-725, Број 2200, 29. новембра 1933.г., Цетиње.

³³⁶ Општи имовински законик, чл. 570.

посматра не само као дјело које се противи правилима Општег имовинског законика него и правилима других законика.³³⁷ Сем тога, као синоним за назив незаконита дјела користи и назив недопуштена дјела чиме се алудира на шире значење недопуштености дјела. Дакле, недопуштеним се сматрало не само дјело које се противи нормама писаног права већ и обичајним и моралним нормама.

Разлози због којих се радња услед које је настала штета није посматрала као незаконито дјело су: вршење свога права и вршење службене дужности, као и нужна одбрана.

Имовински законик у члану 943 налаже: „Ко год ради или врши што је властан радити, он никога не вршећа, па је без одговора баш и онда кад би од тога коме другоме и какве штете било. Ипак, он треба да, вршећи своје право, не пријеђе границе своје области, нити учини што противно правилима благонравља (1000) или поштења.“ Дакле, граница до које се може ићи при вршењу сопственог права је туђе субјективно право. Такво ограничење је нужно у сваком систему да се употреба права не би претворила у његову злоупотребу. При томе, Општи имовински законик је као злоупотребу права посматрао сваку употребу која је спроведена да би се другоме нанијела штета.³³⁸

Штета која је настала вршењем службене дужности не представља штету која је нанешена незаконитом радњом па се због тога од штетника није могла тражити њена надокнада. Тужбени захтјев Бећа Радоњића за накнаду штете је одбијен као неоснован јер поступак услед којег је настала штета није био недозвољен. Наиме, тужилац је тражио да му се надокнади вриједност вола којег су тужени одвели од тужиоца и нијесу га никада вратили. У поступку је утврђено да је тужилац био у одметништву и да су тужени по налогу предсједника Општине Команске тужиоцу одузели вола ради прехране војске и омладине. Након спроведеног поступка „суд није могао утврдити, да су тужени каквим незаконитим дјелом нити пак каквим својим немаром или непажњом, штету у питању учинили, тиме што су његовог јунца на напријед описани начин узели, већ

³³⁷ Општи имовински законик, чл. 570, ст.3: „У колико незаконито дјело пада под казнене законе, кривац ће бити још и по тим законима посебице суђен.“

³³⁸ Општи имовински законик, чл. 1000: „Ни својим се правом служити немош' , тек другоме на штету ил' досаду.“

напротив, да су они то чинили по наређењу ондашњих власти, које су браниле угрожени правни поредак одметничком акцијом на страни којих је одметника тада био и данашњи тужитељ, па од туда у радњи оптужених под овим и оваквим условима, нијесу се стекли услови они из чл. 570 О. И. З. или кога другога члана побројаног у одјељењу, који говори о „дуговима који долазе од недопуштених дјела“ нашег О.И.З. па ни кога другога члана предријеног по О.И.З. -у по којима би тужитељу припадало право накнаде штете према туженима из овог основа.³³⁹

Није била ријеткост да неко лице при вршењу службене дужности буде повријеђено и штета која му је тим поводом била нанешена одређивала се по општим правилима. Тако је било и случају службеника Финансијске контроле који је „приликом вршења службене дужности дошао у сукоб с туженим, кога је ухватио у кријумчарењу дувана; да би тужени осујетио откривање свог дјела том приликом ударио је тужитеља у слабину и сломио му сат вриједности 320 динара.“³⁴⁰ Тужбени захтјев овог службеника је усвојен и тужени је обавезан на надокнаду штете.

Нужна одбрана је један од опште прихваћених разлога због којих се није могло говорити о радњи штетника као о недопуштеној радњи. О том Законик јасно каже: „Пошто је нападач сам крив злу или штети коју при томе претрпи, он накнаду ни од кога тражити не може.“ Појам нужне одбране и њене границе одређене су чланом 577 и 944. Иначе, Законик користи термин законита самоодбрана. Интересантно је објашњење ове установе у члану 944 који дефинише њене границе: „И божији и људски закон допушта свакоме, ко је неправедно нападнут, да се сам брани како може, кад му није могуће Власт у помоћ призвати.“

Допуштена самопомоћ није била нормирана као посебан разлог искључења противправности. Такво становиште се може схватити када се има у виду да је вријеме у којем је самопомоћ била доминантан облик заштите права представљало блиску прошлост, тако да се може разумјети обазривост законописца у овом сегменту.

³³⁹ ОСЦ, IV-1924-58, број 331, 11. јуна 1924.г., Цетиње.

³⁴⁰ ОСЦ, IV-1932-736, Број 4446, 27. фебруар 1933.г., Цетиње.

4. Посебни случајеви одговорности

4.1. Одговорност за другога

Одговорност за сопствене недозвољене радње представља правило док одговорност за недозвољене радње другога представља изузетак који је потребно регулисти изричитим правилима. Одговорност за другога има за циљ да у првом реду заштити интересе оштећеног који би остао без надокнаде штете када не би постајао овај облик одговорности. Сем тога, овај облик одговорности везује се за посебан однос подређености који је постојао између штетника и лица које одговара за њега. На првом мјесту ради се о односу родитеља или старатеља према малољетним лицима, односно душевно болесним лицима (575), затим о одговорности послодавца за своје запослене (члан 574), као и одговорности Куће за недозвољена дјела њених укућана (чл. 700-704). У склопу одредби о најму радње одсејком (уговор о дјелу), предвиђена је одговорност предузетника за помоћника у извршавању обавезе преузете овим уговором (члан 351).

Имовински законик је на једном мјесту регулисао одговорност недозвољене радње малољетних лица и лица неспособних за расуђивање, наиме, у члану 575 само се говори о „чељадима незрела и нездрава ума.“

4.1.1. Одговорност за недорасла лица

Одговорност родитеља и старатеља за незаконита дјела малољетних лица позната је од давнина. Ноксална одговорност римског *pater familias*-а има у појавном смислу облик те одговорности али се суштински разликује од одговорности родитеља која је нормирана у Имовинском законуку и осталим грађанским законцима. Отац породице није одговарао због пропуста у вршењу надзора над малољетником него због тога што под његовом влашћу било лице *alieni iuris* које је требало да сноси непосредну одговорност због почињеног деликта који је био везан за његову физичку личност. Како закључује М. Полојац, циљ ове одговорности није био да „се казни или учини одговорним *dominus* односно *pater familias* за деликт починиоца под влашћу или у власништву.“³⁴¹

³⁴¹ М. Полојац, „Природа ноксалних тужби и ноксалне одговорности,“ *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 4/99, 481.

Циљ је био на другој страни: „Ноксална одговорност и ноксалне тужбе представљају један специфичан правни механизам којем је основна сврха да омогући одговорност самог починиоца деликта. Стога је шефу породичне заједнице наметнута обавеза алтернативног карактера која се састојала у ноксалном изручењу починиоца деликта или преузимању одбране: *aut dedere aut defendere (iudicium suscipere)*.”³⁴²

У правним системима који деликтну одговорност везују за одређени узраст различито су постављена правила одговорности за малољетнике. Негдје су родитељи дјече до 7 година одговарали по принципу објективне одговорности,³⁴³ а негдје се њихова одговорност базирала на апсолутној претпоставци кривици.³⁴⁴ С друге стране стоје законици који деликтну способност нијесу определијели годинама већ општим психо-физичким статусом малољетника па је у сваком конкретном случају требало процијенити његову разборитост. Такав еластичан приступ је карактеристичан за швајцарско право и њему одговара постављање релативне претпоставке о кривици родитеља за приватни деликт малољетника.³⁴⁵ Истим путем пошао је и Имовински законик и у погледу одређивања деликтне способности и у погледу основа одговорности родитеља: „За штету коју учине чељад незрела или нездрава ума, одговарају они којима је дужност да их пазе, ако не докажу да се штета није догодила због њихове непажње.”³⁴⁶ Могуће је да је начин организовања правила о одговорности родитеља везан за дефинисање деликтне одговорности. Наиме, родитељи су строжије одговарали тамо гдје је била фиксирана граница одговорности док се, с друге стране, тамо гдје та граница није била постављена предивђала блажа одговорност јер је одговорност у овим случајевима била шира, у смислу да се одговарало и за дијете испод 7 година ако је било способно за расуђивање.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Тако одговорност родитеља тумачи Ј. Радишић, 1995, 229, при томе истиче разлику у односу на Аустријски грађански законик који је одговорност чинио зависном од кривице. С друге стране, Љ. Милошевић ову одговорност родитеља везује за апсолутну претпоставку о кривици, Љ. Милошевић, 182. У пракси ове разлике нијесу биле велике ако се имају у виду чињенице које искључују ове облике одговорности. Углавном, тежило се строгој одговорности родитеља.

³⁴⁴ Аустријски грађански законик, § 1309.

³⁴⁵ Француски грађански законик, чл. 1384; Швајцарски грађански законик, чл. 333.

³⁴⁶ Општи имовински законик, чл. 575, став 1.

Треба још истаћи да је у овом сегменту Имовински законик одступио од обичајних правила по којима је деликтно неспособно било лице до 12 година.³⁴⁷ Иначе, у поређењу са старосном границом постављеном у Српском грађанском законнику, као и у Аустријском грађанском законнику која је одређена на 7 година, уочава се знатна разлика која је могла бити оправдана самим начином живота дјете који је био условљен општим степеном развоја друштва.

4.1.2. Одговорност за сараднике

У Имовинском законнику се разликују двије врсте сарадника за чије недозвољене радње је одговарао онај за кога су радили. Предузетник који је уговором о дјелу (уговор о најму радње одсјеком) преузео неку обавезу према повјериоцу (наручитељу), могао је извршење посла или његов дио да повјери „коме га је воља, али опет он сам одговара за сваку штету и недостатак.“³⁴⁸ Дакле, чињеница да је извршење посла предузетник повјерио другом лицу-помоћнику, не мијења ништа у погледу његове уговорне одговорности према повјериоцу. То је разумљиво јер положај повјериоца није могао бити погоршан због тога што предузетник није извршио дуговану радњу лично.

Помоћник му је, просто речено, био продужена рука, а у погледу одговорности могао се сматрати као продужетак његове личности јер је и за њега на исти начин одговарао као да је лично предузео радњу. У том смислу се изјашњавају римски извори,³⁴⁹ а и савремено право³⁵⁰ јер се полази од правила *qui facit per alium, facit per se*.

О другој врсти сарадника се говори у члану 574: „Кад ко постави слугу или радника да врши за њега какав посао или радњу, треба да га пази и надгледа

³⁴⁷ В. Богишић, (2004б), 223: „Само што дјети се оставља и 12 год. да су неодговорни.“ Ове године су се поклапале и са годинама које су биле потребне за кривичну одговорност, в. *Ibid*, 352.

³⁴⁸ Општи имовински законик, чл. 351.

³⁴⁹ D. 19.2.25.7 (GAIUS libro decimo ad edictum provinciale): „Ако је неко уговорио да ће превести стуб, па се тај стуб за време док је био подизан, превожен или скидан-полалан, истоваран, полони, он ће одговарати за тај ризик ако постоји немарност на његовој страни или код особа којима се радом користи.“

³⁵⁰ ЗОО, чл. 610 (Поверавање извршења посла трећем): „Уколико из уговора или природе посла не произлази нешто друго, посленик није дужан да посао обави лично. Посленик и даље одговара наручиоцу за извршење посла и кад посао не обави лично;“ ЗОО, члан 611 (Одговорност за сараднике): „Посленик одговара за лица која су по његовом налогу радила на послу који је преузео да изврши, као да га је сам извршио.“

онако као што би сваки добар домаћин чинио. Занемари ли то, одговараће за сваку штету коју би тај најмљеник, при нарученој му радњи, коме трећем учинио. Те се одговорности ослобођује тек онда кад је јасно да би се штета, поред све поменуте пажње догодила била.“

Овај случај одговорности за другог не може се поистовјетити са било којим савременим видом одговорности за сараднике. Начин на који је организован овај вид одговорности појмовно одговара одговорности послодавца за запослене али суштински се не могу поистовјетити. Наиме, у уводном дијелу члана 574 се говори о постављеном слуги или раднику што упуђује да је у питању лице са којим је заснован радни однос. Због тога се појмовно може означити као одговорност послодавца за запослене. Ипак, у питању су запослени, односно слуге и радници у смислу тадашњих правила, правила Имовинског законика и обичаја. Наиме, овај Законик је, уз Њемачки грађански законик, посебно нормирао уговор о најму службе, за разлику од већине првих модерних законика који нијесу у потпуности разликовали уговор о раду и уговор о дјелу. Уговор о најму службе и радње, уобличен у Општем имовинском законнику био је, не само акт којим се заснивао радни однос, већ и основни регулатор тога односа без обзира што су у мањој мјери била присутна аутономна правила радног законодавства. Специфичности у односу на савремено право видљиве су у односу послодавца (најмилац) према раднику (најмљеник) који је суштински био однос подређености али уз примјесе патријархалних схватања. Наиме, радник је често живио у кући послодавца са његовом породицом (слуге). Због тога не чуди што је послодавац требао „да се постара укријепити у најмљенику општа правила поштења и благонаравља.“³⁵¹

Члан 574 предвиђа следећа правила. Послодавцу се налагало да врши надзор над радником као добар домаћин. У случају када је послодавац занемарио овај облик пажње био је дужан да надокнади сву штету коју је радник нанио трећем лицу у вези са радом („при нарученој му радњи“). Није био дужан да одговара за штету коју је починио радник када се показало да би штета настала поред све поменуте пажње. Дакле, у питању је одговорност за кривицу која се

³⁵¹ Општи имовински законик, чл. 334.

релативно претпоставља и које се могло ослободити у случају када би се штета догодила и да је послодавац показао пажњу доброг домаћина.

4.2. Одговорност за штету коју је изазвала животиња

Одговорност за штету коју је нанијела животиња је била позната од давнина јер је било нужно регулисати тај случај одговорности с обзиром да је улога животиња у друштвено-економском животу човјека била велика.³⁵² Иако су се десиле значајне промјене у начину живота човјека, животиње су и даље дио њега али не у мјери у којој су биле раније. Чини се да о томе доста говори чињеница да се у већини савремених правних система, па и нашем, животиња посматра као опасна ствар, дакле ствар која представља извор повећане опасности.³⁵³

Овај облик одговорности нормиран је члановима 582 и 583 Имовинског законика.

У члану 582 стоји: „Насрне ли на кога туђ во, коњ, и. т.д., те га повриједи или му оштети жовотињу или друге ствари, одговараће за то власник животиње која је насрнула или онај коме је ова повјерена била, осим ако би доказао да је он, ни злом намјером ни немаром, није никако крив штети. Претпоставља се да није крив, кад животиња није до тада имала навике изненада да насрће (во да боде, коњ да бије, и т.д.).“

Дакле, члан 582 дефинише одговорност власника животиње, односно лица којем је животиња била повјерена, за штету коју је та животиња нанијела. При томе, Законик одређивање животиња за које постоји грађанска одговорност њиховог власника почиње набрајањем и то оних животиња које су најчешће наносиле штету људима и њиховој имовини (во, коњ). Сходно стилизацији овог

³⁵² О томе како се мијењао однос према животињама поводом одговорности за штету в. М. Полојас, *Actio de pauperiae and Liability fom Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003, 5-16.

³⁵³ Пословица коју је забиљежио В. Богишић казује о значају који су посебно неке животиње имале за човјека: „Пас је кутњи бранитељ, а во хранитељ,“ В. Богишић, (2004а), 571.

члана одговорност је обухватала и остале животиње које су могле бити у власништву човјека без обзира да ли су оне биле домаће или дивље.³⁵⁴

Основ одговорности је била кривица власника (држаоца). Ипак, доказивање кривице је било различито постављено у зависности од тога да ли је животиња имала опасне навике. Постојала је претпоставка невиности власника ако животиња није имала навике услијед чијег испољавања је могла настати штета („во да боде, коњ да бије и т.д.“). С друге стране, ако је животиња имала навике „да изненада насрће,“ претпостављало се да је власник крив „осим ако би доказао да он, ни злом намјером ни немаром, није никако крив штети.“

У већини старијих европских грађанских законика одговорност за штету од животиње се темељила на претпостављеној кривици власника.³⁵⁵ Претпоставка невиности власника у случају када животиња није имала лоше навике била је специфичност Имовинског законика. На увођење ове претпоставке могла је да утиче чињеница да су се лоше навике неке животиње лакше могле спознати у једној малој и компактној средини каква је постојала у Црној Гори. О томе казује спор који је вођен ради надокнаде штете коју је нанио пас туженог тако што је заклао три тужиочеве овце. Наиме, након што је тужени на лицу мјеста признао да је пас ухваћен на закланој јагњаци његов, сведоци су потврдили да је тај пас имао и раније навику да насрће на стоку. „Ова се последња околност потенцира и исказом свједока Стојановића Марка, који је изјавио да му је пас туженог заклао једну овцу.“³⁵⁶ Тужени је обавезан на надокнаду штете с позивом на чл. 923, 924 и 582 Имовинског законика.³⁵⁷

Нека специфична рјешења у погледу одговорности за штету коју су причиниле животиње могу се наћи и у Отоманском грађанском законуку. У њему је постављено правило да власник животиње не одговара за штету кад она „само по себи (својим нагоном) учини,“ с тим што је власник био дужан да надокнади

³⁵⁴ Нека законодавства праве разлику између дивљих и домаћих животиња, оних које се користе у економске или луксузне сврхе и сл. В. С. Станишић, „Правна природа грађанске одговорности за штету од животиња,“ *Годишњак Факултета Правних наука*, Година 4, Број 4, Бања Лука, јул 2014, 83-89.

³⁵⁵ В. О. Антић, 504.

³⁵⁶ ССБ, Број 169- IV-1936-93, 23. јануара 1937.г., Бар. Пресуда је потврђена пресудом Окружног Суда на Цетињу, број 959-IV-1937-143, 3. јуна 1937.г. Цетиње.

³⁵⁷ *Ibid.*

штету када је „видио своју животињу гдје она туђе добро уништава па јој не стане на пут...“³⁵⁸ Сем тога, други став параграфа 929 се чини занимљивијим са аспекта поређења са односним правилом Општег имовинског законика. У њему стоји: „Ако би се налазила животиња за коју се зна, да штету чини, као јако бодљив вол или јако уједљиво псето, па би неко из села или махале опоменуо власника на то рекав му: „Сачувај (задржи) своју животињу,“ па би власник при свем томе њу пустио, и она би упропастила нечију животињу или неко друго добро, власник ће морати дати накнаду.“

Као што се види, правило нема неке садржинске сличности са правилом из члана 582 Имовинског законика јер предвиђа објективну одговорност власника који је пустио животињу на чије је мане био упозорен док се по ОИЗ-у претпостављало да власник није био крив ако животиња није била особито опасна. То свакако значи и кад је животиња била позната као посебно опасна, он је могао да доказује да је преузео све како до штете не би дошло (да није крив). Као што се види, претпоставка невиности је само олакшавала процесни положај власника животиње која није испољавала неке карактеристике које су представљале опасност за околину.

Иако не може бити ријечи о садржинској сличности цитираних правила, ипак се може увидјети да су специфична правила била одраз начина живота који је био својствен ужим заједницама (в. параграф 929 гдје се каже кад би неко „из села или махале опоменуо власника...“).

Специфичности црногорског права се у овом сегменту не заустављају на наведеној претпоставци невиности власника животиње. Наиме, у већини законодавстава било је успостављено право оштећеног држаоца земље да задржи животињу која му је узроковала штету,³⁵⁹ док је Имовински законик садржао супротно рјешење које је изложено у члану 583: „Забрањено је убијати и у плијен узимати туђу животињу коју ко нађе на земљи коју држи; допуштено је само са земље је изагнати. О потри коју туђа животиња учини, треба јавити пољаку, који ће у томе поступати по особитим правилима своје службе.“

³⁵⁸ Medželle i ahkjami šerije (Otomanski građanski zakonik), Sarajevo 1906, § 929.

³⁵⁹ Аустријски грађански законик, §1321, 1322; Српски грађански законик, § 817; Швајцарски законик о облигацијама, чл. 57.

Разлог због којег је Општи имовински одредио описано рјешење може се наћи у пракси која је претходила његовом доношењу. Богишић је поставио питање да ли је оштећени могао да задржи животињу коју је нашао у штети на својој земљи као обезбјеђење за наплату потраживања надокнаде штете. Одговор извјестиоца је био следећи: „Господар оне земље заплијени ону животињу (ако је јачи), те је затвори док дође домаћин оне животиње, или ти чобан. Прије је могао заплијенити само јачи, а слаби требало је да се и тим задовољи да исћера животињу па да се тужи главарима ако му штогод наплате. Одкад је суд, не смије заплијенити животињу ни јачи ни нејачи, него засвиједочи чија је животиња, а само кад не зна чија је узме је и затвори, али не за залог него да обазна чија је.“³⁶⁰ Даље се објашњава: „Кад би се нагнали оба од јака братства, бивало је и свађе, јер онај чија је животиња држао се увријеђен што му је животиња плијењена, те не би хтио ни да иде да је откупи, него би поручио осорно како се он усудио да његову животињу плијени, него да му их пошаље док и он њему што није заплијенио. И ако му је не поврати, свађа је готова, те ће и он сам доћи да му их насилу отме, или ће му с паше да одаждене исто онолико стоке...“³⁶¹

Дакле, задржавање животиње у штети доводило је до одмјеравања снаге између братства власника животиње и оштећеног. Међутим, чини се да иза тога сукоба стоји тадашњи начин заштите повријеђених права који се базирао на принципу одмазде, односно талиона јер је оштећени намјеравао власнику животиње да „с паше одаждене исто онолико стоке.“

Успостављањем државне власти самопомоћ је забрањена и уведена је судска заштита. Одрас те забране тек настале државе је и забрана задржавања или убијања животиње која је ухваћена у похари. Један од извјестилаца је ову забрану јасно и концизно објаснио: „То је било установљено ради тога што је ради убијене животиње у похари бивало много зла, а з друге стране има тому лијек, јер може простимат штету, па да му се плати што је похарано.“³⁶²

Чини се да овај одговор извјестиоца каже довољно о томе због чега Општи имовински законик не предвиђа овај облик обезбјеђења потраживања надокнаде

³⁶⁰ В. Богишић, (2004б), 306.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.*, 365.

причињене штете. Сем тога, чини се да је ово законско рјешење утицало да се највећи број спорова који су настали поводом похаре рјешава поравнањем између странака.³⁶³

Иначе, одговорност за штету коју је причињела животиња није била нормирана Законом о облигационим односима из 1978 године јер је у том домену постојала надлежност појединих република. Скица Михаила Константиновића садржала је ова правила и поставила их је у оквире објективне одговорности за штету причињену од опасне ствари.³⁶⁴ Постојећи Закон о облигационим односима Црне Горе из 2008. године базира се на рјешењима која су постављена у Скици.³⁶⁵

4.3. Одговорност за штету од грађевине

Одговорност за штету од грађевине је била посебно регулисана у значајнијим европским правним системима. Основ одговорности и ширина одговорности њеног власника или држаоца била је различито постављена али је за почетак битно констатовати да се надокнада претрпљене штете могла остварити од власника грађевине. Таква могућност је постојала у неким најстаријим правним системима с тим што се обештећење остваривало непосредно од градитеља. Лош квалитет материјала који је употребљиван за изградњу условио је да се у подручју Међуречја детаљније регулишу последице пада грађевине. Неке од тих последица, као смрт слободног човјека или роба, биле су посебно интересантне за кривично право. С друге стране, када је услед пада грађевине била оштећена покретна ствар, Хамурабијев законик је предвидио да је грађевинар био дужан да надокнади све што је било уништено а сем тога, „и зато што кућу није чврсто подигао, што се је срушила, поправиће порушену кућу сопственом имовином.“³⁶⁶ Дакле, грађевинар је сносио одговорност за надокнаду штете директно. Данас је његов положај дјелимично измијењен јер је за штету од грађевине одговарао њен власник, односно држалац који је имао право регреса према грађевинару ако је штета била последица недостатака у градњи. Одиста,

³⁶³ ОСЦ, Број 98-IV-1932-4, 26. марта 1932.г., Цетиње; ОСЦ, Број 914-IV-1924-59, 12. априла 1924.г., Цетиње.

³⁶⁴ Скица, чл. 142-144.

³⁶⁵ ЗООЦГ, 183-185.

³⁶⁶ Хамурабијев законик, § 232.

оштећени је непосредно тужио власника с тим што је власник имао право регреса према грађевинару.³⁶⁷ Дакле, крајњи исход је био исти, коначно је штета теретила грађевинара када је она била последица недостатака у изградњи.

Имовински законик је питање надокнаде штете од грађевине регулисао чланом 584. Овај облик одговорности био је регулисан чланом 584 Имовинског законика. Тај члан гласи: „Кад се какво здање, или дио од њега, развали, те тиме учини коме какву штету, намириће је власник здања, ако се то догодило због тога што је било зло сазидано или зло уздржавано, осим кад би доказао да у свему томе није било кривице његове. Ако се штета догодила због недостатка у зидању, а зидање је вршио какав предузетник, власник здања може од њега тражити накнаду штете коју је он, власник, намирио.“

Дакле, основ одговорности је била кривица власника, а домен његове одговорности био је везан за штету која је настала услед рушења здања или његовог дијела што се дефинише као одговорност за стабилност грађевине.³⁶⁸ Данас су и основ и домен одговорности другачије постављени. Наиме, одговорност за штету од грађевине се посматра као објективна одговорност,³⁶⁹ а њен домен је проширен и на штету која је настала и због нефункционалности грађевине, а не само због њене нестабилности.³⁷⁰

Овај случај одговорности за штету није био познат у обичајном праву. Куће на селима су биле изграђене на приватним имањима и оне су обично биле удаљене од путева или мјеста на којима су се људи заустављали. Такав начин живота сводио је на минимум могућност настанка штете услед рушења грађевине или њеног дијела. Када су 1878. године прикључени градови који су до тада били под Турском, могућност настанка штете на овај начин била је повећана. Имовински законик је, као и Швајцарски законик о облигацијама и Њемачки

³⁶⁷ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 58: „Сопственик грађевине или сваког другог постројења одговара за штету која настане због мана у конструкцији или због слабог одржавања. Он има право да тражи накнаду од лица која су му за то одговорна. Затим Општи имовински законик, чл. 584, ст. 2; Скица, чл. 145. ЗООЦГ, 186.

³⁶⁸ Ј. Радишић, 259.

³⁶⁹ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 58; ЗООЦГ, чл. 186: (1) Ималац зграде и сваке друге грађевине одговоран је за штету коју она проузрокује својим рушењем, или падом неког њеног дијела или на који друго начин. (2) Ималац се ослобађа одговорности ако докаже да се штета догодила усљед више силе или штетом оштећеника.

³⁷⁰ В. Ј. Радишић, 259.

грађански законик предвидио одговорност за штету од грађевине.³⁷¹ Интересантно је да Аустријски грађански законик није изворно предвидио овај случај одговорности него је регулисао одговорност за штету која је настала због просипања или изливања (§ 1318), као и одговорност због постављених и окачених ствари (§ 1319). Одговорност за штету од грађевине постала је дио новелираног Законика тако да је параграф 1319 предвидио одговорност за штету од грађевине која је била базирана на претпостављеној кривици њеног држаоца.³⁷²

4.4. Одговорност за штету причињену повредом неимовинских добара

Објекат штетне радње су могла бити имовинска као и неимовинска добра. Некада је реакција на повреду оба добра доводила до крвне освете, а касније до композиције. Сасвим је познато да се у Црној Гори крвна освета дуго задржала јер је касно на чврстим основама постављена државна организација. Ипак, чини се да није познато да ова освета није била успостављена по принципу талиона већ да је оштећени тежио да у што већој мјери узврати на нанешену повреду, тако се на рану, тачније тјелесну повреду или увреду узвраћало убиством.³⁷³ У модерном времену грађанско право штити и једна и друга добра посредством грађанске одговорности.

Услијед повреде неимовинских добара могла је настати материјална и нематеријална штета. Ипак, као што се могло видјети, Општи имовински законик је предвидио поправљање само овог првог вида штете. Стварна штета и изгибљена добит као саставни дјелови штете су дефинисане Закоником и

³⁷¹ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 58: „Сопственик грађевине или сваког другог постројења одговара за штету која настане због мана у конструкцији или слабог одржавања;“ Нјемачки грађански законик, § 836: „Ако је рушењем зграде или другог са земљиштем спојеног дјела или одкрахивањем дијелова зграде или дијела убијен човјек, повријеђено тијело или здравље човјека или нека ствар оштећена, посједник некретнине обвезан је повријеђеном накнадити одатле насталу штету, ако је рушење или одкрхавање посљедица мањкаве изведбе или мањкавог уздржавања. Нема обвезе накнађивања, ако је посједник у сврху отклањања опасности примијенио у промету потребну пажњу.“

³⁷² Аустријски грађански законик, § 1319: „Ако ко буде повређен или иначе буде каква штета проузрокована тиме што се сруши каква зграда или који део њен или каква друга на коме земљишту подигнута направа, онда је држалац зграде или направе одговоран за накнаду, ако је тај догађај последица манљивога стања направе, а он не докаже да је употребио сву пажњу која је потребна ради отклањања опасности.“

³⁷³ В. Богишић, (2004б), 389: „Кад се сам светијо, није се тун мјерило око за око, а руку за руку, него да ми је украо 10 коза ја бих њему и 20, ако могнем, али и више; ако ми запали стог, ја ћу њему и 5 стоговах, или, може бити, и кућу, ако ми је кога ранијо, ја ћу њега убити, само ако могнем.“

одређиване су у сваком конкретном случају наношења штете. Та општа правила су полазна тачка и приликом дефинисања садржине штетникове обавезе надокнаде поводом повреде неимовинских добара. Наиме, Имовински законик је садржао посебна правила о томе шта је обухватала надокнада штете која је настала услед смрти неког лица, тјелесне повреде и повреде части.

4.4.1. Одговорност за штету у случају смрти

Два члана Имовинског законика посвећена су одговорности за штету услед смрти неког лица. То су чланови 578 и 579 којима се регулише шта је обухватала надокнада штете, критеријуме њене процјене и лица којима је припадала.

У члану 578 стоји следеће: „Кад је човјек погинуо од нечијег незаконита дјела, и ако је за вазда забрањено искати плату за неоцјењиву крв човјечју, - ипак, насљедници су погинулог власни тражити од кривца накнаду трошкова око лијечења и штете од дангубе, ако је покојник боловао пред смрћу, као и сав трошак око укопа његова.“

Уводне Богишићеве ријечи преносе став који је био изражен у Анкети из 1873. године. Наиме, на питање да ли је убица био обавезан да породици убијеног плати штету која је за њу настала услед смрти њеног члана извјестилац је одговорио: „Не даје се никаква, јер се човјечји живот платити не може, премда се припознаје каква је штета за кућу у којој је радник мање или оставио сироте.“³⁷⁴

Као што се може видјети, и поред генерално негативног става према овом виду надокнаде, нијесу се могле игнорисати негативне последице које су услед смрти неког лица наступиле за његову породицу. Наиме, сходно напријед цитираном члану, насљедници умрлог лица су имали право да од штетника потражују трошкове за лијечење преминулог, као и трошкове сахране. Сем тога, они су имали право да надокнаде штете „од дангубе, ако је покојник боловао пред смрћу.“ Ово је у ствари била штета која је настала услед губитка прихода које је

³⁷⁴ В. Богишић, (2004б), 371. Исти став али мотивисан другим, чисто правним разлозима може се срести у римским изворима, в. D. 9.2.13. pr (ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum): Slobodan čovek može koristiti actio legis Aquiliae utilis za povredu koja je njemu nanesena: direktnu tužbu ne može koristiti, jer se niko ne može smatrati vlasnikom svoga tela-udova.

повријеђени, који је касније преминуо, могао остварити од повријеђивања до смрти.

Лица која су претрпјела штету у виду губитка издржавања или помоћи због смрти повријеђеног, могла су да траже надокнаду од штетника. То право је било опште признато и у другим правним системима тако да у овом сегменту Имовински законик нема неких посебности. Члан 579 којим се дефинише ово право гласи: „Ако је погинули имао чељади коју је био дужан хранити, издржавати или одгајати, тада, свако од њих има право искати накнаду од кривца у колико су од насилне смрти покојникове штете имали.“

У другом ставу овог члана постављени су критеријуми за одређивање новчане надокнаде због изгубљеног издржавања. Тако „суд одређује, пошто темељито разабере све прилике које се страна тичу, као: колика је моћ течења умрлог била, колико је у средњу руку још могао живјети, које су имовне прилике онијех који имају право на накнаду, као и прилике самога кривца и т.д.“

Сем тога, суд је одређивао и начин исплате надокнаде имајући у виду исплату у једном цјеловитом износу или у виду ренте.

4.4.2. Одговорност за штету у случају тјелесне повреде

Услед тјелесне повреде за повријеђеног није настала само повреда тјелесног интегритета већ и имовинска штета. Видљиво је како је услед једне радње настала повреда два објекта који су се штитили различитим нормама. Наиме, тјелесни и психични интегритет је био заштићен прописима јавног права док је имовина заштићена нормама приватног права. Ипак, данас је та граница помјерена и нормама грађанског права се штите и имовинска и неимовинска добра.

У обичајном праву тјелесна повреда је била повод за крвну освету коју је могао да замијени откуп, односно умир. Ипак, оваква реакција је била предвиђена за тешке тјелесне повреде услед којих је долазило до осакаћења док се за лакше

повреде приватна казна одређивала према околностима. На овом мјесту треба истаћи да је и у једној и у другој „цијени бијо узет и трошак за медица.“³⁷⁵

Надокнада штете која је настала услед повреде тјела обухватала је сегменте који су одређени чланом 580 Општег имовинског законика. Тај члан гласи: „Ко ударцима или раном кога повриједи, намириће све трошкове боловања и лијечења, као и штету од дангубе. Судаћи о томе, треба особито пазити: да ли је тиме повријеђеник остао сакат, за вазда болан, или тако нагрђен да нема више наде е да ће његово стање боље постати (на пр. дјевојка која се због тога не може више удадби надати), те треба да и та, штета буде оцијењена, и да је кривац намири. Кад су тиме оштећена и чељад повријеђеног, те им треба одредити накнаду, ред се је владати према наређењу чл. 579.“

У одређивању опсега надокнаде штете причињене повредом тијела могу се примјетити три корака. У првом ставу члана 580 Законик предвиђа накнаду трошкова боловања и лијечења, као и „штету од дангубе.“ Трошкови лијечења не изазивају посебне недоумице јер они обухватају уобичајне третмане који су били потребни за нормализовање здравственог стања оштећеног. Штета од дангубе подразумијевала је зараду које је оштећени био лишен због тога што није био способан да привређује за вријеме лијечења. Ипак, како следећи, други став допуњава, под штетом од дангубе се подразумијевала и штета за коју је било извјесно да ће је оштећени трпјети у будућности због тога што је повреда оставила трајне последице у виду смањене или трајне неспособности привређивања. И трећи став предвиђа надокнаду за чланове породице оштећеног који су услед његове неспособности за рад трпјели штету у виду изгубљеног издржавања. Овај вид штете се одређивао сходно правилима члана 579 који је предвидио накнаду изгубљеног издржавања члановима породице лица које је умрло од последица оштећења тијела.

Ако се упореде компоненте које је по Имовинском законнику обухватала надокнада штете услед тјелесног оштећења са компонентама које су биле

³⁷⁵ В. Богишић, (2004б), 367.

предвиђeње у законикима других земаља,³⁷⁶ уочавају се двије разлике. Имовински законик предвиђа надокнаду за чланове породице оштећеног, а не предвиђа надокнаду штете због болова које је оштећени трпио услед оштећења тијела, тзв. болнину.

Као што се видјело из члана 580, надокнада која је припадала члановима породице оштећеног се одређивала аналогно надокнади која им је припадала у случају смрти оштећеног. Ипак, не може се рећи да је законописац правилно поступио у овом случају. Штета услед смрти оштећеног коју су трпјели чланови његове породице је поред трошкова за лијечење и сахрану једина штета која се надокнађивала. Када је у питању оштећење тијела постојала је надокнада за оштећеног, а поред ње и надокнада за чланове његове породице који су остали ускраћени за издржавање услед тјелесне повреде оштећеног. Ако се крене од тога да је циљ надокнаде штете да се успостави стање које је постојало прије штетног догађаја тада се надокнада услед тјелесне повреде морала исцрпити у надокнади која се исплаћује непосредно оштећеном јер је он путем ње доведен у оно материјално стање у којем је био прије оштећења тијела. То значи да је стекао средства која је могао да оствари привређивањем и из којих је могао да издржава чланове своје породице. Ипак, Законик је предвидио и надокнаду за чланове његове породице тако да се може рећи да надокнадом није била успостављена равнотежа у имовини оштећеног већ је та имовина увећана јер је оштећени добијао надокнаду, а и чланови његове породице.

Ипак, чини се да анализирано правило из става 2 члана 580 Имовинског законика има смисла у једном случају који је забиљежен у пракси. Наиме, у свађи два малољетна лица једно је задобило тјелесне повреде услед убода ножем. Као тужилац се појавила мајка повријеђеног и у тужби је тражила следеће: „Прободе

³⁷⁶ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 46 (Накнада у случају тјелесне повреде): „У случају телесне повреде оштећени има право на накнаду трошкова и штете која је настала због његове потпуне или дјелимичне неспособности за рад, као и због штете нанијете његовом даљем привредном напретку. Ако, у вријеме доношења пресуде, није могуће са довољно сигурности утврдити последице тјелесне повреде, судија задржава право да измени пресуду у року од две године рачунајући од дана доношења.“ В. параграф 1325 Аустријског грађанског законика: „Тко кога оштети у тиелу, плаћа трошкове за лиечење особе повријеђене, накнађа јој не само измаклу заслугу, него и заслугу, које ће се оштећеник лишити у будуће, ако за рад постане неспособан, и сувише ако оштећеник захтијева, ваља да му за претрпљене болове плати неку суму према околностим доказаним.“ Овом параграфу је идентичан параграф 820 Српског грађанског законика.

га тако да је 12 дана лежао у постељи. За тих 12 дана утрошила сам за његове понуде 250 круна. За 12 дана услед тога нијесам могла ни из куће те ни радити ништа. Зато тражим најмање 120 круна оштете. Доктору сам за превијање дала 30 круна.³⁷⁷ Као што се види, тужиља је тражила, осим других трошкова, и надокнаду зараде коју је изгубила због тога што је његовала оштећеног. Чини се да је то сегмент у којем се може оправдати став 2 члана 580. Наиме, поред надокнаде која је припадала оштећеном, члан његове породице који га је његовао могао је остварити надокнаду изгубљене зараде. Овакво резонување се мора повезати са стањем још увијек неизграђеног здравственог система.

Као што је напоменуто, Имовински законик за разлику од других тадашњих законика није предвидио надокнаду болнине. Он је штету дефинисао као имовински губитак и због тога се није могла тражити надокнада болнине. Ипак, треба рећи да је у обичајном праву оштећени на један специфичан начин остваривао моралну сатисфакцију. У склопу описа умира рана стоји следеће: „Доста се пута догоди, да увријеђени заиште какву ствар, која није у власти крвника, н. пр. тражи токе или пушку, коју је видио на каквоме другоме човјеку, те често крвник му плати двоструко ствар, само да му је прода.“³⁷⁸

³⁷⁷ ОСЦ, IV-1919-102, број 1064, 26. јун 1919.г., Цетиње.

³⁷⁸ В. Богишић, (2004а), 534.

ГЛАВА ДРУГА

„О НЕЗВАНУ ВРШЕЊУ ТУЋИХ ПОСЛОВА (947)“

1. Појам

Појам незваног вршења туђих послова је дат у члану 947 Имовинског законика: „Незвано вршење туђих послова бива кад се ко умијеша у чији посао, да га изврши у мјесто и на рачун онога чији је, а нити га је овај за то молио, нити је онај дужан био да то учини.“

На један општи начин могло би се рећи да је установа незваног вршења туђих послова једна од установа која би требала да постоји у једном изграђеном правном систему јер је њен крајњи циљ да поврати равнотежу у имовини вршиоца посла која је била умањена због аката услед којих је увећао туђу имовину или је спријечио њено умањење. Ипак, овакво становиште иако на први поглед јасно и правично није нигдје прихваћено као опште правило јер је сваки правни поредак заинтересован да заштити правну сверу појединца како од противправног наносења штете, тако и од неовлашћеног мијешања у његове послове. Због тога се установа незваног вршења туђих послова посматра као изузетак од правила да нико не треба да се мијеша у туђе послове. Она је предвиђена као једна брана преко које се не може прећи ради обављања туђих послова без обзира на добре намјере вршиоца посла.³⁷⁹ На овај начин се посматра незвано вршење туђих послова у најстаријим грађанским законцима који су били индивидуалистички орјентисани.³⁸⁰ Овај поглед се одражава у Имовинском законнику: „Опште је правило: нек се нико непозван у туђе послове не мијеша...“³⁸¹

Када се обрађује материја незваног вршења туђих послова обично се говори о његовим врстама у зависности од тога да ли је вршилац туђег посла

³⁷⁹ То јесте ако нијесу испуњени услови које закон предвиђа за настанак облигације из незваног вршења туђих послова, вршилац посла неће имати право да потражује надокнаду. Ипак, њему је остао захтјев из неоправданог користовања туђим (кондикција).

³⁸⁰ Аустријски грађански законик, § 1035: „Ко није ни изречним ни прећутним уговором, ни судом нити пак законом овлашћен, не сме се по правилу у посао другог мешати. Ако је то учинио, онда је за све последице одговоран.“ R. Zimmermann наглашава и негативан став англо-саксонског права према незваном вршењу туђих послова, тај став се оправдава индивидуализмом и резервисаним менталитетом Енглеза, R. Zimmermann, 435.

³⁸¹ Општи имовински законик, чл. 587.

отклонио штету од имовине господара или је увећао његову имовину прибављањем одређене користи. У првом случају се говори о нужном незваном вршењу туђих послова док се у другом говори о корисном незваном вршењу туђих послова. Сем тога, у тој подјели на врсте пословодства не заборавља се и недопуштено (недозвољено) вршење посла.³⁸² Ове подјеле су настале на основу подјеле извршене у Аустријском грађанском законнику и таква традиција се и данас задржала. Она је погодна са аспекта одређивања последица незваног вршења туђих послова али нема простора да се она спроведе у Имовинском законнику јер он регулише ову установу на јединствен начин. Наиме, као што ће се касније видјети, исти је био положај онога ко је преузео туђи посао да би спријечио штету као и онога ко је то урадио због користи господара посла.

Приликом одређивања правне природе незваног вршења туђих послова наглашава се да је некада било доминантно, али да је данас превазиђено становиште по којем се та установа изједначава са уговором о повјери.³⁸³ Не улазећи у очигледне формално правне разлике између ове двије установе не треба заборавити да је социјална позадина погодовала да дође до оваквог схватања и да се оно рефлектује на законска рјешења. Како је по Гају домен примјене правила незваног вршења туђих послова био првенствено везан за заштиту интереса одсутних лица,³⁸⁴ тако је било и по схватањима Богишићевих извјестилаца.³⁸⁵ Промјене у домену примјене утицале су да се промјени и схватање о правној природи ове установе која се све више посматра као реалан акт,³⁸⁶ свакако акт који је преузет у туђу корист.

³⁸² Аустријски грађански законик, § 1035(Деловодство без налога); §1036 (У случају нужде); § 1037 (Или на корист другог); § 1040 (Против воље другога); Љ. Милошевић, 218-219; Ј. Радишић, 304-309; О. Антић, 545-546; Р. Klarić, М. Vediš, 654-655.

³⁸³ Љ. Милошевић, 220; Ј. Радишић, 2008, 310

³⁸⁴ D. 44.7.5.pr (GAIUS libro tertio aureorum): То је прихваћено и зато што људи често оду на пут у памјери да се одмах врате па зато никоме и не наложе да води бригу о њиховим пословима, али касније, због наступања нових околности, морају некада из нужде дуже времена одсутвовати: зато би било неправично дозволити да ти послови остану недовршени, пропадну, а они би сигурно пропали ако се оне ко је прихватио да те послове обавља не би дозволела правна могућност да судски потражује оно што је у корист другог из своје имовине потрошио, или оне чији су послови обављени да не може водити спор против онога ко је те послове преузео.

³⁸⁵ В. Богишић, (2004б), 212.

³⁸⁶ Ј. Радишић, 2008, 310. Када се тако схвати незвано вршење туђих послова тада постаје јасно због чега је њемачки суд досудио одређену надокнаду возачу аутомобила који је претрпио штету

Ипак, када је неко неовлашћено извршио за туђи рачун туђи посао, он није самим тим постао незвани вршилац туђег посла (*negotiorum gestor*), као што ни лице чији је посао био у питању није постао господар посла (*dominus negotii*). Било је потребно да се испуне одређене претпоставке како би поводом преузимања туђег посла настао посебан облигациони однос.

2. Услови за настанак дуга из незваног вршења туђих послова

Вршилац који је закорачио у туђу правну сверу био је обавезан да преузети посао спроведе до краја. Тај посао је могао бити како фактички тако и правни. Сем тога, посао је морао бити туђи. При процјени припадности посла поштовао се објективни критеријум сходно којем је посао био туђи ако се обављао поводом туђе ствари или су се последице тога посла одражавале на туђој имовини. Поред овог постојао је субјективни критеријум по којем се полазило од воље вршиоца посла да за другог дјела. Чини се да је у Имовинском законнику предвиђен објективни критеријум јер се не може јасно утврдити да је првенствено узимана у обзир воља вршиоца посла.

Као битан елемент за настанак облигационог односа незваног вршења туђег посла наводи се и да је посао морао бити преузет у интересу господара, тачније да је господару доносио „стварну“ корист.³⁸⁷ При томе се наглашава разлика у положају вршиоца посла који је радио на отклањању штете од другог, од онога који није отклонио штету него је остварио неку корист за господара посла. Дакле, имале би двије врсте користи - она која се састоји у спречавању умањења имовине (што је по дефиницији штета), као и она која се састоји у непосредном увећању имовине. Иначе питање користи постигнуте за господара је широко расправљано питање јер је било простора за такву расправу због тога што су односна правна правила била непотпуна. Имовински законик је предвидио иста права према господару посла и за онога који је отклонио штету и за онога ко је директно увећао његову имовину. Тачније, резултат посла није имао утицаја на

када је скренуо с пута да би избјегао гажење дјетета, R. Zimmermann, 444, гдје се говори о „self-sacrifice of a motor driver.“

³⁸⁷ Формулација о преузимању посла у интересу господара налази се у Њемачком грађанском законнику (§ 677), као и Швајцарском законнику о облигацијама (члан 419). О „стварној“ користи говори Б. Благојевић, 259.

положај незваног вршиоца туђег посла јер је у сваком случају, и када није успио да одклони штету, као и када није прибавио очекивану корист, имао исти обим права према господару посла.³⁸⁸ Наравно, под условом да је поступао савјесно и поштено. Сходно томе чини се да је у Имовинском законнику нашло мјеста римско правило да се не узима у обзир резултат него да се води рачуна о томе да је посао „корисно започет.“³⁸⁹

Као негативно постављени услови, али не за настанак незваног вршења туђег посла него за потпуну реализацију права вршиоца туђег посла према господару посла, могу се посматрати услови предвиђени у члану 591 Имовинског законика. У њему стоји: „Ако су послови, у које се незвани вршилац умијешао, таки да су лако могли чекати док господар сам о њима одлучи, или кад их се тај незвани заузео то није било да тиме користи господару посла, или је радио чак против воље господарева, тада му овај није дужан накнадити ни трошкове, ни ослободити га дуга, него само у колико је, трудом и трошком његовијем, дошао до какве користи, које иначе не би имао.“ Дакле, да би могао да оствари свој захтјев у цјелости, вршилац туђег посла није требао да се активира када то није било хитно јер се посао могао одложити, када у питању није био интерес господара посла него трећег лица или самог вршиоца посла, као и када се господар посла противио његовом преузимању. Ипак, вршилац туђег посла је имао право на надокнаду трошкова у висини користи коју је господар посла остварио његовим мијешањем.

Финално, двије претпоставке су се по природи ствари подразумијевале и не изазивају било какве недоумице. Наиме, вршилац туђег посла није био обавезан да преузме тај посао, а сем тога морао је имати намјеру да тражи надокнаду јер без те намјере не би могло бити ријечи о незваном вршењу туђих послова.

³⁸⁸ Општи имовински законик, чл. 590: “Кад се ко заузео за туђ посао који је у погибелји, или је то иначе учинио ради користи господарева, тад му је овај дужан намирити све потребне и корисне трошкове, и ослободити га дуга који је ради тога посла на се узео, баш да му, без његове кривице, и није пошао за руком онако као што се мислило.”

³⁸⁹ D. 3.5.9.1 (ULPIANUS libro decimo ad edictum). На исти начин ово питање рјешава и Швајцарски законик о облигацијама, члан 422.

3. Права и обавезе странака

3.1.Обавезе вршиоца туђег посла

Вршилац туђег посла морао је преузети посао да оконча на исти начин, тачније „од прилике“ као што би то урадио господар посла. При томе је био дужан да поступа савјесно и поштено. О тој обавези било је ријечи у члану 587 након што је наведено да нико не треба без овлашћења да се мијеша у туђе послове.³⁹⁰

Одговорност вршиоца посла се различито процјењивала у зависности од околности у којима је преузео туђи посао. То је сегмент у којем се разликовао положај вршиоца посла који је радио на отклањању штете, онога који се бавио прибављањем користи у другом виду и напослетку онога који је дјелао против воље господара посла. Наиме, положај првог је дефинисао став 1 члана 588 и то на тај начин што је одговорност овог вршиоца посла лимитирао на одговорност за злу намјеру и грубу непажњу. Тако су поступили и Њемачки грађански законик и Швајцарски законик о облигацијама, што се све може довести у везу са схватањем римских правника по којем се одговорност гестора који је одвратио наступање штете сводила на одговорност за умишљај и грубу непажњу.³⁹¹ Као што су то већ и примијетили ови правници, очигледно је да је иза оваквог стандарда одговорности стајала правичност.

С друге стране, кад није постојала опасност од штете - „кад погибелји није било,“ вршилац туђег посла одговарао је и за нехат (омањи немар). То је одговорност која се очекивала и од заступника па пошто је вршилац посла обављао туђи посао требао је да покаже исту пажњу као и заступник.

Најпосле, одговорност вршиоца посла који је преузео посао мимо забране господара била је најстрожија, наиме, он је одговарао и за штету која је настала услед случаја. Ову ситуацију регулише члан 589, при томе се у њему наглашава

³⁹⁰ Општи имовински законик, чл. 587: „Опште је правило: нек се нико непозван у туђе послове не мијеша, али ко то учини, треба да савјесно посао и сврши, и то од прилике онако као што би га свршио сам господар, иначе ће одговарати за штету која би отуда потекла.“

³⁹¹ D. 3,5,5,9. Ponekad se u tužbi za nezvano vršenje tuđih poslova, Labeo piše, prevara samo na ovaj način tumači: ako si već moje poslove započeo da vodiš da se ne bi rasparčala moja dobra, najpravičnije je da odgovaraš samo ako si nešto zlonamjerno učinio; ovo mišljenje je pravedno.

када се вршилац посла умијешао „против воље тога господара.“ Поводом тога стоји: „Он ради против те воље, не само кад је она била изречно казана него и кад је из прилика могао разабрати да тако како ради не може бити господарева воља.“ Против воље господара могло је бити свако дјелање које је одступало од његовог уобичајног понашања. Чини се да је једну од могућих ситуација описао римски правник Прокул. Наиме, пословођа је одговарао за случај онда када је за одсутног господара обавио посао којим се он није редовно бавио.³⁹²

Ипак, вршилац туђег посла је могао избјећи одговорност за причињену штету ако је могао да докаже да би штета случајно наступила и да се он није умијешао у туђе послове. Оваква могућност била је повољна за вршиоца туђег посла, а предвиђа је и Швајцарски законик о облигацијама.³⁹³

Вршилац посла је имао обавезу да господару преда све што је стекао обављајући посао за њега. Таква обавеза је произазила из чињенице да је вршио туђи посао и да је као и пуномоћник био дужан да прибављену корист преда господару, а прије тога је свакако требао да положи рачун о свом дјелању. Ово је по свој прилици био сегмент који је у пракси прије доношења Општег имовинског законика био повод за настанак спорова. Наиме, наглашава се како је након обављеног посла пословођа често преувеличавао износ трошкова које је имао.³⁹⁴ То претпоставља да се након обављеног посла није приступало полагању рачуна већ да је пословођа непосредно, на ријеч тражио надокнаду трошкова. Таква ситуација је била замислива када је однос незваног мијешања у туђе послове био заснован међу пријатељима јер је полагање рачуна имало неки вид неповјерења који није требало да постоји између пријатеља. Ипак, када је овај облигациони однос био успостављен између ширег круга људи, чак више, када господар посла није био познат у моменту преузимања посла, полагање рачуна је било неминовно и уносило је неку извјесност у висину поднесених трошкова.

³⁹² D. 3.5.10. (POMPONIUS libro vicensimo primo ad Quintum Mucium): Prokul, međutim, smatra da se ponekad odgovara i za slučaj-casus, na primer, kada novi posao koji odsutni obično ne radi počneš umesto njega obavljati, recimo kupujući mladunčad za prodaju ili započinjući neki trgovački posao.

³⁹³ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 420, ст.2: „Ако је он предузео деловодство против воље господара посла коју је он показао изричито или на неки други видљив начин, а ако ово противљење није супротно ни закону ни моралу, деловођа одговара и за случај, изузев ако докаже да би случај наступио и да његовог мешања није било.“

³⁹⁴ В. Богишић, (2004б), 212.

3.2.Обавезе господара посла

Међу обавезама господара посла прво се истиче његова обавеза да преузме на себе све обавезе које су теретиле вршиоца туђег посла. Сем тога, он је био дужан да вршиоцу посла надокнади трошкове који су били нужни и корисни за обављање посла. Ове двије обавезе нормиране су, одиста супротним редом, у члану 590 Имовинског законика: „Кад се ко заузео за туђ посао који је у погибелји, или је то иначе учинио ради користи господарева, тад му је овај дужан намирити све потребне и корисне трошкове, и ослободити га дуга који је ради тога посла на се узео, баш да му, без његове кривице, и није пошао за руком онако као што се мислило.“

Као што је већ напоменуто, постигнута корист није била услов за настанак права на надокнаду трошкова када су биле испуњене претпоставке за настанак овог облигационог односа. Обим надокнаде је био идентичан и код тзв. нужног и корисног пословодства без налога и сводио се на нужне и корисне трошкове. У погледу других трошкова вршилац посла је имао *ius tollendi* чије је вршење могло бити спријечено када је господар посла био спреман да надокнади вриједност онога што је пословођа могао за себе да одвоји.³⁹⁵

Посебно је питање да ли је господар посла дуговао награду вршиоцу посла. С обзиром да то питање није било регулисано у подраздјелу о незваном вршењу туђих послова, требало се руководити односним правилима која су важила за уговор о повјери, што је препоручивао члан 594 Општег имовинског законика.³⁹⁶ Сходно члану 405, награда се пуномоћнику плаћала само кад је тако било уговорено или кад се она подразумијевала јер се пуномоћник бавио послом за који се плаћала награда. То значи да је претпоставка била да је је вршилац туђег посла бесплатно дјелао ако није био у питању посао којим се он редовно бавио ради стицања награде.

³⁹⁵ Општи имовински законик, чл. 592: „Кад год незвани вршилац нема права тражити накнаду за трошкове, он ипак може узети себи награду саме ствари које је уложио у посао, у колико тим не бива квара господару. Али опет господар посла може му забранити и то узимање, ако му по процјени намири вриједност тога што би могао назад узети.“

³⁹⁶ Општи имовински законик, чл. 594, ст.2: „И без тога одобрења, права ће се и дужности господарева и незваног вршиоца посла судити према правилима повјере, у колико није иначе одређено у овоме подраздјелу, или није противно природи самога посла.“

Данас је награда пословођи законом предвиђена у свим случајевима када је преузети посао дао позитивне резултате.³⁹⁷ Такво рјешење се сматра потребним из два разлога. „Најпре, њиме се омогућује примена начела да свакоме треба дати према заслуги, тј. да свако има право на награду за уложени рад. С друге стране, ово решење, са гледишта правне политике, стимулира пословођу да, кад се већ умешао у туђе послове без овлашћења, настоји да и оствари резултате ради чијег је реализовања и започео са вршењем туђег посла.“³⁹⁸ Иако се на однос незваног вршења туђег посла и уговора о пуномоћству не гледа на исти начин као у старим правима, ипак треба нагласити да се данас награда пуномоћнику подразумијева ако није другачије уговорено.³⁹⁹

Најпосле, треба рећи да у расположивој грађи није евидентиран спор поводом незваног вршење туђих послова. Из те чињенице се не може извући закључак практичној вриједности односних норми Законика али се из изложеног може примијетити значајан утицај римских правила на формирање установе незваног вршења туђих послова у Имовинском законуку. Оправдање се може наћи у чињеници да се правилима незваног вршења туђих послова не обавља промет већ заштита постојећих права која се у бити није измијенила.

³⁹⁷ ЗОО, чл. 223, ст. 2: „Њему припада и примерена накнада за труд, ако је отклонио штету од лица чији је посао или ако му је прибавио корист која одговара у свему његовим намјерама и потребама.“ Идентично и ЗООЦГ, чл. 230.

³⁹⁸ С. Перовић, 1995, 525.

³⁹⁹ ЗОО, чл. 762: „Уколико није другачије уговорено, налогодавац је дужан исплатити налогопримцу накнаду по обављеном послу.“

ГЛАВА ТРЕЋА

„О ДУГОВИМА ОД НЕОПРАВДАНА КОРИСТОВАЊА ТУЋИМ“

1. Појам

Општи појам ове установе одређен је чланом 601: „И уопште, што год ко без оправдана узрока, на који драго начин, из туђег иметка прими, треба да поврати или иначе надомјести и намири.“

Смјештање ове установе у историјске оквире захтјева претходно појашњавање установе неоснованог обогаћења са којом се поистовјећује неоправдано користовање туђим из Имовинског законика.⁴⁰⁰ Стога је потребно утврдити да ли је Богишић попут модерних законика - Швајцарског законика о облигацијама и Њемачког грађанског законика, кодификовао јединствену установу неоснованог обогаћења или је остао у оквирима старијих законика који су сходно римској традицији двојили случајеве заштићене кондикцијама и оне заштићене путем тужбе *de in rem verso*.

Римске кондикције су биле процесувано средство које је поставило основу за развој посебног института материјалног права који се назива *condictiones sine causa* и који се означава као безразложно обогаћење,⁴⁰¹ неоправдано обогаћење или стицање без основа и сврстава се у такозване квазиконтракте.⁴⁰² Неопходно је нагласити да одређивање ове установе римског права као стицање без основа или као неосновано обогаћење није само питање терминологије већ суштине. Наиме, под стицањем без основа подрзумијева се прелазак дијела имовине једног лица у имовину другог лица без правног основа па је онај који је ту имовину стекао био

⁴⁰⁰ Ј. Даниловић, „Неосновано обогаћење,“ *Анали Правног факултета у Београду*, 1-4/2001, 497, М. Драгашевић, „О дуговима од неоправданог користовања туђим“ Општег имовинског законика са освртом на правно неосновано обогаћење у упоредном праву,“ *Правни зборник*, Год. XXIV, Број 2-3, Титоград 1975, 69.

⁴⁰¹ В. Eisner, М. Horvat, 447. Ж. Вујклић, 242.

⁴⁰² R. Zimmermann, 839: „...and when Justinian revived it in his usual classicist spirit, its meaning had shifted: „condictio“ had come to be a term of substantive law, and it was used to designate all those non-contractual and non-delictual claims, which the classical lawyers had been prepared to enforce by means of a condictio.“

дужан да је врати у натури или у противриједности без обзира да ли се налазила код њега у моменту постављања кондикционог захтјева (*condictiones sine causa*).⁴⁰³

Неосновано обогаћење је установа модерног права која је настала спајањем кондикционог захтјева са захтјевом из верзионе тужбе римског права којом се од туженог захтијевала неосновано остварена корист на рачун туђе имовине.⁴⁰⁴ Установа неоснованог обогаћења уведена је први пут у Швајцарском законнику о облигацијама и Њемачком грађанском законнику,⁴⁰⁵ и код ње је акценат стављен на враћање користи која је прибављења без основа на рачун туђе имовине. Поводом тога потребно је јасно одвојити кондикциону одговорност од одговорности поводом неоснованог обогаћења. Како наглашава В. Цветковић-Ђорђевић: „Код кондикције санкционише се неосновано стицање а не неосновано остварена имовинска корист. Наиме, неосновано стечено по правилу представља имовинску добит. Међутим битан елемент кондикције није остварена корист, те њена примјена не претпоставља одмеравање и упоређивање имовине тужиоца и туженог пре и после наступања кондикционог случаја као што је правило код неоснованог обогаћења.“⁴⁰⁶

Сем тога, треба рећи да се кондикција користила када је извршена неоснована престација туженом ради и то ради повраћаја оног што је стекао или његовог сурогата, док је верзија служила за повраћај користи које су постојале у моменту постављања верзионог захтјева, а које нису настале извршењем одређене чинидбе већ на неки други начин (радњом обогаћеног лица која се није сматрала престацијом, радњом трећег лица или услед случаја).⁴⁰⁷

⁴⁰³ Када је у питању обим захтјева неки старији аутори наглашавају да се овај захтјев у посткласичном периоду могао односити само на користи које су се у моменту покретања поступка налазиле код туженог, (Ј. Даниловић, 2001, 497, В. Eisner, М. Horvat, 447.), с тим што се у новије вријеме појавило схватање да се и у Јустинијановом периоду захтјев односио на повраћај ствари или њеног сурогата без обзира да ли се она у моменту постављања захтјева налазила код њега, В. Цветковић-Ђорђевић, „Кондикциона одговорност у римском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, Година LXII, 2/2014, 230. Друго схватање олакшава постављање линије између кондикционог и захтјева из неоснованог обогаћења без обзира што су се практично приближавали када је дужник био савјестан.

⁴⁰⁴ Ј. Даниловић, 2001, 492-510; В. Цветковић-Ђорђевић, „Развој кондикције од римског до савременог права“, *Страни правни живот*, 1/2013, 198-216.

⁴⁰⁵ Швајцарски законик о облигацијама, члан 62; Њемачки грађански законик, § 812.

⁴⁰⁶ В. Цветковић-Ђорђевић, 2014, 235.

⁴⁰⁷ С. Перовић, 1995, 485.

Како би се одговорило на питање да ли је Општи имовински законик регулисао установу неоправданог обогаћења или се задржао на стицању без основа потребно је утврдити да ли се у оквиру односних норми Законика (чл. 595-602) налазе правила о кондикцијама и верзионом захтјеву јер је, као што је напоменуто, неосновано обогаћење настало њиховим спајањем. Ова анализа је подстакнута чињеницом да се у члану 812 Њемачког грађанског законика може примјетити подвајање два начина настанка обогаћења (извршењем чиндибе-кондикција, или на неки други начин-верзија),⁴⁰⁸ а сем тога, иста потреба постоји због композиције члана 602 Имовинског законика којим се дефинише општи појам установе неоправданог користовања туђим.

Члан 602 гласи: „И уопште, што год ко без оправдана узрока, на који драго начин, из туђег иметка прими (945, 946), треба да поврати или иначе надомјести и намири.“

Дакле, до неоправданог користовања туђим долазило је када је нека вриједност из имовине једног лица без правног основа прешла у имовину другог лица. Чињеница да је дошло до помјерања вриједности из имовине једног лица у имовину другог лица стварала је обавезу на повраћај примљеног у природи или противвриједности.

Како се чини, ова дефиниција на први поглед јасно дефинише стицање без основа заштићено кондикцијама. Ипак постоје и они који неоправдано користовање туђим посматрају као модерну установу неоправданог обогаћења,⁴⁰⁹ а чини се да им повод за доношење таквог закључка дају ријечи члана 602 по којима обавезу на повраћај има онај ко без основа нешто „на који драго начин, из туђег иметка прими.“ Наиме, ријечи „на који драго начин“ се вјероватно издвајају из садржине члана и везују се за прибављање користи на било који начин, као што тај верзиони сегмент истим ријечима изражава Њемачки грађански законик (§812). Ипак, ријечи „на који драго начин“ се вјероватније односе на начин примања јер

⁴⁰⁸ Њемачки грађански законик, § 812: „Тко чинидбом другог или на други начин без правне основе на његов трошак нешто стиче, обвезан је на изручење.“ С друге стране, Швајцарски законик о облигацијама садржи хомогену дефиницију, чл. 62: „Ко се без основа обогатио на рачун другога дужан је да врати оно чиме се обогатио.“

⁴⁰⁹ М. Драгашевић, 69; Ј. Даниловић, 2001, 505.

се након њих упућује на чланове 945 и 946 Имовинског законика који требају да појасне шта се још сматра као неосновано примање вриједности из туђе имовине које може бити исправљено примјеном члана 601 Општег имовинског законика.

Наиме, треба имати у виду да је поље примјене кондикције у класичном римском праву било везано за неоснован пренос својине на ствари (*dare*), а резултат примјене је био повраћај ствари или њене вриједности. У посткласичном праву се поље примјене проширило па се кондикциони захтјев могао користити због неоснованог извршења престације која је гласила на *facere*. Стога је кондикција могла послужити и за постизање надокнаде за неосновано извршени рад или за поништење обавезе преузете без основа.⁴¹⁰ У том смјеру је ишао и Имовински законик приказујући да се члан 601 односио и на оно што је примљено, односно задржано, услед тога што је неко извршио неосновано ослобођење од дуга или терета, као што стоји у члану 945 на који се упућује. Свакако, аналогно ономе који се неосновано обавезао и који је могао да тражи поништење обавезе кондикцијом, тако је и онај који је неосновано извршио ослобођење од дуга или терета могао да тражи „да се дуг, дужност или терет вастпостави, т.ј. да се поврати у пређашње стање, осим ако би било узрока узети да је ослобођење било у име дара.“⁴¹¹

Још један разлог казује да је Имовински законик у овом подручју регулисао стицање без основа. Наиме, члан 506 Имовинског законика је једино мјесто гдје се тражи повраћај обогатења („само онолико колико се тиме његово имање умножило“) од лица које је без основа примило неке вриједности. У овом члану се расправљају последице поништења уговора који је био закључен са малољетником старијим од седам година, а који није био потврђен од његовог заступника.

⁴¹⁰ D. 12,7.1 pr Ulpianus libro quadragensimo tertio ad Sabinum Est et haec species condictiones, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem. I ovo je jedna vrsta kondikcije, to jest kada neko bez pravne osnove (razloga) pružme obavezu ili ako plati ono što nije dužan. Ako je neko bez pravne osnove preuzeo obavezu, ne može kondikcijom zahtijevati vraćanje iznosa koji nije dao, ali može zahtijevati poništenje obaveze.

⁴¹¹ Општи имовински законик, чл. 945.

Члан 506 Имовинског законика: „Кад уговор није потврђен, а малољетник је примио нешто у име уговора, он ће повратити од тога само онолико колико се тиме његово имање умножило.“⁴¹²

Наиме, овај члан се може посматрати као изузетак од правила из члана 601 којим је било предвиђено да се примљено без основа врати у натури или у противриједности јер да је повраћај обogaћења било опште правило не би имало потребе уводити посебно правило које је важило само за малољетнике (чл. 506). Дакле, изузетак је био уведен због посебног статуса обogaћеног.

Сем тога, треба правило члана 601 довести у везу са општим правилима из шестог дијела законика (Објашњења, одређења и допуне). С тим у вези треба указати да је при историјској обради установе неоснованог обogaћења редовно навођен принцип који је формулисан од римског правника Помпонија: „*Natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupetiozem.*“⁴¹³ Овај принцип је нашао и своје мјесто у педесетој књизи Јустинијанових Дигеста (D. 50, 17, 206) која ја садржала различита правна правила и која је инспирисала Богишића да у Законик унесе нека општа правна правила. О томе он сам каже: „У дио објашњења чинило нам се нужним уврстити подужу главу општих правила о имовинскоме праву. Чинило нам се да збирка кратких правила такве врсте, која сјећа донекле на познату титулу Pandekta De [diversis] regulis juris, може бити корисна земљи у којој суци досадањег обичнога права почињу тек руковати писаним законима.“⁴¹⁴

Одиста, у дијелу Законика који је садржао закоњаче налази се опште правило које би се у најширем смислу могло везивати за оно које је дефинисано од стране правника Помпонија. Оно гласи: „Ко прими што му не припада, треба

⁴¹² Сасвим пригодно је поређење са рјешењем које је садржао рескрипт императора Антонија Пија поводом тужбе која је могла бити поднешена против малољетника који је посао закључио без сагласности турсора и против кога се могла подићи тужба која је служила „за повраћај онога што чини *in quantum locupetior factus est.*“ D. 26,8,1 пр.

⁴¹³ D. 12,6,14. По природи, правично је да се нико не обогати на штету другога.

⁴¹⁴ В. Богишић, 1999, 208.

да му поврати.“⁴¹⁵ Ипак, у правилу се не помиње обогаћење већ се јасно предвиђа кондикциона одговорност онога који је примио нешто што му не припада.

Верзиони захтјеви су по правилу служили за повраћај користи која је стечена употребом туђе ствари у своју корист или употребом своје (туђе) ствари у корист трећег лица. Овај захтјев је био нормиран у Аустријском грађанском законнику, параграф 1041,⁴¹⁶ док га Српски грађански законик и Општи имовински законик нијесу нормирали. Случајеви у којима се користио овај захтјев били су везани за неовлашћену употребу туђе ствари у своју корист, и обратно, а та употреба је некада имала стварноправне последице које су се огледале у промјени власништва. Дакле, употреба, иако неовлашћена имала је стварноправна дејства, тако је, на примјер, власник земљишта који је туђим материјалом направио грађевину постајао власник тог материјала по принципу *Superficies solo cedit*, члан 36 Имовинског законика: „Баш да је власник земље туђом грађом градио и опет је здање његово, али за то он треба да подмири вриједност те грађе. Ако грађа још потрошена није, власник њезин може: или њу саму натраг узети, или искати да му се њена вриједност намири. У свакоме ће случају власник земље накнадити штету коју је узроковао, а осим тога и суду ће одговарати, ако дјело потпада под казнене законе.“ Имајући у виду претходно наведено, не може се закључити да је дуговински однос између власника земљишта и власника материјала уређен по принципу верзионе одговорности гдје је акценат на враћању користи. Напротив, јасно се каже да је власник земљишта дужан да врати ствар, односно њену вриједност и да одговара за накнаду штете која се одмјеравала по његовој кривици.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Општи имовински законик, чл. 1029. Н. Богојевић-Глушчевић повезује овај члан са неоснованим обогаћењем и са правилом формулисаним од стране класичног правника Улпијана, (D. Ulpianus 50, 17, 53: Per ergorem dati, repetitio est, consulto dati donation est. У заблуди дато може се натраг тражити, намјерно дато, поклон је), Н.Богојевић-Глушчевић, 30-31. Како се чини, ово правило казује када се могла применијени кондикција *indebiti*. М. Петрак у чланку гдје разматра актуелно значење имовинско-правних закоњача не бави се чланом 1029, М. Petrak, 98-118. Свакако, овај члан у савременом праву нема значаја јер је прихваћена модерна концепција неоснованог обогаћења, а не стицања.

⁴¹⁶ Аустријски грађански законик, § 1041: „Ако је без дјеловодства каква ствар на туђу корист употребљена, онда је власник може у природи натраг захтијевати, или ако се ово не може више учинити, тражити вриједност, коју је она имала у вријеме кад је била употребљена, ма да је корист од те употребе доцније осујећена.“

⁴¹⁷ Чак више, као што се види могла је услиједити и кривична одговорност. Упор. § 277 Српског грађанског законика по којем је савјесни власник зграде био дужан власнику материјала да да

Употреба туђе ствари у своју корист постојала је и када је неко од туђег материјала неовлашћено направио нову ствар. Тада се говори о преради и онај који је прерадио ствар постао је власник нове ствари оригинарним путем (продуктивно начело). У том смислу и одговор из Анкете: „Кад ко без зле намјере из туђе просте ствари учини нешто ново, на примјер из туђе вуне изаче штогод, или из туђе земље направи какав суд, или тиглу, или из туђег дрвета направи какво буре и томе подобно...нова ствар остаје оному који је израдио.“⁴¹⁸

Облигационе последице неовлашћене прераде туђе ствари биле су следеће: „... чије је ствар из које је израђена, оному се плати колико је грађа ваљала, или кому је штета била. Штета се плаћа, ако (је) нехотећи, оно што је ваљала-damnum emergans, а кад је зла ради, тада плати осим штете и глобу као да је украо, више него вриједи lucrum cessans. Исто тако и кад неће да каже да је он то учинио, него се обазна на други начин.“

Као што се види, онај који је прерадио туђу ствар без основа био је одговоран за грађански и кривични деликт. Његов дуг није потицао ни из неоправдана користовања туђим већ је јасно одређен као дуг из грађанско-правног деликата, ако је преређивач био савјесан, док је с друге стране, несавјесни прерађивач одговарао и кривично.

Неки други случајеви гдје се користила верзија су у црногорским обичајима посматрани као недозвољена дјела: „То се држи једна од највиших грехота и срамота за онога, који приоре туђу земљу или примакне границу.“ Дакле, такво понашање је окарактерисано као гријех за који се није „ишло на суд,“⁴¹⁹ већ је слиједила казна у виду моралне осуде што је за Црногорце било теже него било какве имовинске казне.

накнаду у висини цијене материјала, а несавјесни је био обавезан да исплати двоструку цијену, дакле, његова обавеза је имала пенални карактер.

⁴¹⁸ В. Богишић, (2004б), 168, Одсек Ствари, питање 27: „Кад би когођ без зле намјере штогод саградио, посио или посадио на туђој земљи, или из туђега материјала саставио какву ствар, то кому припада зграда, посијед, сад, или учињена ствар?“

⁴¹⁹ В. Богишић, (2004а), 542. Сем тога, за онога који „притиска туђу земљу ево како: Грешник се види у огромног пламену, ђаво, крилати и рогати објесио му рало на врат, па над ралом сједи, т.ј, ђаво налет га било,“ *Ibid*, 399. Даље се може видјети да су санкције религиозног карактера биле врло ефикасне: „...али колико се људи спомињу, нигда се није случило, да је ко коме притиснуо туђу земљу или мргин помакао...“ *Ibid*, 572.

Још један сегмент неосноване употребе ствари постојао је када ствар није изашла из имовинске свере власника али је лице које је имало овлашћење на тој ствари прекорачило постављене границе. На примјер оставопримац који је употребио остављену ствар,⁴²⁰ био је, сходно правилима сачуваним у Анкети из 1873. године, дужан да „плати сву штету,“ дакле стварну штету и изгубљену добит, чак више, по обичајним правилима „и да украде лупеж или иначе погине или се оштети, онаи у кога је ствар треба све да плати.“⁴²¹ Дакле, оставопримац је био дужан да надокнади штету. И по правилима Имовинског законика оставодавац је у истој ситуацији могао да заштити своје интересе путем захтјева за накнаду штете због повреде уговора.

2. Врсте неоправданог користовања туђим

Имовински законик је нормирање неоправданог користовања туђим отпочео кондикцијом *indebiti* (чл. 595-598), затим је једним чланом обухватио кондикцију *casusa data causa non secuta* и кондикцију *ob causam finitam* (599), да би након тога услиједила кондикција за повраћај онога што је примљено *ob turpis vel iniustam causam*. Финално је дефинисан општи појам неоправданог користовања туђим (чл. 601), као и правило о реституцији примљеног без основа (602). Дакле, Законик је разрадио поједине случајеве неоправданог користовања туђим па је одредио његов општи појам што је манир излагања кондикција својствен римском праву.⁴²²

⁴²⁰ Ово је ситуација када „између обогаћеног и осиромашеног постоји извјестан правни основ, али он обогаћеног не овлашћује на радњу којом се обогатио на рачун осиромашеног, него га овлашћује на другу радњу, тако да се обогаћење које је стечено неовлашћеном радњом појављује правно неосновано,“ С. Перовић, 498.

⁴²¹ В. Богишић, (2004б), 203. Још оштрије: „Тад би га казнили горе него лупежа зато што је изпред себе крао као аманет. Казан би му била шиба као лупежу и још би му придодали као старјешину,“ *Ibid*, 380. Дакле, постојала је деликтна одговорност јер је то била крађа употребе (*furtum usus*).

⁴²² Тако је након излагања појединих случајева кондикција услиједило нормирање кондикције *sine causa* која је коришћена за оне случајеве стицања без разлога који се нијесу могли подвести под предвиђење кондикције, а за коју је дуго преовладало схватање да је представљала општу кондикцију, Ј. Даниловић, 2001, 498. Законници који дефинишу неосновано обогаћење као јединствену установу полазе од општег појма те установе, Швајцарски грађански законик, чл. 62, Њемачки грађански законик, § 812, ЗОО, чл. 210; ЗООЦГ, чл. 217.

2.1. Исплата недугованог

Исплата недугованог је најстарија кондикција и има врло широку примјену. Како истиче Љ. Милошевић, она се користи „кад неко изврши што није требало да изврши.“⁴²³ Чак више, констатовано је да ова кондикција добија, а остале губе на значају.⁴²⁴ Она се могла користити када је једно лице у заблуди платило нешто другом лицу, а то није било дужно платити.

Како стоји у члану 595 Имовинског законика: „Ко што плати или кому даде, мислећи да је дужан, а дужан не буде, властан је тражити да му се поврати што је год у тој мисли дао или платио.“

Платац, лице које је неком нешто дало, односно платило, могао је тражити повраћај онога што је дао само ако је био у заблуди у погледу постојања самог дуга на основу којег је извршена исплата. Дакле, он је сматрао да плаћа дуг који дугује док у стварности такав дуг није ни постојао.

Након што је у члану 595 нормирао када се кондикција *indebiti* могла користити, у следећа три члана (чл. 596-598) је навео када се није могла користити. Суштински разлог због којег се није могао тражити повраћај био је тај што је дуг постојао и то као орочени, морални или као дуг *inter alios acta*.

Чланом 596 одређено је да платац није могао да захтјева повраћај ако је орочени дуг намирио прије рока. Наиме, иако је дуг био модификован роком он је производио правно дејство од момента настанка иако је вријеме испуњења било помјерено до одређеног рока. Сем тога, по истом члану повраћај није могао тражити дужник који је исплатио дуг који је био застарио јер је испунио своју обавезу без обзира што повјерилац од њега није могао судским путем да захтјева испуњење.

Следећи члан (чл. 597) се бавио лицем које је исплатило туђи дуг мислећи да је то било дужно да уради умјесто правог дужника и које није могло да

⁴²³ Љ. Милошевић, 208.

⁴²⁴ R. Zimmermann,

захтијева повраћај од повјериоца.⁴²⁵ Наиме, повјерилац није неоправдано примио исплату већ је његов пријем имао оправдање у уговору који је постојао између њега и правог дужника. Имовина правог дужника се није умањила иако је до тога требало да дође исплатом дугованог па се он јавља као лице које се неоправдано користило туђим и платац је захтјев за повраћај датог могао да користи против њега.

По члану 598, повраћај исплаћеног се није могао тражити ни у случају када је дуг био моралне, а не правне природе.⁴²⁶ Свакако, онај који је извршио неку чинидбу вођен моралним побудама није поступао у складу са тим истим побудама ако је тражио повраћај датог. Исто правило било је нормирано је у римском праву, у Њемачком грађанском законнику (§ 814) и у Швајцарском законнику о облигацијама (чл. 63), као и у нашем модерном законодавству.⁴²⁷ Питање је да ли је ову норму било потребно уврстити у текст Општег имовинског законика имајући у виду још традиционалне односе у породици и друштву, као и чињеницу да је у њему озакоњено вршење радње и пружање радње на узајмицу и без узајмице (чл. 341-347), што указује на чврсте везе чланова ужег и ширег колектива, а тим прије још више чланова породице.⁴²⁸ Ипак, Богишић је вјероватно имао у виду утицај модерних токова на традиционалне односе.

Имовински законик је половину чланова (четири од укупно осам) посвећених неоправданом користовању туђим посветио кондикцији *indebiti*, што је сасвим оправдано имајући у виду ширину њене примјене. У Законнику је јасно дефинисано када се она могла користити, а када није. Овакав начин нормирања је био погодан за праксу у којој је ова установа требала да заживи. Имајући у виду

⁴²⁵ Општи имовински законик, чл. 597: „Ко би платио туђи дуг, преваривши се и мислећи да треба да плати мјесто правога дужника, платац не може искати повраћаја од намиреног дужитеља, него само од дужника, осим ако је дужитељ опазио да се платац вара, па ипак примио.“ О одредби из овог члана в. П. Миладин, 83.

⁴²⁶ Општи имовински законик, чл. 598: „Ко изврши какву дужност коју само савјест, част или благодарљивост изискује, погрешно мислећи да је дужан то учинити, као да је дуг који се судом наплатити може, није властан тражити да му се то што је дао поврати.“

⁴²⁷ По мишљењу правника Модестина, брат није могао да захтијева повраћај онога што је утрошио ради издржавања своје сестричне, D. 3,5, 26, 1; ЗОО, чл. 213; ЗООЦГ,

⁴²⁸ О. Благојевић, наглашава како се у Пиви једно дијете школовало да би по запослењу преузело бригу за млађу браћу и сестре, в. О. Благојевић, „Економско стање сељаштва у Црној Гори 30-их година овог вијека,“ Историјски записи, Година LXIV, бр. 1-2, Подгорица 1991, 44. Тешко је за очекивати да би неко тражио враћање онога што је дао у ту сврху.

да грађанска одговорност није била јасно одвојена од кривичне, онај који је задржао нешто што му не припада посматран је као лопов и санкције због тога нијесу биле чисто грађанско-правне природе.⁴²⁹ Чини се да је савјесност одлучивала да ли ће се одредити накнада штете или казна.⁴³⁰ Законик је спровео јасну диференцијацију ове двије одговорности с тим што је дуг из неоправдана користовања туђим произлазио ни из уговора ни из деликта већ из самог Законика који је нормирао када су се могле користити кондикције.

2.2. Исплата по основу који се није остварио и по основу који је отпао

У истом члану⁴³¹ обрађене су двије кондикције које су потекле из римског права, а које су нашле своје мјесто и у законима који су нормирали неосновано обогаћење као јединствену установу.⁴³²

Кондикција, позната као *condictio causa data causa non secuta* или као *condictio pro futuro* се користила када је нешто дато, односно учињено у очекивању контрачинидбе која је ипак изостала. Циљ давања се није остварио па је онај ко је давање извршио имао право да захтијева повраћај. Обично се ова кондикција помиње у вези са давањима поводом склапања будућег брака до којег међутим није дошло. Тако и Српски грађански законик, који уопштено регулише кондикцију *indebiti* (§902) и кондикцију *ob turpem vel iniustam causam* (§722), регулише овај појединачан примјер кондикције која се примјењивала ради повраћаја поклона који је учињен вјеренику или вјереници када до склапања брака није дошло (§ 778).⁴³³ Осим овог, најчешће истицаног примјера, у црногорској пракси је забиљежен случај за који се могла користити кондикција

⁴²⁹ Не треба изгубити из вида да се било какво присвајање туђе ствари (било покретне или непокретне) у народу сматрало као крађа. Чак се и у народној поезији јасно уочава негативан став према било каквом посезању за туђим добрима. Отуда и пословице: „Ако желиш бити спасен, немој туђе пожељети;“ „С туђим треба добар бити.“ Особито „треба стицати на поштен начин радом и трудом...“ Ф. Чулиновић, *Народно право*, Зборник правних мисли из наших народних умотворина, 296. Дакле, и оно што је примљено без ваљаног разлога није се могло задржати јер је било туђе, говорећи у најширем смислу.

⁴³⁰ Упор. В. Богишић, (2004 б), 168.

⁴³¹ Општи имовински законик, чл. 599: „Што ко да ради нечега што ће се тек извршити или бити, па се то не изврши или не буде, он може тражити да му се поврати што је год у то име дао. Подобно правило вриједи и за оно што ко даде за нешто што већ опстоји, па последице престане, ако је то што је дао, управ дао у мисли да ће тако и у напредак опстајати.“

⁴³² Тако Швајцарски законик о облигацијама, чл. 62, став 2; Њемачки грађански законик, § 812; ЗОО, чл. 210, ст.2; ЗООЦГ, чл.

⁴³³ В. Цветковић-Ђорђевић, 2013, 210.

causa data causa non secuta, наиме, тужена Кривокапић Златана примала је аконтацију нерегулисане пензије у укупном износу од 16.830 прије него је питање њеног права на пензију ријешено. Рјешењем Министарства финансија бр. 49905 од 13.12.1934.г., које је касније потврђено пресудом Државног савјета бр. 4604 од 23.02.1935.г., одбијен је њен захтјев за пензију. „На тај начин коначно је утврђено да тужена није имала право на пензију, па је према томе без оправдана узрока из иметка тужитељке примала аконтације нерегулисане пензије, стога их је на основу чл. 601 О. И. З. дужна вратити.“⁴³⁴

Иако је суд могао пресуду да базира на члану 599, јер се радило о случају када је неко дао нешто другоме „ради нечега што ће се тек извршити или бити, па се то не изврши,“ туженој је пресудом наложен повраћај с позивом на члан 601 Општег имовинског законика, који садржи опште одређење неоправданог користовања туђим.

Кондикција позната као *condictio ob causam finitam* се користила када је правни основ давања постојао, па је накнадно престао да постоји тако да прималац није имао право да задржи примљено већ је био дужан да га врати (у натури или противриједности). Овај тип кондикције се обично користио када је услед поништења дејство неког правног акта (уговора, рјешења и сл.) престало, па је онај који је нешто држао по основу тога акта био дужан да га врати. Тако се често сретају предмети који се баве повраћајем новца који је уплаћен на основу пензија које су касније укинуте.⁴³⁵ Ипак, као и у претходно цитираном случају умјесто посебне кондикције из члана 599, став 2, користила се општа кондикција па су у свим случајевима пресуде донесене по основу члана 601.

2.3. Кондикција за повраћај онога што је дато по неморалном (*ob turpis causa*) или противправном основу (*iniusta causa*)

Члан 600 Општег имовинског законика нормира питање повраћаја онога што је једно лице дало другом како би извршило неко противправно или неморално дјело. Давалац је имао право на повраћај ако је он био савјестан, а

⁴³⁴ ОСЦ, IV-1936-30, број 1435, 18. маја 1936.г., Цетиње.

⁴³⁵ ОСЦ, IV-1935-48, број 1303, 18. јуна 1935.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1935-39, број 746, 20.маја 1935.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1936-224, Број 757, 19. фебруара 1938.г., Цетиње.

прималац несавјестан – „Ипак то бива само кад је таки примац непоштено радио што је примио, а с даваочеве стране није никако било такога непоштења.“

Рјешење Општег имовинског законика у случају када су и давалац и примац били несавјесни било је следеће: „Кад су пак обојица непоштено радили, тада давалац не може више тражити повраћаја, него ће примац у црквну касу дати то што је примио. Ако ли је давалац малољетан, тада се треба у томе владати према правилу последњег раставка чл. 476.“

Дакле, давалац није могао захтијевати повраћај јер је био несавјестан, али ни прималац није могао стечено задржати из истог разлога већ га је био дужан уплатити у црквену касу. Ово је специфично рјешење Имовинског законика. Аустријски грађански законик (§ 1174), Српски грађански законик (§ 722), као и модерни законици редовно забрањују повраћај онога што је дато ради извршења недозвољених дјела али не предвиђају одузимање те вриједности од примаоца који је требао да изврши то дјело.⁴³⁶ Њихова рјешења, када су и давалац и прималац несавјесни, базирају се на римском правилу: „*In pari turpitudine melior est causa possidentis.*“⁴³⁷ Овако неправично рјешење није нашло мјеста у Имовинском закону јер је у случају несавјесности обје стране (*pari turpitudine*) престација одузимања у корист црквене касе.

Поријекло овог рјешења назире се из Записника: „... само чланови мисле да би требао за случај да кадби онај што је дао непоштено радио ипак да треба узети од онога што је примио и дати у фонд сиромасима или у какву другу добру цјељ. То треба да одлучимо. Овај је чланак важан особито за судце и ако то сад не треба. Строгост књаза Данила знатно искоријенила, јер до њега мито је увелико

⁴³⁶ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 66: „Не може се тражити повраћај онога што је дато ради постизања неког недозвољеног или неморалног циља;“ Њемачки грађански законик, § 817: „Ако је сврха чинидбе тако одређена, да прималац примањем повређује законску забрану или добре обичаје, прималац је обвезан на изручење. Захтјев за поврат је искључен, ако и вршиоцу чинидбе пада на терет таква повреда, изузевши случај, да се чинидба састојала у преузимању неке обвезе; што је за испуњење такве обвезе дано, не може се натраг захтијевати.“ Овај параграф Законика доживио је озбиљне критике у Њемачкој, в. R. Zimmermann, 865: „... the German Federal Supreme Court, in a startling pronouncement, has even contended that it intentionally disregards the precepts of justice.“

⁴³⁷ Правило које је формулисано на основу правила: *Si et dantis et accipientis turpis causa est, possessorem potiore esse*, Paulus, D.12, 5,8, R. Zimmermann, 846-847.

овладао било, тако да су сенати мито међу собом дијелили, то је било из тога узрока што нијесу имали другога издржавања.⁴³⁸

Дакле, чланови Одбора су сматрали да је било потребно одузети оно што је дато ради извршења недопуштеног дјела, а потреба за оваквим рјешењем доводила се у везу са давањем мита судијама. Наиме, тај мито је имао поријекло у глобама које су судије узимале за себе у периоду прије настанка државе па је ту праксу требало искоријенити касније када су судије добијале плату за вршење јавне (државне) функције.⁴³⁹ Овдје је посебно битно нагласити да су Петров (члан 25) и Данилов законик (члан 8), поред кривичних санкција за примање и давање мита, предвидјели да се одузети мито преда у „опшчу мирију.“

Дакле, чини се да је разјашњено поријекло рјешења Имовинског законика из члана 600, став 2. Ово рјешење је било прихваћено и у Скици Михаила Константиновића у члану 175 (Неморалан и незаконит основ). Ова кондикција данас није нормирана у склопу одредби облигационих законика већ је њену улогу заузео имовинско-правни захтјев у кривичном поступку.

3.Обим враћања

Лице које је нешто примило из имовине другог лица без правног основа није могло то задржати у својој имовини. Наиме, Законик је прописао да је то лице било дужно примљено да „поврати или иначе надомјести и намири.“⁴⁴⁰ Дакле, циљ ове норме је био повраћај у пређашње стање, стање које је постојало прије него што је одређена вриједност без основа изашла из туђе имовине. Прималац је био дужник из неоправданог користовања туђим и садржина његове обавезе састојала се првенствено у повраћају ствари, тек ако није било могуће извршити реституцију у природи, његова обавеза је била да преда новчани еквивалент примљеног.

Дакле, чланом 601 је одређена обавеза дужника да врати примљено у природи или у противвриједности. Нема помена о томе да се водило рачуна о

⁴³⁸ Записници, Сједница XXIV, 3 октомбра 1881.г. Цетиње.

⁴³⁹ П. Стојановић, 2001, 234.

⁴⁴⁰ Општи имовински законик, чл. 601.

постојању користи на страни дужника,⁴⁴¹ нити о томе да ли је он располагао примљеним добротним или теретним пословима. Једноставно, његова обавеза је била реституција примљеног. За кондикциону одговорност је карактеристично да је кондикциони дужник који је продао ствар био дужан да преда њен сурогат, цијену. Чини се да је овдје непотребно правити такву разлику јер је и сурогат представљао објективно одређени економски еквивалент ствари.⁴⁴²

Свакако, садржина дужникове обавезе је била различита у зависности од тога шта је ушло у његову имовину. Ако је примио ствар требао је да је врати, свакако када је у питању била индивидуално одређена ствар. Ако су у питању биле генеричне ствари био је дужан да врати исту количину исте врсте онога што је примио, а ако му је неко без основа извршио неки рад био је дужан да исплати накнаду за тај рад. Као што се могло раније видјети, у случају неоснованог обавезивања или ослобођења од дуга или терета, члан 601 је могао послужити за повраћај у пређашње стање.

У следећем члану, члану 602, одређује се обим дужникове обавезе у зависности од његове савјесности и то по правилима која су важила за савјесног (незломисленог) и несавјесног (зломисленог) држаоца (чл. 22-25.) И ова чињеница говори о природи неоправданог користовања туђим, наиме, једно правило којим се врши упућивање на правила о зломисленом и незломисленом држаоцу (држитељу) указују да се овом установом није тежило утврђивању користи која је била без основа у рукама туженог, већ се просто хтјело успоставити стање које је постојало прије него што је туђе добро прешло у руке другог лица без правног основа. Законици који нормирају неоправдано обогаћење морали су поставити посебна правила по основу којих се пратило како је обогаћени располагао стеченим користима, како би се у крајњем утврдило постојање обогаћења и обим његове обавезе.⁴⁴³

⁴⁴¹ В. Ђорђевић, 2013, 221.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ Њемачки грађански законик, § 816 (располагање неовлашћеног): „(1)Тко неовлашћено располаже неким предметом тако, да расположба има учинак према овлашћенику, обавезан је овлашћенику изручити, што је расположбом стекао. Ако је расположба услиједила без наплате, иста се обвеза односи на онога, који је на основи расположбе непосредно стекао правну корист. (2) Ако је чинидба испуњена неовлашћеном, а она има учинак према овлашћенику, неовлашћени је

Правила на која је упутио Имовински законик у члану 602 се ближе баве плодовима и трошковима које су држаоци, у зависности од савјесности, требали да врате, односно наплате.

Незломислени држитељ против кога је био поднешен захтјев за повраћај примљеног био је дужан да врати ствар и плодове који још нијесу били одвојени од ње, а потрошене и пропуштене није био дужан да надокнади.⁴⁴⁴ При томе, неопходно је нагласити да незломислени држитељ није одговарао за погоршања до којих је дошло коришћењем ствари („квар“) као ни за случајну пропаст ствари.⁴⁴⁵ Када су у питању трошкови, он је имао право да наплати нужне (потребне) трошкове у потпуности, а корисне до нивоа корисности за власника у вријеме повраћаја. У погледу луксузних трошкова (самохотни) имао је *ius tollendi*, што значи да је могао да узме оно што је уложио уколико је то било могуће без оштећења саме ствари.⁴⁴⁶

Положај зломисленог држатеља је био гори, наиме, он је био дужан да врати или надокнади све плодове, чак и оне које би ствар дала да је била у рукама онога ко је био овлашћен да је држи.⁴⁴⁷ Истовремено, он је могао да надокнади само потребне трошкове док је у погледу корисних и луксузних имао *ius tollendi*.

Свакако, не треба испустити из вида да се незломислени држатељ сматрао као зломислени од момента подизања тужбе (чл. 823).

Расположиви материјал је претежно везан за случајеве враћања онога што је стечено по основу који је постојао па је касније престао да постоји и тиче се неоснованог задржавања примљених пензија. Пошто су у питању била новчана давања, тужени су обавезани да врате примљене суме с тим што су се савјесним и несавјесним примаоцима камате обрачунавале на различит начин. Наиме,

обвезан овлаштенику изручити што је примио;“ Швајцарски законик о облигацијама, чл. 65: „Не може се тражити повраћај ако оно лице које је примило недуговано докаже да у тренутку постављања захтјева за повраћај није више обогаћено, осим ако се није злонамјерно лишило онога што је примило или ако је морало знати када се лишавало тога да ће бити обвезано на повраћај.“

⁴⁴⁴ Општи имовински законик, чл. 22.

⁴⁴⁵ Општи имовински законик, чл. 823, ст. 2.

⁴⁴⁶ Општи имовински законик, чл. 24.

⁴⁴⁷ Општи имовински законик, чл. 23.

несавјесни су дуговали камате од момента пријема новца, а савјесни од момента када су сазнали за одлуку којом се поништава рјешење о одређивању пензије.⁴⁴⁸

Видљиво је да се свака одлука у поменутих споровима базира на члану 601 Општег имовинског законика који је дао општи појам неоснованог користовања туђим иако су нормиране четири врсте посебних кондикција. То је свакако последица система заштите права који се базирао на појму опште тужбе, док је римски систем заштите права-систем тужби, захтијевао именовање тужбе. Како су се црногорске судије први пут среле са овом установом одређивање посебних кондикција је било прикладно због потреба праксе јер је за онога ко примјењује право корисније конкретније одређење од опште дефиниције. Свакако, када је предмет правно квалификован није од значаја да ли се пресуда базирала на члану 599 или члану 601. Чак више, и данас, када је наше право прихватило концепт

⁴⁴⁸ ОСЦ, IV-1935-48, број 1303, 18. јуна 1935.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1935-39, број 746, 20.маја 1935.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1936-224, Број 757, 19. фебруара 1938.г., Цетиње. Иначе, као изузетак треба напоменути пресуду Округног суда у Цетињу број 757, IV-1936-224, од 19.02.1938. године којом се захтјев тужиоца (Државе Краљевине Југославије заступане од државног правобраниоца из Подгорице) у којим је тражио повраћај исплаћених пензија због тога што је рјешење о одређивању пензије стављено ван снаге. Наиме, тужилац је своје тражење базирао на принципу из члана 1029 Општег имовинског законика, о повраћају онога што је примљено без основа док се тужени бранио наводећи да се питање повраћаја треба расправити по члановима 22-25 Имовинског законика и да тужена као незломислени држатељ није дужна да врати плодове примљене за сво вријеме њене незломислене држине. Тужбени захтјев је одбијен: „Према чл. 22 ОИЗ. Опште је правило да незломислени држатељ, кад треба да поврати или другоме преда оно што држи, нити враћа нити надокнађује плодове и дохотке које је примио са ствари, за сво вријеме своје незломислене држине. Тужена је примила утужени износ као аконтацију на име пензије вјерујући да јој пензија припада...на тај начин била је у држини бестјелесне ствари као савјестан и правичан држатељ права на пензију...пошто јој је извршном одлуком Државног савјета одузето право на пензију, враћа само то право а не и износ-аконтацију коју је примила на име пенс. Принадљности,“ ОСЦ, IV-1936-224, број 757, 19. фебруара 1938.г. Цетиње. Велики суд је преиначио ову пресуду и усвојио је тужбени захтјев тужиоца. Из образложења: „Тужена је дужна на основу чл. 601 О.И.З. вратити држави примљену аконтацију, јер је ријешење о пензионисању на основу којег је примила аконтацију стављено ван снаге,“ Велики суд, број 97-IV-1938-39, Подгорица, 24. јуна 1938.године.

хомогено регулисаног неоснованог обогаћења,⁴⁴⁹ нормиране су посебне кондикције иако теорија сматра да то нема никакав правни значај.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ ЗООЦГ користи термин стицање без основа за означавање садржине неоснованог обогаћења (чл. 217-226). У томе се повео за ЗОО, иако је композиција члана 217, који садржи опште одређење ове установе, ближа рјешењима Скице Михаила Константиновића који користи термин неосновано обогаћење, чл. 168, став 1: „Правило је да се нико не може обогатити без основа на туђи рачун. 2. И по томе: кад је неки дио имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или закону, стицалац је дужан вратити га кад је то могуће, а иначе накнадити вриједност постигнутих користи. 3. По истом општем правилу: ко се неосновано користиовао туђим, дужан је накнадити вриједност постигнутих користи.“

⁴⁵⁰ С. Перовић, 1995, 497.

IV ДИО
ПОЈЕДИНИ УГОВОРИ

ГЛАВА ПРВА

УГОВОР О КУПОВИНИ

1. Појам

Имовински законик је куповини посветио укупно 35 норми које је подијелио, тачније, груписао на опште одредбе (чл. 222-231), одредбе о недостацима (манама) купљене ствари (чл. 232-242), затим о одузму, односно евикцији (чл. 243-250), као и о посебним облицима куповине (251-256).

По Општем имовинском законуку уговор о куповини је консенсуалан уговор јер „чим се купац и продавац погоде о ствари и о цијени, тај је час куповина завршена.“⁴⁵¹ Мада, вољом законодавца или самих уговорних страна могло је бити одређено да се уговор склопи у писменој форми и тада је уговор о купопродаји постајао формалан уговор.⁴⁵²

Члан 872 Општег имовинског законика садржи законску дефиницију овог уговора. У њему стоји да је уговор „о куповини (т.ј. о купњи, продаји) кад се једна страна веже да ће предати другој у влаштину ствар о којој је уговор, за што ће њој друга погођену цијену платити.“

Из ове дефиниције може се сагледати које су биле основне обавезе странака, наиме, продавац је био дужан да купцу преда ствар на начин који је био подобан за пренос својине на купљеној ствари, док је купац био у обавези да за стечену својину плати уговорену цијену. Дакле, када је у питању обавеза продавца, акценат се стављао на акт преноса својине. Богишић је тако слиједио

⁴⁵¹ Општи имовински законик, чл. 222, ст.1. Ријеч завршена (*perfecta*) ОИЗ користи у смислу закључена, за разлику од СГЗ. Наиме, М. Константиновић је указао да „свршена продаја“ по овом законуку не означава ни закључену продају, ни безусловну продају, а ни продају са потпуно одређеним предметом тако да је по њему, овај израз непотребан (М. Константиновић, „*Emptio perfecta*“ у *Српском грађанском законуку*, Београд 1934, 42). Интересантно је да се и у црногорској пракси, како од стране судија тако и од стране адвоката, користио термин перфектна купопродаја и то у ширем смислу, у смислу купопродаје која је закључена у прописаној форми. Овакав начин изражавања казује да је повећан ниво правне културе у односу на ранији период, што је последица реформе судства, по којој свакако лаицима није било мјеста у правосуђу.

⁴⁵² Општи имовински законик, чл. 222, ст. 2.

већину тадашњих законика⁴⁵³ код којих је пренос својине био „централна тачка у формули којом се одређује појам купопродаје“.⁴⁵⁴

Ипак, треба имати у виду да се предаја у својину вршила на различит начин у зависности од тога да ли је ствар била покретна или непокретна. Наиме, за стицање својине на покретним стварима била је довољна предаја (*traditio*) у државину која је омогућавала купцу вршење свих својинских овлашћења. Предаја непокретности купцу у државину није била довољна да на њега пренесе својину. Непокретности су се у својину прибављале судском потврдом (чл. 26-34 Општег имовинског законика) па се стиче утисак да су на страни продавца биле двије обавезе-обавеза предаје ствари купцу у државину и обавеза преноса својине. Посматрано теоријски ово подвајање није потребно јер је основна обавеза продавца била да „преда ствар у својину“, а када је ту обавезу извршио путем судске потврде чињеница да није предао купцу ствар у фактичку власт није утицала на извршење ове главне обавезе јер је купац постајао власник потврдом. Дакле, у ситуацији када је извршена судска потврда без успостављања државине на страни купца, купац је као власник могао да захтијева предају ствари од својег претходника. Ипак, не треба губити из вида чињеницу да је материјални акт предаје како покретне, тако и непокретне ствари вршен како би купац постао сопственик и да је и сама предаја непокретности у државину купцу производила одређене правне последице и прије преноса својине судском потврдом.

Углавном, у нашој теорији се продавчеве обавезе у овом сегменту обично свде на предају ствари док се о преносу својине говори у оквиру начина саме предаје.⁴⁵⁵ Ипак, има и оних који прво говоре о обавези преноса права својине па затим о обавези предаје ствари.⁴⁵⁶ Б. Мораит поводом начина предаје ствари купцу полази од тога да је начин прибављања покретних ствари предаја. Поводом тога додаје следеће: „Пошто је кауза продаје стицање својине, начин предаје се често поистовјећује са начинима стицања својине. Заправо, ријеч је о томе да се

⁴⁵³ Аустријски грађански законик (§ 380, 1053); Српски грађански законик (§ 226, 641).

⁴⁵⁴ С. Перовић, 1976, 334.

⁴⁵⁵ Б. Благојевић, *Посебни део Облигационог права, Уговори, једностранни правни послови, грађанско-правни деликти*, Београд 1939, 39-40; В. Loza, *Obligaciono pravo II, Posebni dio*, Sarajevo 1974, 25-27.

⁴⁵⁶ С. Перовић, 1976, 343-351.

„*traditio*“, као начин преноса државине, поистовјећује с предајом као основном обавезом продавца.⁴⁵⁷ Док за предају непокретности наводи да постоје двије предаје: „правна предаја или *traditio* и материјална или фактичка.“⁴⁵⁸

Љ. Милошевић наглашава да је основна обавеза продавца да пренесе право својине на купца, а да из те обавезе произилази више конкретних обавеза међу које је уврстио обавезу да ствар чува до предаје, да је преда онако како је уговорено и да гарантује за њена правна и физичка својства.⁴⁵⁹

Полазећи од тога да је Законик налагао продавцу да купцу ствар преда у својину, предаја је имала значај правне радње, а не само материјалног акта јер је морала бити праћена вољом да се изврши уговор, тачније да се на купца пренесе својина. Остварењу ове обавезе биле су у ширем смислу подређене и остале обавезе продавца. Наиме, продавац је био у обавези да преда ствар без правних и физичких недостатака јер је у супротном наступала његова одговорност за физичке (чл. 232 – чл. 242) и правне недостатке (чл. 243 – чл. 250). На страни купца су биле следеће обавезе: обавеза исплате цијене (чл. 224, чл. 227), као и обавеза преузимања, тачније „примања“ ствари (чл. 227).

Термин који је законодавац одредио за овај уговор је куповина (т.ј. купња, продаја), назив који потиче из народног језика.⁴⁶⁰ У свакодневној пракси је преовладао термин купопродаја (купо – продаја)⁴⁶¹ од римског *emptio - venditio*, код којег се из самог назива очитује узајамни карактер овог уговора, мада су у употреби били и термини куповина⁴⁶² и куповица.⁴⁶³ У документима се не сусреће

⁴⁵⁷ Б. Мораит, 260.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ Љ. Милошевић, 305.

⁴⁶⁰ В. Богишић, „Стручно називље у законима“, *Изабрана дјела IV, Студије и чланци*, 104: „Кад за неки појам има народ свој израз, као: дуг, пријевара, зајам, куповина итд., тад је питање ријешено најлакшим и најпростијим начином: нема него попримити те народне изразе, па мирна крајина.“

⁴⁶¹ IV-1920-155, III-86-918, бр. 327, СОЦ, бр. 355, III-1920-4, 19. маја 1920 године; ОСЦ, бр. 4453, ф. 456, IV-1932-737; ОСЦ, бр. 66, IV-1932-36, 24. марта 1932, Цетиње; ф. 445: ОСЦ, бр. 1461, IV-1920-131, 20. септембра 1920, Цетиње; ОСЦ, бр. 5693, IV-1926-192, ф. 267; 12. априла 1927, Цетиње; ОСЦ, бр. 1022, IV-1919-128, ф. 81, 24. октобра 1919, Цетиње; ОСЦ, бр. 1330, IV-1931-197, ф. 412, 22. априла 1931, Цетиње; ОСЦ, бр. 4464, 2. фебруара 1933, Цетиње; ОСН, Посл. бр. П-173/39, 27. марта 1240, Никшић; ОСН, Пл. 4/40, СХХХV, 20. Јуна 1940, Никшић; ОСН, Посл. Бр. П 276/39, СХХХV, ОСЦ, бр. 573, IV-1923-5, ф. 164, 5. маја 1923, Цетиње. Термин уговор о купопродаји користи С. Перовић, *Облигационо право*, 333.

⁴⁶² Суд Општине Цетиње - СОЦ, ф. 47, III-1920-16, 7. октобра 1920, Цетиње; ОСЦ, бр. 1001, ф. 474, IV-1933-117, 1. јул 1933, Цетиње; ОСЦ, бр. 816, IV-1936-25, 17. марта 1936, Цетиње, ф. 551;

ни назив купња нити назив продаја, мада је термин продаја у каснијем законодавству постао доминантан.⁴⁶⁴

2. Форма уговора о куповини

Облик уговора о продаји може да покаже на којем степену развоја је био неки правни поредак. Консенсуална форма уговора о куповини била је својствена развијеним друштвено-економским приликама док су мање развијене форме биле присутне на нижем степену развоја. Непосредна размјена својствена словенским племенима у раном средњем вијеку била је на нашим просторима надограђена реалном формом византијског поријекла која је за настанак уговора захтијевала извршење престације од стране купца.⁴⁶⁵ Наиме, сагласност о цијени и предмету није била довољна за настанак уговора већ је била неопходна и исплата цијене. Такав облик уговора дуго је био присутан на просторима Црне Горе, судећи по подацима из изворне грађе. Ипак, прије изношења било каквог закључка неопходно је назначити да се већина података односила на непокретности док се куповина покретних ствари, по свој прилици, обављала размјеном ствари за новац. Мада, треба примијетити да је таква размјена била присутна на пазарима гдје су се продавац и купац непосредно сретали. Отварање првих дућана довело је до новог облика уговора о продаји покретних ствари. Наиме, ради се о вересији која је у народу схватана као „привремени зајам“,⁴⁶⁶ који су обично давали „сви дућанције, кад коме из свог дућана на дуг давају ... Кад који коме што у дуг прода, одмах запише у *libro – тефтер*, шта је дао, и ако кад што од дужника прими у новцу али у каквој му драго другој роби.“⁴⁶⁷ Јасно је да је ова пословна трансакција у ствари била продаја са одложеним плаћањем јер дужник није враћао дућанцији исту количину исте врсте ствари већ је на првом мјесту био дужан да за робу плати одређену суму новца-цијену. До оваквог схватања вересије дошло је по свој прилици због тога што се код куповине цијена плаћала

⁴⁶³ ОСЦ, бр. 4948, IV-1929-641, ф. 362, 10. фебруара 1930, Цетиње; ОСЦ, бр. 1032, IV-1925-153, ф. 238, 22 децембра 1925, Цетиње; ОСЦ, бр. 4789, IV-1929-634, ф. 362, 13. фебруара 1930, Цетиње; ОСЦ, бр. 638, IV-1925-1925, ф. 236, 25. априла 1925, Цетиње; ОСЦ, бр. 563, IV-1924-100, ф. 195, 24. марта 1924; ОСЦ, бр. 1352, ф. 328, IV-1930-233, 22 маја, 1930, Цетиње; ОСЦ, бр. 1036, IV-1931-139, 20 маја 1931, Цетиње

⁴⁶⁴ В. ЗОО, чл. 454;

⁴⁶⁵ Т. Тарановски, *Историја права у средњовјековној немањинској држави*, Београд 1996, 649.

⁴⁶⁶ В. Божишић, (2004а), Одговор 216, 424,

⁴⁶⁷ *Ibid.*

приликом закључења уговора док се предмет зајма враћао након одређеног времена. Ипак, крајње сиромаштво учинило је да се и исплата цијене одложи, односно одвоји од саме погодбе о продаји. Оно што је на овом мјесту потребно истакнути јесте чињеница да је куповина уз одложено плаћање као развијени облик куповине била обично својствена развијеном правном и привредном промету, док је у Црној Гори због општег сиромаштва било другачије. Недостатак новчаних средстава принудио је трговце да продају робу на вересију,⁴⁶⁸ односно с правног аспекта, исплата цијене је постала обавеза купца коју је вршио након закључења уговора *solo consensu*.⁴⁶⁹

Када се ради о куповини непокретности треба рећи да су изворни подаци бројнији у односу на податке о куповини покретних ствари али су и они у извјесном смислу ограничени. Наиме, о куповини непокретности се обично сазнаје из исправа које су имале доказну снагу и које су биле састављајне најчешће након склапања самог посла. На овакво дејство поменутих исправа, поред општих сазнања о њиховој улози,⁴⁷⁰ указује и њихов уводни дио: „Да се зна и да је вјеровато васакому господару и человјеку који види и чује сије писаније,⁴⁷¹ или: „Да се зна и да је вјеровато пред свакијем господаром и судом који види и чује сије писмо...“⁴⁷²

Садржина ових исправа није у цјелости била прикладна за доношење дефинитивног закључка о форми уговора па је било потребно осврнути се и на друге расположиве изворе, првенствено зборнике обичајне грађе које је сакупио Валтазар Богишић. Ови извори се хронолошки допуњавају јер се Црногорске исправе односе на период од краја 16. до средине 19. вијека, док се поменути зборници односе на седамдесете и осамдесете године истог вијека.

⁴⁶⁸ *Ibid*, 425, Изгледа да је цијену било тешко наплатити и уз одлагање њене исплате: „Будући да дуг, што је у тефтеру, мучно се или никада до краја наплатити не може, због сиромаштине дужника, или је умр’о, па остала нејака дјеца, или се десе двије три и за особице године неродне...“

⁴⁶⁹ Иако се наглашава да је сваки дућанција имао своју књигу, односно либро или тефтер, чини се да сам упис у ту књигу није имао конститутивно већ доказно дејство јер је дужник често и није памтио што је дао и примио него се ослањао на „образ дућанцијин.“

⁴⁷⁰ Министарство финансија, Форма уговора при заклетви свједока, Црногорски законици 2, 43.

⁴⁷¹ ЦИ, 35; ЦИ, 49, ЦИ, 53, ЦИ, 90 и даље.

⁴⁷² ЦИ, 68; ЦИ, 70; ЦИ, 97, ЦИ, 162 и друге.

Углавном, у скоро свим поменутих исправама констатује се да је продавац непокретност продао за одређену цијену коју је и примио од купца.⁴⁷³ То би могло навести на закључак да је за настанак уговора била неопходна престација купца. У прилог том закључку говоре још двије исправе, једна из 1747. године, а друга из 1799 г. У првој стоји следеће: „Знано да јест, како дође Аћим, син Милутина Дукојевића, у Манастир Острог и продаде баштину, што му је очина и ђедина на Госперадиће, све његово што је, и кућиште, и подкутњице, и врте. И погодисмо педесет грошах у продано име. И ја игуман Стефан изидох ш њима на планину, те му подмирих пред сједоци 50 грошах.“

Као што се види, продавац је дошао код купца и „продао“ му је непокретности. Имајући у виду композицију исправе као и доминантан начин склапања уговора путем изношења купчеве понуде продавцу,⁴⁷⁴ оvdје би се ријеч продаја требала тумачити као понуда за закључење уговора о продаји. Иза тога слиједи да су се уговарачи погодили да цијена буде 50 грошах у „продано име“. Дакле, постигнута је сагласност о предмету и цијени али то по свој прилици није било довољно да уговор настане јер се у исправу наглашава да је купац лично пошао са продавцем да би му пред свједоцима исплатио погођену цијену при чему се наглашава да су свједоци били калуђери као и сродници продавца.

Друга исправа је настала више од педесет година након прве (1799.г.) и преноси како се одвијао спор пред главарима поводом права својине на непокретности. Текст исправе гласи: „Знано буди свакоме право ме суду, како купи Машо Николин у Павића Лазарова Орашје и даде за њем осам арслана и по у продано име, да нема никад поговора... . И продаде Павић Машу Радованову бару за пет арслана у продано име. Па се Павић присјети како то није продао, али се Машо закле на брата и на сина како је својом руком платио како су се погодили.“⁴⁷⁵

⁴⁷³ ЦИ, 35, Станиша Јовов је продао владики Сави дио баштине за 30 гроша од којих је 5 приложио цркви а 25 је узео „готове;“ ЦИ, 47, Никац Милошев продао је Марку Вукосавову баштину „И Марко Вукосавов даде све аспре, а Никац Милошев аспре прифати;“

⁴⁷⁴ ЦИ, 36: „Да јест веденије васакому человјеку пред ким изиде сије писаније како би владика Сава мољен от Сћепца Јовова Стањевића да му прода баштину на Пиштет, дио његов, 3 дни орања.“

⁴⁷⁵ ЦИ, 117, 79-80.

Након спроведеног поступка утврђено је да је Машо „прав, ка и јест, а Павић да га је напа на правду божу,⁴⁷⁶ а Суд је „исту куповину“ потврдио.

Предмет овог спора је право својине иако се у изреци пресуде потврђује куповина, што је свакако потребно посебно образложити. Наиме, судећи по изворима, уговор о продаји је имао транслативно дејство у Црној Гори из овог периода. О томе казује исправа о продаји земље Цетињском Манастиру од стране Вуксана Маркова Шпадијера. Продавац је дошао код купца, владике Саве у Манастир на Цетињу и продао му је баштину при чему се наглашава да је купац земљу продао за 62 и по гроша након чега је новац узео „а баштина остаде цркви либера у вијек.“⁴⁷⁷

Сем тога, у неким исправама просто се наводи да је купац новац дао, а непокретност узео,⁴⁷⁸ што одражава исто – транслативно дејство уговора јер продавац по црногорским обичајима није предавао купцу ствар.⁴⁷⁹ Разлог због којег се није приступало предаји треба тражити у специфичностима развоја јер је познато да се предаја непокретности у државину прибавиоца од стране преносиоца везивала за инвестиру и феудалне односе, а Црна Гора није прошла ову друштвено-економску формацију.

Дакле, исплата цијене била је неопходна за настанак уговора и истовремено је продавцу прибављала својину на купљеној ствари.

Сходно свему реченом могла би се дати конструкција уговора о продаји. Доминантно мјесто је припадало исплати цијене јер се највјероватније сматрало да је за настанак уговора било потребно да купац преда, а продавац прими цијену, што је обично и биљежено у исправама.⁴⁸⁰ Закључени уговор имао је стварноправно дејство јер је на купца преносио својину. Дакле, није се могло одвојити закључење од извршења уговора јер је и једно и друго било садржано у

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ ЦИ, 45, 30.

⁴⁷⁸ ЦИ, 50, 34: „Марко аспре Којици и Мари даде, а они њему баштину даше.“ Као и ЦИ, 53, 36: „Марко све аспре подмири, а Анђуша привати, а Марко баштину узео.“ Исто и ЦИ, 87, 56.

⁴⁷⁹ В. Богишић,

⁴⁸⁰ ЦИ, 101, 64: „Да је сведеније сваком суду и господару који чује и види сије писмо, како продаде у продано име Марко Ников са својијема синовима и с унуком Радусин Доце и лаз око њих, колико је око Доца. И то продаде Марку Вукосавову и његовијема синовима за три[десет], 30 и 3 гроша.“ В. ЦИ, 103, 65; ЦИ, 94, 60; ЦИ, 86, 56; ЦИ, 68, 46; ЦИ, 63, 42;

исплати цијене тако да је продаја у суштини имала облик непосредне размјене ствари за новац јер је купац исплатом цијене постајао сопственик ствари и то без њене предаје од стране продавца!⁴⁸¹

Прва исправа у којој погодба о куповини није била праћена исплатом цијене потиче из 1839. године. Наиме, Вуко Савов је продао баштину Николи Перову и то „погодише се напуно цекинах дванајест. Два даде стимадурине и харача, а десет оста дужан. Бјеше их дужан Вуко Илији Перову, па се погодише да их да Никола Илији за три године а да му даје половину з баштине доклен му преда цекина десет...“⁴⁸² Из ове исправе јасно се да утврдити да је уговор настао простом сагласношћу воља, а да је исплата цијене била купчева обавеза коју је требало извршити у одређеном року. Дакле, одложено плаћање казује да се настанак уговора одвојио од његовог извршења што је својствено консенсуалној куповини. Ипак, изгледа да на ову исправу треба гледати као на изузетак који је наговјештавао настојеће промјене које су се могле очекивати с обзиром да је то било вријеме у којем је привредни развој тек узимао маха.

Наиме, подаци из Богишићеве Грађе казују да је реална форма била још увијек присутна у значајној мјери. То казује одговор на 216. питање ⁴⁸³ који се односи на Херцеговину, Црну Гору и Боку и гласи: „Држи се онда, кад је куповни уговор сасвим докончан, кад купац пред свједоцима изброји погођену суму новача а продавалац прими, па то сљедовало по писму или без писма, свеједно је тврдо и непоколебимо.“⁴⁸⁴ Дакле, овај одговор даје јасне податке да је битан елемент уговора била исплата цијене што је било у складу са византијском традицијом.⁴⁸⁵

У одговору на исто питање за Херцеговину и Катунску нахију каже се да се уговор о куповини сматрао закљученим у оном моменту када се „капара даде и продавалац је прими.“ Дакле, није било нужно да купац у цјелости исплати цијену већ је предаја капаре након постигнуте сагласности воља била довољна да уговор

⁴⁸¹ ЦИ, 162, 116: Мргуд Иванов је продао баштину с тим да за ту продају „поговора нема нигда нико.“

⁴⁸² ЦИ, 278.

⁴⁸³ В. Богишић, (2004а), 423: „Кад се држи да је куповни уговор заглављен (perfectio contractus)?“

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Т. Тарановски, 649.

настане. Исто казује и одговор о улози капаре: „Кад се двојица погађају за продати или купити покретну или непокретну ствар и пред људима се погоде, обично дава капару онај, који купује, а прима ју онај, те продава... Кадгођ се капара даје, онај, те је прими, плаћа пиће, т.ј. ракију или вино, те сви присуствујући пију и напију: „сретна трговина, у добар час да бог да“ итд. “ Наиме, наглашено је да се капара давала након што су се уговарачи погодили о предмету и цијени, односно да су се у моменту предаје капаре уз пиће упућивале честитке уговорним странама. То значи да се уговор сматрао закљученим предајом капаре јер се у одговору који описује настанак уговора наглашава како су се вино и ракија пили након закључења уговора.⁴⁸⁶ Ипак, неопходно је нагласити да је уговор закључен предајом капаре био закључен под одложним условом јер су уговорне стране могле од њега да одустану уз губитак, односно повраћај дупле капаре.

Анкета из 1873. године, која се односила на Црну Гору и Херцеговину, казује да су уговори настајали простом сагласношћу воља,⁴⁸⁷ што је свакако важило и за уговор „куповине и продаје.“⁴⁸⁸ Питање је како су у релативно кратком периоду могле настати овако велике разлике у погледу форме уговора о продаји?

Не треба изгубити из вида да је више од педесет година прије сакупљања Грађе у Боки био отворен пут утицају аустријског права по којем је за настанак уговора о продаји била довољна проста сагласност воља.⁴⁸⁹ Сем тога, потребно је имати у виду раније цитирану исправу о уговору о продаји непокретности који је закључен простом сагласношћу воља, а који по свој прилици није био изузетак, као и вересију. Све то казује да су постојали обриси консенсуализма који је почетком осамдесетих година 19. вијека заузео значајно мјесто. Поврх свега не треба заборавити на владајуће гледиште по којем се дата ријеч морала поштовати.⁴⁹⁰ То схватање било је присутно и у оним случајевима када је страна која је одступила од уговора губила, односно враћала двоструку капару јер се и

⁴⁸⁶ В. Богишић, (2004а), одговор 208, 414.

⁴⁸⁷ В. Богишић, (2004б), одговор 5, 182.

⁴⁸⁸ *Ibid*, Одговор 18, 185.

⁴⁸⁹ Аустријски грађански законик, § 1054.

⁴⁹⁰ С. Томовић, 211; В. Богишић, (2004а), 415,

тада онај који одустаје сматрао „за ништа човјека“⁴⁹¹ који је губио добар глас и пословно повјерење.⁴⁹² Тиме се јасно одражава да је морал био изнад права што је Богишић сажео: „И што није забрањено, може да не буде поштено.“⁴⁹³

Као што је видљиво, форма уговора је била један од сегмената на који су се рефлектовали различити утицаји. Сходно томе видљива је грчка концепција реалног уговора уз коју је ишло и схватање да је за настанак уговора (па макар и под одложним условом) била довољна предаја капаре, као и римска концепција консенсуалног уговора која је била реципирана у аустријском праву.⁴⁹⁴ Дакле, била су присутна схватања која су по својој природи била сасвим различита што се може објаснити присуством различитих утицаја на развој црногорског права,⁴⁹⁵ као и противурјечним друштвеним приликама у којима је била често присутна борба старог и новог.

Дакле, прије доношења Општег имовинског законика постојала је концепција консенсуалног уговора о продаји непокретности. Ипак, пракса која се формирала након доношења Законика није пратила његова рјешења везана за уговор о куповини непокретности. Наиме, судови су за закључење уговора о продаји непокретности захтијевали писмену форму и у свим случајевима гдје та форма није била испоштована дозвољавали су продавцу повраћај непокретности чак и када је уговор био извршен, тј. ствар предата и цијена исплаћена. Дакле, уговор који није био у писаној форми и судски потврђен пракса је посматрала као ништав уговор и предвиђала је повраћај у пређашње стање. Таква пракса је особито погодивала лицима која су прије него што су емигрирала продала своје непокретности без судске потврде па су по повратку, када су зарадили новац, захтијевали повраћај непокретности због недостатка форме уговора, а судови су такве захтјеве прихватили, некада чак и у случајевима када је купац и послѣје 10 година стекао својину одржајем.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ В. Богишић, (2004а), 419.

⁴⁹² В. Богишић, (2004б), 185.

⁴⁹³ Општи имовински законик, чл. 999.

⁴⁹⁴ Аустријски грађански законик, § 883.

⁴⁹⁵ П. Стојановић, „Страни утицаји у црногорском праву,“ *Изабрана дјела 2, Студије и чланци*, Подгорица 2009, 111-143.

⁴⁹⁶ в. П. Стојановић, 1987, 27.

Таква примјена Законика је била погрешна и изазвала је реакцију Министарства правде у виду наредбе у којој се интерпретирао дејство уговора о куповини непокретности закљученог без судске потврде. Наиме, у тој наредби се јасно пошло од разлике између стварних и облигационих права и нагласило се да је уговор без судске потврде производио облигационоправна дејства, и да је као такав пуноважно настајао прије спровођења формалности око његове потврде које су биле потребне да би купац према свим лицима стекао својину на купљеној ствари.

Остаје да се види да ли је Законик прописао одређену форму за настанак уговора о куповини непокретности и следствено томе да ли је одредио санкцију за непоштовање те форме.

Богишић је у члану 222, став 1, нагласио да „чим се купац и продавац погоде о ствари и цијени, тај је час куповина завршена.“ Што је допунио у следећем ставу истог члана 222 следећим ријечима: „Ако су уговорници одредили да ће куповина писмено утврђена бити, или сам закон за неке врсте куповине то наређује, тад је уговор завршен тек оног часа ког се исправа уговора потпише.“ Дакле, ове норме говоре да је Законик куповину конструисао као консенсуалан уговор с изузетком, већ истакнутим, да је уговорно право прече куповине морало бити писмено формулисано и судски потврђено. Ни једна друга норма Законика из раздјела о куповини не захтијева испуњење одређене форме за настанак уговора о куповини покретне или непокретне ствари.

Члан 27 Имовинског законика налазио се у раздјелу који је регулисао стицање влаштине на непокретним стварима и предвидио је писмену форму за уговор којим се „стјече“ непокретна ствар и одредио је садржину таквог уговора.⁴⁹⁷ Дакле, законописац јасно наглашава да се ради о уговору којим се

⁴⁹⁷ Општи имовински законик, чл. 27: „Уговор којим се стјече непокретна ствар, треба да је писмен. У исправи ће бити барем ови подаци: а) име и презиме купца и продавца (уступника и стечника) као и заступника (старатеља и пуномоћника) њиховијех ако их има, њихова постојбина и занимање; б) потанки опис добра, а особито граница његових; в) куповна цијена ако је куповина, начин и рокови плаћања ако је на почек, обезбједа наплате ако је углављена, и сви други увјети под којима се добро уступа; г) својеручни потписи или други биљези уговорника и потписи свједока; д) гдје је и кад је исправа о уговору прављена. Ако је, при глављењу уговора, која од страна имала заступника који је за њу радио, треба да се уговору приложи и исправа која доказује власт тога заступања.“

„стјече непокретна ствар“ иако се зна да је Законик у члану 836 предвидио да се право својине на одређеној ствари стицало на основу уговора уз одговарајући начин прибављања. Ова формулација навела је на погрешну примјену Законика с краја 19. и почетка 20. вијека, као и на погрешно тумачење Имовинског законика по којима се писмена форма посматрала као битан елемент за настанак уговора, а не за стицање својине на ствари, иако се Богишић јасно изразио – уговор којим се стиче непокретност - дакле не уговор који је био основ за стицање права на ствари о којем говори у члану 836. Дакле, добија се утисак као да су постојала два уговора-један облигациони, други стварноправни, што би одговарало њемачком систему стицања својине, који свакако није био прихваћен у Имовинском законуку. Дакле, уговором се стицало потраживање (дуговинско право), а судском потврдом уговора о куповини непокретности, односно предајом ствари влаштина ствари.

Члан 837 је објаснио које су биле последице када је након закључења уговора изостала судска потврда: „...бива да, кад би онај који је теби земљу продао, продао ту исту земљу још какву другоме незломислену купцу, а овај дао на потврду своју куповину, и потврду законито добио прије тебе, он добива влаштину ствари, а не ти, премда ју је он послјије тебе купио, јер он има првенство у потврди. Теби пак остаје тек дуговинско право: искати од продавца да ти, ако не може више извршити уговора, врати цијену коју си му платио, и намири штете које си од тога имао.“ Дакле, купац чији уговор није био потврђен имао је права уговорне стране у случају неизвршења пуноважног уговора: могао је захтијевати извршење уговора, односно раскид уговора и накнаду штете због неизвршења. Због тога чуди тумачење овог члана од стране Министарства правде у којем се сматра да је овај члан садржао санкције за уговор о куповини непокретности који није имао „законити облик,“ т.ј. који није био писмен и судски потврђен.⁴⁹⁸ Законик не санкционише посебно уговор о куповини непокретности који није био писмен и судски потврђен, како се тумачила та форма по члану 27, па би остајало

⁴⁹⁸ Мин. правде, 554: „Што чл. 498 Оп. Имов. Законика каже, да се неће моћи судом постићи ниједно право које би потицало из уговора без законом одређеног облика, то важи само *кад закон не би што друго наређивао за поједине случајеве*; али чл. 837. Оп. Имов. Законика наређује, кад би Павле већ Петру продану ливаду уговором, судом непотврђеним, другоме незломисленоме купцу продао уговором, судом потврђеним, да је Павле дужан Петру не само повратити примљену цијену него и све штете надокнадити, проузроковане му овим уговором...“

да се провјери да ли је важила општа санкција из чл. 498-неутуживост. С обзиром да је управо члан 837 предвиђао повраћај цијене и накнаду штете у корист купца који је извршио уговор о куповини који није био судски потврђен, остаје да се закључи да такав уговор није био без законске заштите, дакле није био санкционисан по члану 498. Дакле, уговор о куповини непокретности се закључивао простом сагласношћу воља, а писмена форма је била дио извршења уговорних обавеза продавца који је могао бити тужен да уговор писмено формира и судски потврди.

Углавном, форма из члана 27 Општег имовинског законика није била конститутивна већ форма публицитета .

3.Предмет уговора о куповини

Општи услови које је Законик поставио за предмет уговора свакако су важили за предмет куповине и продаје, тачније за предмете јер су код овога уговора постојали предмет купчеве обавезе, као и предмет продавчеве обавезе. Ипак, иако Законик није садржао посебне одредбе о предмету уговора о куповини ипак су постојале одређене специфичности везане за предмете овог уговора.

Предмет уговора о куповини могла је бити било која ствар чији је промет био дозвољен. Са становишта предмета уговора о продаји била је значајна подјела ствари на покретне и непокретне јер су постојале разлике у погледу извршења обавезе преноса својине. Сем тога, постојале су разлике у погледу последица накнадне нескривљене немогућности извршења у зависности од тога да ли је уговор имао за предмет самоисте или суврсте ствари.⁴⁹⁹

Што се тиче ствари као предмета продавчеве обавезе обично се постављају још два питања. Наиме, прво питање се односи на могућност закључења уговора о куповини ствари која је у моменту формирања уговора постојала, али није била у власништву продавца већ трећег лица (туђа ствар), док се друго питање тиче могућности закључења уговора о куповини ствари која није постојала у моменту закључења уговора, т.ј. будућој ствари. До одговора на ова два питања може се доћи истим путем и то полазећи од начина на који је било организовано

⁴⁹⁹ Општи имовински законик, чл. 933: “Врста не гине“ опште је имовинско правило.“

прибављање својине на основу уговора о куповини. У континенталним правима се у принципу издвајају два различита система: консенсуалистички систем који је био утемељен у Француском грађанском законнику и који је уговору давао стварноправно дејство што значи да је купац у односу на продавца постајао сопственик индивидуално одређене ствари самим закључењем,⁵⁰⁰ као и систем предаје поријеклом из римског права, у којем је уговор имао облигационоправно дејство јер је стварао обавезе за странке, али не и право својине на страни купца. По систему предаје за стицање својине није био довољан само уговор већ је био потребан и одговарајући начин предаје. Дакле, од момента закључења уговора до предаје ствари ради стицања својине постојао је временски размак у којем је продавац имао могућност да прибави ствар у својину и да изврши своју обавезу и да учини купца сопствеником. У систему гдје је уговор имао транслативно дејство оваква могућност није начелно постојала јер ако је у моменту закључења уговора ствар била туђа купац није могао постати њен сопственик.⁵⁰¹ Пошто се могућност закључења уговора о продаји туђе ствари није доводила у питање у системима гдје је уговор имао облигационоправно дејство,⁵⁰² а Имовински законик је прихватио систем преноса својине путем уговора и предаје ствари,⁵⁰³ што би значило да је куповина ствари која је била у туђем власништву произвођила правно дејство и купац је могао да захтијева испуњење уговора, односно накнаду штете ако је испуњење изостало.

Као што је у системима предаје ствари била важећа куповина туђе ствари, тако је важила и продаја будуће ствари јер је постојала могућност да ствар настане у моменту предаје и да продавац пуноважно испуни обавезу предаје. Као

⁵⁰⁰ Љ. Милошевић, 305. М. Константиновић објашњава како су редактори Француског грађанског законика проширили ранију концепцију уговора о продаји и како је купопродаја добила транслативан карактер (В. М. Константиновић, 1934, 38).

⁵⁰¹ Ипак, уговор који је за предмет имао туђу ствар није био ништав већ рушљив па је само купац имао право да у року од десет година након његовог настанка захтијева поништење, о томе, као и о дејству уговора о куповини туђе ствари у Српском грађанском законнику в. Ж. Периф, *О уговору о продаји и куповини*, Издање књижаре Геце Кона, Београд 1920, 10-19.

⁵⁰² Ђ. Николић, „Продаја туђе ствари,“ *Архив за правне и друштвене науке*, 3-4/2006, Београд, 1625.

⁵⁰³ Општи имовински законик, чл. 26: „Ко уговором (куповином, промјеном, и т.д.) стече земљу, кућу или другу непокретну ствар која је у Црној Гори, он тим самим још не постаје њен власник. Тек судском потврдом, признаје закон да властина стечене уговором ствари (836, 837) прелази на стечника;“ Општи имовински законик, чл. 65: „Ко купи или којим било уговором стече какву засебно одређену покретну ствар, а није му предата била, он се још не може њеним власником назвати (836, 838). Тек кад му се доиста преда, на њ ће прећи чиста властина ствари, и он њеним власником постати.“

будуће ствари су се могле јавити оне ствари које је требало направити, као што је у једном случају продавац требао да направи од својег материјала шпорет за купца,⁵⁰⁴ или будући плод или улов. Када су у питању били будући плодови или улов, куповина се могла реализовати у два вида. У једном се цијена одређивала по јединици мјере будућег предмета – као што је куповина будућег улова рибе по цијени од 24 динара по килограму,⁵⁰⁵ и тада је купац био дужан да плати само оно што се стварно уловило по уговореној цијени. Овај случај је од давнина познат као *emptio rei sperate* (куповина наданих ствари)⁵⁰⁶ и садржао је елементе комутативности јер је била извјесна висина вриједности обавезе (не може се рећи да постоји неизвјесност у погледу висине вриједности обавезе ако рибар улови 5 кг рибе кад је уговорена цијена 24 динара по килограму), док је био неизвјестан сам настанак обавезе (т.ј. да ли ће било шта уловити).⁵⁰⁷ Други случај је везан за продају будућег улова или будућих плодова за одређену цијену одсјеком, као на примјер кад је купац купио будућу испашу за 220 динара.⁵⁰⁸ Специфичност овакве куповине састојала се у томе што је купац био дужан да плати цјелокупну цијену без обзира да ли је, и у којој количини је предмет настао јер, како се каже, он је купио наду да ће предмет настати и то у што већој количини па је био дужан да исплати цијену без обзира што је, имајући у виду претходни случај, испаша била слаба.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ ОСЦ, IV-1931-139, бр. 1036, 20. маја 1931.г., Цетиње.

⁵⁰⁵ ОСЦ, IV-1925-153, бр. 1032, 22. децембра 1925.г., Цетиње.

⁵⁰⁶ D. 18, 1,8,1.

⁵⁰⁷ Ј. Салма сматра да је квалификовање једног уговора као комутативног, односно алеаторног битна два критеријума – „како извјесност узајамних обавеза или једне обавезе, тако и извјесност висине вриједности обавезе,“ Ј. Салма, *Облигационо право*, шесто издање, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2005, 335. Љ. Милошевић комутативне уговоре дефинише као уговоре у којима странке знају шта треба једна другој да дају или учине као противвриједност за оно што примају, Љ. Милошевић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 89. Он је разликовао алеаторне уговоре по самој природи (уговор о игри, уговор о опклади), као и уговоре који су због неизвјесности у погледу настанка ствари, као и у погледу количине и квалитета добијали алеаторан карактер, као на примјер уговор о куповини наде, *Ibid*, 90. Пошто је код куповине наданих ствари неизвјесан квалитет и количина ствари то би и тај уговор спадао у алеаторне, иако га овај аутор изричито не сврстава у ту групу гдје је сврстао уговор о куповини наде.

⁵⁰⁸ ОСЦ, IV-1933-85, број 598, 15. марта 1933.г., Цетиње.

⁵⁰⁹ О подјели ризика код ова два облика куповине Ж. Перић је закључио следеће: „...код продаје будућег плода, ризик ће сносити час продавац а час купац: продавац ће сносити ризик (то јес случај када ствар не донесе николико плода или га не донесе онолико колико га је било продато) онда ако је плод продат по мери (*emptio rei speratae*), а купац онда ако је плод купљен ђутуре и то само као нада (*emptio spei*),“ Ж. Перић, 1920, 21.

Како је уговор о продаји „временом добијао, у погледу свога предмета, шири домашај,⁵¹⁰ тако је поред тјелесних ствари за предмет могао имати и бестјелесне ствари, односно права. Предмет уговора могле су бити стварне службености али само уз непокретност за коју су „везане,⁵¹¹ што је исто важило и за заложна права која су пратила ствар. Што се тиче личних службености, предмет куповине је могло бити вршење права уживања,⁵¹² док употребилац,⁵¹³ као и онај који је био овлашћен да бесплатно станује у туђем стану,⁵¹⁴ нијесу могли уступити употребу ствари другоме уз накнаду или без ње. Осим наведених стварних права, предмет куповине су могла бити и облигациона права, односно потраживања, тачније дугови, са изузетком оних која су била везана за личност као и оних чији је пренос био забрањен, као на примјер продаја будућег неотвореног наследства која је из моралних разлога била забрањена у свим правним системима, па и у црногорском и то у ранијем периоду.⁵¹⁵

4. Цијена

Цијена је сума новца коју је купац дуговао продавцу као накнаду за ствар коју је по основу уговора о куповини стекао у својину. Цијена је по Општем имовинском законнику била битан елемент грађанске куповине јер је то било апострофирано у самој дефиницији уговора из члана 222 која је одређивала да је уговор настајао у моменту када су се странке споразумјеле о ствари и о цијени. Дакле, цијена је морала бити одређена, или бар по општим правилима Имовинског законика о предмету уговора из чл. 514, одредива. Ипак, у расположивој грађи доминирају уговори у којима је цијена била тачно одређена, док није забиљежен ни један уговор који није садржао цијену него елементе према којима би се она могла одредити, што експлицитно објашњава постојање малог броја спорова поводом висине цијене.

⁵¹⁰ Б. Благојевић, *Посебни дио облигационог права*, Београд 1938, 27.

⁵¹¹ Општи имовински законик, чл. 852.

⁵¹² Општи имовински законик, чл. 859.

⁵¹³ Општи имовински законик, чл. 170.

⁵¹⁴ Општи имовински законик, чл. 171.

⁵¹⁵ Како строго стоји у Додатку који се односио на поређење црногорских обичаја са параграфом 539, ст. 4 Српског грађанског законика, који је иначе изричито забранио продају неотвореног наслеђа: „Не смије се никако,“ В. Богишић, (2004б), 217.

Ипак, овај захтјев није важио за све врсте куповине. Наиме, Законик је у следећем члану, члану 223 садржао одредбу по којој је за све трговачке продаје без одређене или одредиве цијене, важила средња тржишна (пазарна цијена) и то према вриједности „у вријеме кад је наручена и у мјесту у које је поруџбина послата, осим ако је иначе углављено, или саме прилике што друго не доносе.“⁵¹⁶ Дакле, трговачка продаја је била ваљана и ако цијена није била одређена или одредива, што је било свакако рјешење које је погодновало трговачком промету који се убрзано одвијао па је постојала могућност да су уговарачи у брзини пропустили да одреде цијену. Сем тога, ова цијена је била подложнија тржишним утицајима па због тога није било потребе да неодређеност цијене буде препрека за настанак уговора. Углавном, узимала се цијена тржишта мјеста поруџбине у вријеме настанка поруџбине, а не у вријеме испуњења.⁵¹⁷

Формулација првог става члана 222 („чим се купац и продавац погоде о ствари и цијени“) упућује да је законописац имао у виду најчешћи начин одређивања цијене сагласношћу странака па зато није уврстио одредбе које су регулисале случајеве када је трећем лицу, или лицима, било препуштено да одреде цијену ствари. То је свакако било допуштено јер Законик није садржао супротно рјешење па су у том сегменту наставила да важе обичајна правила у којима је такав начин одређивања цијене био чест,⁵¹⁸ док су у периоду између два свјетска рата ипак такви случајеви били рјеђи у односу на претхони период.⁵¹⁹

Превасходно се цијена исплаћивала у новцу. Полазећи од чињенице да се куповином мијењала ствар за новац није било потребно одређивати да се цијена морала састојати у новцу. Најраније приватноправне исправе показују да се у свим случајевима цијена састојала у новцу.⁵²⁰ Размјена је постојала у оним случајевима када се ствар непосредно мијењала ствар за ствар или „мјеште за

⁵¹⁶ Општи имовински законик, чл. 223.

⁵¹⁷ По члану 212, ст.2 Швајцарског законика узима се средња цијена мјеста и времена испуњења.

⁵¹⁸ В. Богишић, (2004б), 220, у упоредном приказивању црногорских обичаја и рјешења Српског грађанског законика казује да су црногорска правила била идентична правилима из параграфа 648 СГЗ-а по којима су се странке могле договорити да треће лице, односно трећа лица већином гласова одреде („пресијеку“ цијену).ЦИ

⁵¹⁹ ОСЦ, Број 491, -1928-91, 10. фебруар 1928.г., Цетиње: „Погодбу између тужитеља и туженог учинили су Рамо Ј. Батрићевић из Очинића и Митар Богданов Зубер из Угања, на начин што су процијенили гору и тужитељ и тужени на то пристали.“

⁵²⁰ В. Црногорске исправе.

новце,“ који се обично додавао као „приде“ када је постојала разлика у вриједности између ствари које су се мијењале.⁵²¹ У пракси која се формирала након доношења Законика забиљежен је један усамљен случај у којем је цијена била одређена дијелом у новцу а дијелом у стварима. Чак више, у поменутом случају уговорена је цијена у новцу, али је једна половина исплаћена у новцу, а друга у житу.⁵²² Правила АГЗ су одређивала да је куповина постојала у случајевима када се за одређени предмет пола цијене платило у новцу а пола у другим стварима.⁵²³ Могуће је да је у црногорску праксу ово рјешење ушло под утицајем аустријског права које се и након 1918. године примјењивало у Боки, с којом су од ранијих времена постојале интензивне трговачке везе.

По Имовинском законуку уговорне стране су слободно одређивале монету исплате новчаног дуга. То сугерише чл. 525: „Ако је дуг у новцу, те је погођено да ће се намирити у некој одређеној врсти новца, која није обична у мјесту гдје се дуг плаћа, тај се новац може обрнути у обичну врсту, по новчаноме течају онога дана ког је истекао рок плаћању. Изузимље се случај, кад је нарочито углављено да ће исплата бити само у уговореној врсти новца, а и никаквој другој.“ Даље, за одређивање вриједности новца био је мјеродаван дан исплате, а не дан постанка дуга, како због тога „што је тешко знати курс пређашњијех времена, а друго што неко мора да ризика.“⁵²⁴

Цијену је купац исплаћивао у домаћем новцу, с тим што су се исплате страним повјериоцима вршиле у страним валутама.⁵²⁵ У Црној Гори су непосредно након првог светског рата биле у оптицају круне, перпери, а након уједињења и динари. Након уједињења из оптицаја је прво повучена круна 1920.

⁵²¹ В. Богишић, (2004б), одговор 24, о замјенама, 187.

⁵²² Како се види из тужбе Паја Митрова Вукчевића из Брежина, он је као продавац предао купцу земљиште, с тим што му је купац исплатио половину цијене од 900 круна у житу („у житу оку по оку, по 32 круне издао ми је до деветстотина круна“), док други дио цијене у од 900 круна о року није исплатио, па је тужилац након опомене морао да покрене спор. В. ОСЦ, IV-1919-167, бр. 1420, 18. децембар 1919. године, Цетиње.

⁵²³ А. Рушноф, 492. Исто рјешење предвиђа и СГЗ § 643.

⁵²⁴ Записници, сједница XX, 1. октобра 1881. године, Цетиње, 102.

⁵²⁵ Тако је трговац Ђурбузовић Халил с Цетиња исплатио свој дуг фабрици свиле „Стели & Ко.“ из Цириха у износу од 1. 346.55 швајцарских франака (IV-1931-116, бр. 952, ф. 411, 9. марта 1931. године, Цетиње); док су браћа Спасић с Цетиња исплатили дуг од 1. 874, 75 талијанских лира повјериоцу *tt. Ad. Schmitz & Co, Eredi di Davide Finici – Trieste*, (ОСЦ, IV-1936-25, бр. 816, ф. 551, 17. марта 1936. године, Цетиње).

године (по курсу од 4 круне за 1 динар), а затим и перпер 1921. године (у односу 1:1),⁵²⁶ тако да је извршена унификација валуте и динар је постао законито средство плаћања.

Присуство различитих валута нашло је одраза и на садржину уговора, у које су се уносиле посебне клаузуле. Уговарало се да ће се „исплата вршити оном монетом новца која буде при исплати у течају“⁵²⁷ или да ће дужник у вријеме исплате дати „здрави новац који буде у народ.“⁵²⁸ Осим тога, биле су присутне клаузуле којима се повјерилац обезбјеђивао од евентуалне штете због промјена вриједности новца, што се види из уговора склопљеног 5. марта 1919. године у којем, поред осталог, стоји да „за случај какве измјене новца купац је дужан за сваку круну исплатити ми.....од 100 пара.“⁵²⁹ Дакле, овакви споразуми су имали за циљ да осигурају странке од неповољних курсева, или у крајњем од спорова поводом монете исплате. Мада, евидентиран је случај у којем тужилац као продавац није хтио да прими исплату дуга у крунама, па су странке на усменој расправи сагласно одлучиле да се рјешавање њиховог спора одложи до рјешења валутног питања.⁵³⁰ Овај случај додатно указује на последице постојања различитих валута, што је свакако елиминисано успостављањем јединствене валуте.

Један од захтјева који се постављао у погледу цијене је истинитост. Дакле, продавац је морао имати стварну намјеру да узме одређену цијену као противриједност за ствар. То је у ствари био општи услов из члана 907 по којем је воља, поред тога што је требала да буде уједињена и слободна, морала бити и истинита па да из ње настане уговор. Дакле, када је цијена била фиктивно одређена није могао настати уговор о куповини јер му је недостајао битан елемент, али је могао настати неки други уговор који су странке стварно имале у виду када су фиктивно поставиле цијену. Иначе, на другим мјестима истинита цијена се означава или као стварна цијена,⁵³¹ или као озбиљна цијена.⁵³²

⁵²⁶ В. М. Павловић, 2000, 105.

⁵²⁷ СОЦ, бр. 960/Ш-230-918, 26. јула 1918. године, Цетиње.

⁵²⁸ ОСЦ, IV-1920-122, бр. 1340, 19. априла 1920. године, Цетиње.

⁵²⁹ ОСЦ, IV-1919-142, бр. 1165, 14. фебруара 1921. године, Цетиње.

⁵³⁰ ОСЦ, IV-1919-123, бр. 957, ф. 81, 20. април 1920. године, Цетиње.

⁵³¹ Ж. Перић, 28.

На крају се поставља питање да ли цијена морала одговарати стварној вриједности ствари, односно, да ли је осим одређености, цијена морала испуњавати услов правичности, или у ширем смислу, да ли су важила правила о прекомјерном оштећењу. Одговор је на први поглед јасан, Општи имовински законик, за разлику од других прописа који су се примјењивали на територији Краљевине, није садржао правила о прекомјерном оштећењу.⁵³³ Приликом разматрања да ли правила везана за *laesio enormis* требају да уђу у Законик, редактор и чланови Одбора за усвајање Законика, су дијелили исто мишљење. Наиме, они су заузели став „што се тиче цијене испод половичне вриједности да се никако не може примити правило да се ради тога уговор квари, јер би било из тога збрке без врке, сама му би се сиромасу тим одмогло мјесто помоћи, јер у потреби не би нашао купца. Осим тога један члан мисли да није ни право јер и купац можда је у безцијење продао своју ствар, да купи ону најпосље искуство у другим државама гђе постоји та зграда учи нас да нико не купи какву ствар ако се продавац не одрече од кварена уговора ради наведеног узрока.“⁵³⁴ Из наведеног произилази да је Богишић добро процијенио црногорске прилике и да је схватио, имајући управо те прилике пред очима, да прекомјерно оштећење не би могло да оствари функцију инструмента заштите једнакости узајамних давања. Запажено је и то да је био упознат са стањем у упоредном праву јер су сви законици који су усвојили установу прекомјерног оштећења, односно оштећења преко половине,

⁵³² В. Капор, Купопродаја, 819.

⁵³³ Аустријски грађански законик §934 – 935; Српски грађански законик § 559- 560. Иако су правила о прекомјерном оштећењу, тачније, о оштећењу преко половине, у СГЗ ушла из АГЗ, ова два законика су имала различиту концепцију прекомјерног оштећења. Аустријско рјешење се заснивало на субјективном виђењу оштећења, по којем је за његово постојање било неопходно да је оштећени био у заблуди поводом вриједности престације. Српски грађански законик се определио за објективну концепцију по којој је оштећени био дужан да докаже само присуство несразмјере код узајамних давања, без обзира на његов субјективан однос према вриједности престација. Ове разлике је резимирао Д. Аранђеловић, 101: „По аустриј. законнику ово средство служи за заштиту неискусних људи, по нашем и за заштиту невољних људи, који, и ако знају вредност своје и противникове чинидбе, ипак морају из невоље уговор да закључе. “ Више о оштећењу преко половине у СГЗ в. М. Мијачић, „Оштећење преко половине по Српском грађанском законнику“, 232 - 239, Ниш.

⁵³⁴ Записници, II сједница, 15. децембра 1881, Цетиње, 109. Приликом поређења рјешења § 559 СГЗ – а о оштећењу преко половине са црногорским обичајним правилима забиљежено је да „то никако не бива, него може бит продано за 50 што ваља 500, никако се уговор развргнут неће...“, В. Богишић, (2004б), 218.

предвиђали могућност уговорног искључења његове примјене,⁵³⁵ што потврђују неки подаци из архивске грађе.⁵³⁶

У теорији није прошло незапажено да ОИЗ не садржи правила којима се штити еквиваленција престација код узајамних уговора, при чему се указало на потребу утврђивања узрока који су определијели изостанак односних правила.⁵³⁷ Као што се из претходног видјело, Богишић ове установе, конкретно правила о прекомјерном оштећењу, није уврстио у Законик, не само због тога што тада, како претпоставља Ј. Даниловић, нијесу биле теоријски изграђене,⁵³⁸ већ због сложеност стања црногорске праксе,⁵³⁹ коју је Богишић на правилан начин сагледао.

Прије доношења Општег имовинског законика било је покушаја да се укаже на значај одређивања цијене приближно стварној вриједности ствари. У једној наредби Министарства унутрашњих дјела о начину продаје стоке страним трговцима стоји следеће: „Разумије се, без да се каже, да је сваки слободан продати свој мал коме хоће и по цијени коју може, али би добро било, кад не би људи изискивали прећеране неке цијене с којима би се купци одбили а стока остала без продаје, или се продала пошто по то...“⁵⁴⁰ Ова наредба јавног карактера указује на бригу црногорских власти да се успоставе квалитетне трговачке везе са страним трговцима, али и да при томе црногорска стока „добие жељену цијену“ и да се страним трговцима „омили у Црну Гору долазити.“

Без обзира што Законик није поставио границе у формирању цијене путем установе половичног оштећења, оне су у Законнику постављене на широј основи. Наиме, по чл. 513 сваки уговор који је био супротан закону, као и поштењу и благонрављу посматрао се као ништав уговор. Дакле, еквиваленција узајамних давања код синалагматичних уговора се у принципу штитила на основу савјесности и поштења. Имајући у виду да је и данас присутна тежња да се

⁵³⁵ В. С. Перовић, 263 – 270; Ј. Салма, 2005, 366 - 374

⁵³⁶ SN, 1920-1923, fasc. CCXXXI, strana 2996-3539, br. 3041, Ercegnovi, Ugovor od 24.1.1921: „тачка 4) Pogodbenici se odriču prava pobijati nazočnu pogodbu radi prikrate preko polovine (§§ 934, 935 ОГЗ).“

⁵³⁷ Ј. Даниловић, „Сто година Општег имовинског законика за Црну Гору,“ *Историјско правне студије*, Подгорица 2002, 289.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ Записници, Сједница II, 15. децембра 1881, Цетиње, 109.

⁵⁴⁰ Наредба Министарства унутрашњих дјела о начину продаје стоке страним трговцима, 22. август/3. септембар 1885., *Црногорски законици*, књ. II, 103.

принципу савјесности и поштења да значајнија улога у домену уговарања цијене, односно у оквиру заштите еквивалентности престација,⁵⁴¹ онда се за ОИЗ не може рећи да заостаје за тадашњим грађанским законима,⁵⁴² чак више, његове поставке се у овом сегменту могу назначити као визионарске.

Како је вријеме између два свјетска рата у Црној Гори било бременито економским недаћама, које су биле продубљене претходним ратним дешавањима,⁵⁴³ прибјегавало се закључењу уговора и под неповољним условима само да би се сачувала гола егзистенција. Одређене податке у том смислу даје већ цитирани спор поводом признања права својине на купљеној кући. Тужени продавац, који није извршио потврду уговора, односно његов заступник, се на расправи позвао на то да је склопљени уговор о купопродаји рушљив јер „по чл. 513 О. И. З. не одговара поштењу и благонаравју, јер се тужитељ користио материјалним неприликама туженога његове фамилије и његове мајке, која је тада лежала на самртној постељи, без хране, без љекова, те је тужени из обзира као син према својој мајци којој није могао друкчије помоћи присиљен био да се дохвати и последњег средства да продаде дотичну кућу испод цијене, јер дотична кућа вриједи три пута више него је продата.“⁵⁴⁴ Овај случај, иако не садржи директну одлуку поводом цијене, јер је уговор поништен из других, формалних разлога, даје податке да се ипак водило рачуна о околностима приликом одређивања цијене. Ипак, заступник је овдје говорио о елементима зеленашког уговора који је претпостављао неповољне околности на страни туженог, што, како показује овај случај, указује на значај начела поштења и благонаравља у свери уговорних односа.

⁵⁴¹ М. Сич, „Правична цијена (*pretium iustum*) и њена примјена током историје,“ *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 120, Нови Сад 2006, 223 – 224.

⁵⁴² Грађански законици који нијесу прихватили установу прекомјерног оштећења, усвојили су правила о зеленашким уговорима ради постизања заштите једнакости узајамних чинидби код узајамних уговора, као на примјер Њемачки, Швајцарски и Италијански грађански законик. ОИЗ не нормира посебно ни зеленашке уговоре, како је запазила Ј. Даниловић, али се у пракси заштита од ове врсте уговора могла остварити с позивом на опште принципе, првенствено на принцип савјесности и поштења, односно, по Богишићу, принцип поштења и благонаравља, а касније (у погледу зеленашких уговора), на прописе кривичног законодавства.

⁵⁴³ В. Ф. Чулиновић посебно инсистира да се приликом сагледавања економског стања у Старој Југославији, мора водити рачуна о томе да су Србија и Црна Гора из рата изашле привредно уништене и да је по завршетку рата „требало у економици отпочимати све готово изнова.“ В. Ф. Чулиновић, 1959, 221.

⁵⁴⁴ ОСЦ, IV-1919-142, 7. јуна 1921. године, Цетиње.

Посебну заштиту држава је пружала уговорним странама које су склопиле неповољне уговоре о отуђењу покретних или непокретних ствари у вријеме Првог свјетског рата и окупације. Донешена је Уредба о правној ликвидацији стања створеног ратом по којој су се могле поништити купопродаје закључене у стању материјалне нужде. Пракса судова поводом примјене ове Уредбе је врло разуђена. Велики број спорова које су судови рјешавали је само још једна потврда да су се и основна средства продавала да би се сачувао голи живот. По овој уредби право на заштиту је имао свако ко је примио несразмјерно мање од онога што је дао своме повјериоцу, па је државна власт и на овај начин заштитила начело сразмјерности узајамних давања код двостраних уговора.⁵⁴⁵

5. Користи и ризик

Након перфекције уговора о куповини странке су приступале његовом извршењу. Ипак, није била ријеткост да између момента настанка уговора и предаје ствари од стране продавца купцу прође одређено вријеме. У том интервалу објекат куповине је могао да буде изложен опасности од случајне пропасти или оштећења, а исто тако могао је да да плодове. Консенсуална природа уговора је дала простора да се о овоме расправља и у Анкети из 1873. године поводом поређења црногорских обичајних правила са правилима Српског грађанског законика поводом расподје ризика и користи (§ 637, 638) .

Наведени одговори указују да је штету за случајну пропаст ствари, како оних које су индивидуално одређене, тако и оних који су ђутуре продате, сноси „онај код кога је ствар остала.“⁵⁴⁶ Дакле, до предаје то је био продавац, а након предаје купац. Даље се додаје: „Кад је кривина једне и друге стране, или хајтар, да се није ствар прије предала, тад и за случај штетује онај који је крив. А кад није крив ни један ни други, треба да плати и један и други штету за случај.“⁵⁴⁷ Ови

⁵⁴⁵ Тако је продавац тражио поништење уговора о продаји непокретности склопљеног маја 1917. г., а суд је удовољио његовом тражењу јер је продаја извршена због тешког материјалног стања у којем се продавац нашао услед ратних неприлика, што је било сагласно члану 76 Уредбе о правној ликвидацији стања створеног ратом, ОСЦ, IV-1921-32, бр. 886, 5. септембра 1922.г., Цетиње. Види и ОСЦ, IV-1921-58, бр. 708, ф. 118, 25 априла 1922.г., Цетиње; ОСЦ IV-1921-10, бр. 596, ф. 117, 3. априла 1922.г., Цетиње; ОСЦ IV-1921-11, бр. 525, ф. 117, 3. априла 1922.г., Цетиње; ОСЦ IV-1922-3, бр. 241, ф. 139, 26. маја 1922.г., Цетиње.

⁵⁴⁶ В. Божишић, (2004б), 219.

⁵⁴⁷ *Ibid*, 220.

подаци казују да је штету сносио онај код кога се ствар налазила, осим ако је друга страна била крива што јој се ствар није могла предати па је због тога она била дужна да сноси и ризик. Ово су правила која се у суштини односе на последице доцње и не доносе неку посебну специфичност. Сем тога, пропаст предмета куповине који није био индивидуализован већ је био купљен одсјеком (ђутуре) у црногорским обичајима третирао се на исти начин. По правилима Српског грађанског законика, купац је сносио ризик случајне пропасти ствари које су биле ђутуре погођене, осим ако је више од „полутине вриједности пропало, није дужан примити.“⁵⁴⁸

Расподјела ризика и користи је узајамно повезана општим правилом из члана 1001 Општег имовинског законика: „Чија је корист од нечег, онога је и терет.“ Осим овог правила Законик садржи и правило поводом подјеле ризика и користи продате ствари у члану 229.

а) *Ризик*. Како је примијетио Н. Мојовић, Општи имовински законик „спада у оне ријетке законике који изричито кажу да прелаз ризика почива на правилу „*res perit domino*“, тј. ризик случајне пропасти или погоршања ствари до момента преласка влаштине на купца је на продавцу, а од тог момента ризик пада на купца.“⁵⁴⁹ Дакле, у ОИЗ-у се прелаз ризика директно везивао за прелаз власништва.

Сходно чл. 229 Законика продавац је био власник предмета купопродаје све док покретну ствар није предао купцу, односно док се продаја непокретности судски није потврдила, па је стога он као власник сносио сву штету од случајне пропасти ствари, али је и стицао сваки „прираст који би ствари допао.“ Општи имовински законик је у принципу слиједио дотадашње законике у погледу расподјеле ризика случајног оштећења или пропасти ствари јер и они законици који су прелаз ризика везали за предају ствари, предају су третирали на исти начин као и Имовински законик – на покретним стварима је преносила својину

⁵⁴⁸ Српски грађански законик, § 637, О анализи овог параграфа и поређењу са изворним правилима в. Ж. Перић, 58-62.

⁵⁴⁹ Н. Мојовић, 310, како истиче овај аутор на истом мјесту, осим ОИЗ-а, од старијих законика и енглески Закон о купопродаји добара из 1893. године, изричито везује ризик за прелаз власништва.

док на непокретним није.⁵⁵⁰ Важно је истаћи да су правила о преласку ризика од римског права имала диспозитиван карактер што је остала традиција до најновијих времена.⁵⁵¹ Ту традицију је слиједио и Општи имовински законик, па је у чл. 229 ст.2 нормирано да сва законска правила о ризику „вриједе само ако уговором није што друго уговорено.“

У дијелу Законика који се односи на куповину није посебно одређен моменат предаје код дистанционе продаје, што је од значаја за питање перикулума, већ се о томе говорило у оквиру општих правила предаје покретних ствари. У чл. 66 одређено је да „Кад се ствар ради предаје пошиље у друго мјесто, узме се да је предана тек онда кад наручиоцу до рука дође, ако он сам није означио чељаде по коме ће се ствар послати. Ако ли је, напротив, сам чељаде одредио, бива као да је ствар предана самоме наручиоцу онај исти час ког је томе чељадету предана била.“ Из ове одредбе произилази да је продавац сносио ризик случајне продаје ствари све док је купац не узме у државину, ако сам купац није одредио лице по којем ће се ствар послати, а ако је одредио пошиљаоца, тада ризик прелази на купца у моменту када је пошиљалац узме у руке.⁵⁵²

Поред општег правила, Законик наглашава да ће продавац сносити штету случајног „губитка или квара“ све док је у доцњи у погледу предаје ствари, док ће ризик бити купчев ако је он крив што му ствар није у одређено вријеме била предата (чл. 230). Ова законска правила конкретизују општа правила везана за последице доцње у извршењу уговорних обавеза.

Неопходно је истаћи да је питање ризика имало другачије значење када је предмет куповине била замјенљива ствар јер по старом римском правилу *genera non pereunt*. У Богишићевом преводу ово правило гласи „Врста не гине“.⁵⁵³ Богишић је истакао његово старо поријекло и изнио је његово објашњење

⁵⁵⁰ Више о томе, као и о генези римског правила „*periculum est emptoris*“, *Ibid*, (59-305).

⁵⁵¹ *Ibid*, 338.

⁵⁵² Упор. § 290 Српског грађанског законика : „Ствари покретне, ако се послати примцу имају, онда су његове, кад их овај прими, ако он није наредбу учинио, како да се пошаљу; јер ако је он наредио, како да се пошаљу, поименице постају његове одмах, како се из руке прилици предаду, и ако тако пропадну, њему ће пропасти.“ Као што се може видјети, по ОИЗ-у купац одређује лице које ће преузети робу, а у СГЗ-у он даје инструкције о слању, па су то одлучујући моменти по питању сношења ризика.

⁵⁵³ Општи имовински законик, чл. 933.

следећим ријечима: „По томе, кад је дуг у новцу или у другим суврстим стварима, па дужнику и каквим несретним случајем пропадну све такве ствари, тако да нема чиме намирити дуга, тиме, ипак, дуг нити слаби нити престаје.“⁵⁵⁴

Општи имовински законик је одступио од стриктне примјене правила „*res perit domino*“ у члану 231 гдје стоји: „Ако се никако не да тачно одредити вријеме кад се случајни квар или губитак догодио, т.ј. да ли је то било прије или после него што је властита прешла на купца; или би иначе, ради особитих каквих прилика и узрока, било очевидно неправда да сам купац или сам продавац све штетује, тад суд може обојици подијелити штету по пола, или инако, како већ нађе да је приличније и праведније.“

Ово правило не садрже други законици већ је оно, како истиче Н. Мојовић, „једна специфичност, која уз познату језгровитост и заступљеност народног језика чини и ово питање интересантним. Наиме, тешкоће око примјене правила „*res perit domino*“ у пракси могле су да изгледају много веће него што би се то могло закључити из формулације овог општег правила, које заваља утиском најправеднијег начела. Аутору законика је очигледно било познато да је у пракси понекад тешко утврдити без оспоравања да ли је ствар пропала прије или после преласка власништва на купца.“⁵⁵⁵

Поменути аутор није пропустио да нагласи очигледну тежњу законодавца „ка већој праведности“⁵⁵⁶ у подјели ризика. Начело по којем је сопственик сносио опасност ризика је било јасно али је његова стриктна примјена могла довести до неправедних рјешења у смислу неравнојерно подијељених користи и ризика.

Наиме, како је већ наглашено, да би купац стекао својину на непокретној ствари било је неопходно извршити судску потврду уговора, која је често обављана и након више мјесеци од закључења уговора и предаје ствари. У међувремену, купац је био у могућности да извлачи користи од непокретности и није опоменуо продавца да пренесе формално својину на њега, тако да се није могло говорити о повјериочевој доцњи у извршењу обавезе. Сво вријеме продавац

⁵⁵⁴ Општи имовински законик, чл. 933.

⁵⁵⁵ Н. Мојовић, 311-312.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

је био изложен ризику случајне пропасти ствари услед евентуалних непогода које су могле однијети дио земљишта или слично, јер купац још увијек није био власник. Излишно је говорити да би било неправично да у овој прилици продавац сноси сву штету. Потребно је додати да се и у другим правним системима гдје се својина на непокретностима стицала на исти начин, прелаз ризика везује за предају ствари без обзира када је услиједило убаштињење.⁵⁵⁷

Ипак, чини се да расправљани члан добија на значају када је у питању продаја покретних ствари на почек, јер је познато да су покретне ствари подложније пропасти. Члан 67 каже: „И онда кад ко покретну ствар на почек прода, влаштина јој прелази предајом на купца, дакле, и док ствар још ни плаћена није. Стране ипак могу углавити да влаштина ствари остаје при продавцу док се год цијена не подмири.“ Свакако да је пажњу неопходно усмјерити ка другом ставу одредбе и ситуацији у којој је, по уговору својина остала код продавца, а купац не само да није платио дио или сву цијену, већ је ствар и употребио. С обзиром да је купопродаја покретних ствари на почек била често⁵⁵⁸ уговарана, извјесно је да је Богишић превасходно њу имао у виду када је у Законик уврстио подјелу ризика по правди, тим прије што је по првом издању Законика и за куповину за готово важило правило да влаштина не прелази на купца до исплате цијене.⁵⁵⁹

Флексибилност правила из чл. 231 олакшавала је сношење ризика, који је често пратио пословне трансакције. Ако се сагледају претходни закључци, смисао овога члана је да се штета распореди у складу са користима од ствари, што се у крајњем испољава тенденцијом да се питање ризика раздвоји од питања власништва. Ка томе се тежи посебно у модерном праву које регулише сложене трансакције, и то због истог разлога који је давно уочио Богишић - због тешкоће

⁵⁵⁷ Ж. Перић, 62; N. Gavella, *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, 159: „...I naposljetku, predaja posjeda stvari, nakon što se zbilja, može izazvati cijeli niz daljnjih obveznopravnih učinaka kojima stranke i nisu težile prilikom predaje. Tako će zbog predaje prijeći rizik za slučajnu propast stvari...“, 159.

⁵⁵⁸ В. Богишић, (2004б), Питање и одговор бр. 22, 186.

⁵⁵⁹ В. ОИЗ и изабрана дијела, ст. 68, фн. 13.

да се утврди моменат стицања власништва, тако да се у новијим правилима често питање ризика везује за испоруку ствари.⁵⁶⁰

Сем тога, не треба занемарити ни утицај обичајних правила која су предвиђала заједничко сношење ризика од стране уговорних страна у свим случајевима када им се штета није могла приписати у кривицу.

У духу правила члана 231 извршена је нагодба између Богдана Милића из Бјелица и Пера Поповића из Доњег краја. Наиме, Богдан Милић је продао Перу Поповићу сијено за цијену од 1520 круна. Купац је непосредно по закључењу уговора исплатио дио цијене у износу од 450 круна и узео је дио сијена, тачније једна кола док је за остатак нагласио да ће доћи следећи дан. Међутим, купац није преузео сијено следећег дана него се оно налазило код продавца све док га није узела војска за њене потребе. Због тога је продавац тужбом захтијевао да исплати остатак цијене. На усменој расправи која се одржала 26. маја 1920.г. склопљена је нагодба између парничара и по тој нагодби тужени је био дужан да исплати 650 круна у року од три дана.⁵⁶¹ Дакле, тужени није обавезан да исплати остатак од 1070 круна већ 650, што казује да је штета у ствари распоређена између купца и продавца. Више закључака из овог примјера не може се донијети јер се у записнику са усмене расправе наглашава да је тужилац остао при наводима тужбе док се не износе било какве изјаве туженог прије текста нагодбе.

б) *Плодови*. Продавац је дужан да преда ону ствар о којој је постигнута сагласност приликом закључења уговора. Међутим, с обзиром да су ствари могле имати плодове и припатке питање је да ли је продавац био дужан и њих да преда за уговорену цијену. Одговор на ово питање се у суштини налази у члану 229 који регулише питање преласка ризика и користи са продавца на купца. У погледу прираста овај члан је изричит и наглашава да он припада купцу од момента када стекне својину на ствари. С обзиром да неодвојени плодови чине саставни дио плодноне ствари то значи да је стичући ствар стицао и њих (чл.804). Исто тако Законик је нагласио да се саставним дијелом здања сматрају: „...затвори свијех врата и прозора његових; исто тако и огњишта, пећи, димњаци и све што здању

⁵⁶⁰ Тако Једнообразни закон о међународној продаји покретних ствари, као и наше Опште узансе из 1954 (В. Н. Мојовић, 313-314).

⁵⁶¹ ОСЦ, IV-1920-96, број 1079, 26. маја 1920.г., Цетиње.

трајно служи, па баш да ти дијелови на неко вријеме и одвојени бивају од главне ствари.⁵⁶² Ова одредба је потицала из обичајног права које је Богишић записао у Анкети из 1873.⁵⁶³ С обзиром да су куће, односно здања, биле чест објекат продаје било је потребно нагласити шта је све било њихов саставни дио и то можда из разлога што су се у припојеним крајевима различите ствари третирали саставним дијелом куће.

Законик је у члану 95 нагласио да је власник покретне или непокретне ствари власник и сваког њеног приложја (то јесте припатка), док се не докаже супротно. Из тога би се могло извести правило по којем је припадак пратио правну судбину ствари,⁵⁶⁴ то јесте да је продаја ствари укључивала и њен припадак, ако наравно није било другачије уговорено. Иначе, у расположивим уговорима није било посебних клаузула које би искључивале припатке већ напротив присутне су одредбе које истичу да се купцу предају ствари са „свим припадајућим правима,⁵⁶⁵ или као што то наглашава тачка 2 из уговора склопљеног 1920.г.: „Осим куће, авлије и теза, продавац овим уговором уступа и продаје купцу и четири бријеста и један бор, што прилеже истој кући и налазе се на улици пред кућом.“⁵⁶⁶

Дакле, припадак и прираштај били су у својини продавца све док није пренио својину на купца. С обзиром да се својина на покретним стварима прибављала простом предајом то је купац након узимања ствари у државину стицао својину на главној и споредним стварима. Имовински законик није садржао правила која би дала одговор на питање коме су припадали плодови ако је рок предаје био одређен, односно неодређен, што су јасно разликовали Аустријски (§ 1051) и Српски грађански законик (§ 638, 639). С обзиром да није постојало посебно правило могло би се рећи да су важила општа правила о извршењу обавеза. С тим у вези, дужник, у овом случају продавац који је био у

⁵⁶² Општи имовински законик, чл. 805.

⁵⁶³ В. Богишић, (2004а), питање 180, 364-365; В. Богишић, (2004б), одејек Ствари, питање 5, 160, одговор за ЦГ: „С кућом иду врата, прозори, пећи и свеколике ствари које су с кућом спојене, као скале, полице, димњак, али ждрмни не припадају кући. Остало се убраја у покуство...С животињом се никако уже не даје.“

⁵⁶⁴ Gaius, D. 33.8.2: „Accessorium sequitur principale.“

⁵⁶⁵ ОСЦ, број 232, 2.март 1922.г., Цетиње.

⁵⁶⁶ СОЦ, III-1920-16, број 1241, 7. октобра 1920.г., Цетиње.

доцњи с предајом ствари био је дужан да надокнади штету повјериоцу, т.ј. купцу (чл. 541), а у ту накнаду би свакако ушла вриједност користи које би купац прибавио да му је ствар на вријеме предата.

Ако би се доследно испоштовало правило по коме су плодови припадали купцу тек након прибављања својине то би значило да је купац непокретности постајао њихов сопственик након судске потврде уговора без обзира да ли је ствар била у његовом „досегу.“ Прописујући ово правило Законик је по свој прилици имао у виду најоптималнији начин извршавања уговора код којег се у моменту потврде уговора вршила и предаја у државину. Ипак, тешко је у црногорској пракси било спровести овакав начин истовременог вршења правне и фактичке предаје па је стога била доведена у питање доследна примјена правила 229. Имовинског законика у погледу стицања плодова непокретних ствари. Било би најпростије рећи да се предајом ствари међу уговарачима преносила својина, али Законик није давао простора за такво разматрање. Ж. Перић је сматрао да купац постаје сопственик плодова након фактичке предаје и ако још није постао власник ствари. „Факат материјалне предаје,“ по њему је имао значај „једног прећутног уговора по коме купац присваја себи плодове и пре правне предаје, убаштињења, дакле и пре него што је постао сопственик.“⁵⁶⁷ Без обзира не теоријско образложење, чињеница је да су се купци непокретних ствари, након стицања физичке власти, понашали као сопственици – извлачили су користи из тих ствари на исти начин као и након судске потврде уговора.

6. Права и обавезе уговорних страна

6.1. Обавезе продавца

6.1.1. Обавеза предаје ствари

Продавац је по чл. 872 био обавезан да купцу ствар „преда у влаштину“. То је била његова главна обавеза из уговора о куповини и након њене реализације купац је постао сопственик, док је продавац престао да буде сопственик ствари, с тим што је као надокнаду за пренесену својину на ствари добијао цијену (у

⁵⁶⁷ Ж. Перић, 62.

својину). Продавац је предају ствари првенствено вршио како би купца довео у физичку везу са ствари и у том смислу предаја је обухватала све оне продавчеве радње којима је купац долазио до физичке власти на купљеној ствари. Ипак, да би се схватила предаја у смислу преноса својине није довољно говорити о физичкој власти јер код предаје непокретности она није била довољна за стицање својине, док с друге стране, за прибављање потраживања она није била ни потребна јер су се она прибављала самим уговором о уступању за одређену цијену. Због тога је потребно више рећи о самом начину прибављања ствари на основу уговора о куповини.

Наиме, за стицање својине на непокретним стварима није била довољна физичка предаја ствари, већ се захтијевала и судска потврда уговора о продаји. Некада се говорило да се продавчева обавеза састојала у извршењу двије предаје – фактичке и правне,⁵⁶⁸ при чему је прва давала купцу материјалну (физичку) власт на ствари, а друга правну власт, тачније право својине. Ова правна предаја је по Имовинском законнику имала вид судске потврде уговора о продаји и могло би се рећи да је, када су у питању непокретне ствари, продавац имао обавезу да преда ствар и обавезу да пренесе својину на купца. Ипак, у пракси је било присутно схватање да је и фактичка предаја непокретности по Имовинском законнику преносила својину *inter partes* јер продавац који је предао ствар није могао захтијевати њен повраћај већ евентуално исплату цијене.⁵⁶⁹ У једном спору који је купац као тужилац покренуо захтијевајући од продавца потврду уговора суд је након спроведеног поступка донио пресуду која је продавцу наложила да призна купцу право својине, а не да потврди уговор. У образложењу пресуде стоји: „Међу парничним странкама неспорно је да је углављен купопродајни уговор од 24. априла 1918, да је исти на писмено стављен, да је продавац примио куповну цијену и некретнине предао у физички посјед и уживање купцу. На тај начин је власттина прешла на купца *inter partes*, и купац је стекао дуговинско право према продавцу да ће га овај учинити стварним власником продате некретнине (чл. 26 у в. са чл. 836 ОИЗ). Приговор туженога да купопродајни уговор неће да потврди

⁵⁶⁸ Љ. Милошевић, 305; Б. Мораит, 261.

⁵⁶⁹ Полази се од члана 840 Општег имовинског законика.

ради тога, што његов син хоће исто да откупи, отпада јер такав услов уговору није био постављен.⁵⁷⁰

6.1.1.1. Начин предаје ствари

Предаја је као начин стицања посебно регулисана у другом дијелу Законика који је регулисао материју стварног права. Законик је прво регулисао прибављање својине на непокретним стварима путем судске потврде (чл. 26 - 35), а затим и прибављање својине предајом на покретним стварима. (чл. 65- 67, чл. 839-840). Законик је регулисао физичку предају покретних ствари (чл. 839) и предају знаком (чл. 840).

а) Предаја покретних ствари. Када су у питању биле покретне ствари предаја се обично вршила уручењем из руке у руку,⁵⁷¹ али је и поред ове уобичајене предаје била присутна и предаја покретних ствари знаком. Предаја знаком није захтијевала да купац ствари узме и однесе већ је била довољна могућност да „није запреке било да ствар доиста пријеђе у држину онога коме пристоји.“⁵⁷²

б) Предаја непокретних ствари. Државина непокретних ствари успостављала се довођењем купца у могућност да користи ствар. То се најчешће остваривало тако што је продавац ослобађао ствар своје физичке власти како би купац успоставио његову.⁵⁷³ С обзиром да се непокретне ствари нијесу могле физички предати били

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ О. Станковић, М. Орлић, 2014, 67; З. Рашовић, 2010, 120.

⁵⁷² Општи имовински законик, чл. 840. На предају знаком односила се једна одлука Великог суда у Подгорици поводом благовремено израженог незадовољства на првостепену пресуду Окружног суда на Цетињу којом је туженом наложено да призна право својине на одређеним стварима. Наиме, тужена, Држава Краљевина Југославија, је тужиоцу, Трковић Миху оспоравала право својине на стварима које је купио од пореског дужника јер те ствари није узео и однио након склапања уговора. Велики суд је потврдио првостепену пресуду из следећег разлога: „Не може опстати ни приговор туженог да тужени није прибавио влаштину купљене ствари, јер их није узео и однио из држине пореског дужника и да симболична предаја не прибавља купцу влаштину већ стварна, са разлога што је утврђено да је тужитељ купљене ствари предао пореском дужнику на послугу 4-IX-1937 год. тј. истог дана када их је купио а оваква предаја дозвољена је по закону чл. 840,“ ОСЦ, IV-1937-238, бр. 2659, пресуда Великог суда бр. 71-IV-1938-29, 4-IV-1938.г., Подгорица. Наиме, у овом случају је порески дужник наставио да држи ствари али не као власник, не за себе, већ као послугопримац који је држао ствари за купца као послугодавца. Тачније, купац је био „држитељ у законскоме смислу те ријечи; онај пак, “ који је за њега држао, послугопримац „бива тек придржник,“ Општи имовински законик, чл. 811.

⁵⁷³ У Паштровским исправама се наводи да су продавци „либерали“ земљу: „И бисмо плаћени и ватисани у све и за све, и ми ноизи либерасмо речену баштину,“ Паштровске исправе XVI-XVIII вијек, Цетиње 1959, исправа број 67, 47, као и исправа 103, 110. Дакле, претходни држалац је ослободио непокретности како би их купац узео у државину.

су у пракси присутни облици фиктивне предаје. Такав облик предаје се јављао обично када је извршена продаја куће у којој је продавац становао па му је након продаје одређено вријеме било потребно да у њој и даље живи, да је и даље држи али сада на основу уговора о закупу.⁵⁷⁴ Ово је случај установљавања државине (*constitutum possessorium*) на страни продавца који је некада био сопственик. Као што је био могућ овакав случај, могућ је и супротан, да је неко држао ствар по основу закупа и да је касније купио, дакле, предаја није била потребна јер је већ била успостављена државина на страни купца који је само промијенио основ држања.

Треба имати у виду да физичка предаја непокретности није имала стварноправно дејство. Законик је захтијевао судску потврду уговора да би купац постао сопственик ствари. Тако у члану 26 јасно стоји: „Тек судском потврдом, признаје закон да властина уговором стечене ствари (836, 837) прелази на стечника.“ Публицитет у домену прибављања својине на непокретностима био је својствен свим „културним“⁵⁷⁵ народима и био је последица увећаног и убрзаног правног промета који је захтијевао висок степен правне сигурности. Након проширења државе 1878. године није била довољна ноторност отуђења јер се она нијесу само обављала у локалним границама већ и шире, тако да је судска потврда била начин прибављања најприкладнији црногорским приликама. Иако је овај систем био једноставнији у односу на друге облике јавних регистара било је потребно одређено вријеме прилогађавања да на прави начин уђе у свакодневни живот. Непосредно након доношења Законика овај нови начин стицања непокретности био је узрок бројним парничењима. Учесталост ове врсте спорова навела је самог Богишића као министра правде да одреди крајњи рок (април 1895. године) у којем је требало све куповине које су биле закључене без судске потврде, ускладити са законским рјешењима и то уз значајну помоћ капетанске

⁵⁷⁴ СОЦ, Уговор бр. 1241-1920, На Цетињу, 7. октобра 1920.г., тачка 7: „Странке су сложне да у кући која је овим уговором данас продана сада станују: а) исти продавац са својим зетом Петром Марковим Милићем и фамилијом; б) Јован Марковић п.поручник са фамилијом в) Иво Вукотић са фамилијом, те сложено углављују, да ће почевши од 1. новембра ове године, продавац за себе и своју својту плаћати купцу у име најма и стана мјесечних 150 динара, а исто тако плаћаће купцу Стевану Јокову Шабану до сада постојећу мјесечну кирију и господа наведена под б) и в) и баш по 300, односно 120 динара мјесечно почевши од 1. новембра ове године.“

⁵⁷⁵ Ж. Перић, 65.

власти.⁵⁷⁶ Ипак, ни скоро двадесет година након доношења Законика није био схваћен значај судске потврде за промет непокретностима. Због тога је 1907. године реаговало Министарство правде које је у виду расписа судовима објаснило дејство уговора о купопродаји који није био потврђен од стране суда, а на основу којег је продавац извршио само обавезу предаје ствари, а не и обавезу преноса својине на купца. У овом објашњењу се полази од разликовања облигационих и стварних права: „Потпуно уређени купопродајни уговор, сачињен у смислу чл. 26. Оп. Имов. Законика стијече купцу стварно право на дотичну непокретну ствар, штитећи му је не само противу продавца него и против сваког трећег лица. Уговор пак о некој купопродаји непокретности, када није уређен ни потврђен у смислу законских наређења, али већ извршен, или је према уговорним условима већ отпочето његово извршивање, па био он и нествљен на писмено, стијече купцу, у смислу чл. 871. У вези са чл. 494. и 906 Оп. Имов. Зак., дуговинско право против продавца, на основу којег купац има право да тражи у смислу чл. 836., да продавац на-њ пренесе и стварно право, т.ј. да му даде писмен и судом потврђен уговор...“⁵⁷⁷ Дакле, купац није био дужан да врати продавцу ствар када уговор није био потврђен јер је и такав уговор везивао продавца иако је повраћај „досадања нестална судска пракса дозвољавала.“⁵⁷⁸ Како поред осталог стоји у распису, „купљена ствар остаје изложена опасности од стране трећих лица, која могу имати какво стварно право на дотичну ствар, на прилику право прече купње, право прекупа и т. д., која опасност и према трећим лицима престаће, у смислу чл.

⁵⁷⁶ Наредба Министарства правде о потврди уговора, 10/22. јун 1894.г., *Црногорски законици*, књ. III-V. Богишић, Закони, уредбе и наредбе, 247-250.

⁵⁷⁷ Државни Архив Црне Горе, Фонд Капетанија Цетињска, КаЦг- 9;1/1908, ф. 17, 12. Децембра 1907, Цетиње.

⁵⁷⁸ *Ibid.* Ово тумачење Министарства правде имало је одјека у пракси, што се може видјети из следећих примјера у којима се распис поменутог министарства скоро дословно наводио. Први је спор поводом поништења купопродајног уговора из 1920. године. У одговору на приговор тужитеља заступник туженог реплицира: „Што се пак тиче приговора да уговор није и судом потврђен, баш по нашем имовинском закону довољно је, да је уговор правилно склопљен и постигнут консенсус воља уговарајућих странака, што је у конкретном случају; сама потврда уговора тужитељу не даје никако право повраћаја продате имовине, а нарочито још из тога, што је уговор и извршен.“ В. ОСЦ, бр. 1110, IV-1920-100, 2. Јуна 1920, Цетиње. Још и ОСЦ, бр. 1438, IV-1919-168, 19. фебруара 1920, Цетиње.

45 Оп. Имов. Законика тек послје десетогодишње незломислене и непрекидне држине.⁵⁷⁹

Ипак, имајући у виду да је евидентиран мали број спорова поводом судске потврде уговора о куповини непокретности, стиче се утисак да је судска потврда у одређеној мјери заживјела у пракси у времену између два свјетска рата. Али остаје да се размотри улога писмених исправа у промету непокретностима с обзиром да се о томе водила расправа међу правним писцима. Повод за ту расправу дало је Богишићево мишљење да су исправе у црногорском промету некретнинама почеле да се користе тек седамдесетих година 19 вијека. Т. Никчевић је указао да то мишљење негирају многобројне приватно-правне исправе XVI-XIX вијека, на чијем издавању је управо он радио,⁵⁸⁰ чак више, он је закључио следеће: „Доказивање пред судом путем исправа био је не само најсигурнији начин него и увијек познат и тако рећи редован судски поступак.“⁵⁸¹ Богишићево мишљење бранио је П. Стојановић који је изворне податке тумачио другачије: „Изворни подаци су у прилог Богишићевог мишљења да до 70-тих година 19. вијека пренос влаштине на непокретној имовини није био условљен писменим исправама. Другачије није могло бити у земљи у којој је присутна свевласт обичајног права и скоро свеопшта неписменост.“⁵⁸²

Богишић је нагласио да је писменост ради прибављања својине била ријеткост прије Имовинског законика, дакле говорио је о форми публицитета, а не о конститутивној ни о доказној форми. С друге стране, Т. Никчевић је имао у виду писмене исправе о састављеном уговору првенствено као доказно средство. Ако се осврне на садржину тих исправа може се јасно разазнати да су то исправе које су представљале доказ о закљученом и извршеном уговору. Већина њих

⁵⁷⁹ КаЦг- 9;1/1908, ф. 17, 12. децембра 1907 године, Цетиње. Да би тумачење које је дало Министарство правде било јасније наведени су једноставни примјери (као што је Богишић говорио, да наредбодавац може и да поучава), од којих ће бити наведен први: „Петар купи од Павла ливаду за 1000 круна. Петар исплати куповну цијену, али према уговору прву рату од 300кр., а Павле му предаде ливаду за уговорену и већ примљену цијену. Уговор је био само усмен или писмен али судом непотврђен. У овом случају, по чл. 836. Оп. Имов. Законика, Петар је стекао право на влаштину купљене ливаде, те може као сваки дужитељ тражити од Павла судским путем, да пренесе на њега влаштину или стварно право на ту ливаду...“

⁵⁸⁰ В. *Црногорске исправе XVI-XIX вијека*, уредили Т. Никчевић и Б. Павићевић, Цетиње 1964.

⁵⁸¹ Т. Никчевић, О научном методу В. Богишића и његовој расправи „Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори,“ предговор у књизи: В. Богишић, 1999, 43.

⁵⁸² П. Стојановић, 1987, 24, фн. 32.

састављана је не непосредно при извршењу уговора већ накнадно по казивању свједока, купца или продавца. При томе, ако је била формулисана од стране купца обично је на полеђини имала податке о томе од кога је купљена непокретност, претежно земља. Таква исправа се различито називала, у највећем броју случајева означавала се као „књига от баштине“,⁵⁸³ или „шкрит“⁵⁸⁴ или „карта“,⁵⁸⁵ „рецевуда от баштине“⁵⁸⁶, „тенесућ.“⁵⁸⁷ Такве исправе су за купце имале посебан значај јер је то био сигуран доказ стеченог права на ствари и с обзиром да је исплата цијене била битан елемент уговора, таква исправа је за њега имала већи значај него за продавца који је примио цијену. Исправе су писали обично попови, који су тада били скоро једини писмени, при чему су они истовремено били и свједоци самог посла или његовог писменог утврђивања.⁵⁸⁸

Изворна грађа дакле свједочи да су исправе у овом виду биле присутне јер се једноставно сматрало „да је тврђе кад је уговор писмен“,⁵⁸⁹ али нијесу биле обавезне ни за настанак уговора, а ни ради доказивања његовог постојања, као ни за прибављање својине на купљеној непокретности.⁵⁹⁰

Ипак, осамдесетих година 19. вијека значај исправа је био другачији. Најзначајнији уговор – уговор о куповини је добио консенсенсуалну природу па је требало обезбиједити доказ да је уопште и закључен. На крају, по Имовинском законнику писмена исправа и судска потврда биле су неопходне за прибављање стварних права на основу уговора. Дакле, исправе су имале различиту улогу у различитим временима и како је расла потреба за сигурним правним прометом растао је и њихов значај у свим доменима.

⁵⁸³ ЦИ, бр. 32; ЦИ, 36; ЦИ, 68; ЦИ, 70; ЦИ, 86; ЦИ, 98; ЦИ, 103; ЦИ, 143; ЦИ, 172.

⁵⁸⁴ ЦИ, 73; ЦИ, 91; ЦИ, 111; ЦИ, 116.

⁵⁸⁵ ЦИ, 93; ЦИ, 108; ЦИ, 153; ЦИ, 157; ЦИ, 239: „Сија карта попа Николе от баштине Ника Белова под Инок, коју купи у продано име вијек и амин без поговора и метех од ње вас.“

⁵⁸⁶ ЦИ, 159; ЦИ, 160; ЦИ, 162- продавац из Будве-Ћеклићи, ЦИ, 163; ЦИ, 182; ЦИ, 190; ЦИ, 252.

⁵⁸⁷ ЦИ, 248.

⁵⁸⁸ ЦИ, 35; ЦИ, 36; ЦИ, 153: „И ја поп Никола бјех сједок и овој књизи писац и сједочим како више пише.“; ЦИ, 155; 157; 162 и друге.

⁵⁸⁹ В. Богишић, (2004б), 184.

⁵⁹⁰ В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Подгорица 1999, 133.

6.1.1.2. Извршење обавезе предаје ствари

Поводом извршавања ове обавезе у погледу покретних ствари у пракси нијесу наступале тешкоће. Самим чином предаје купац је стицао својину на индивидуално одређеној ствари, док се својина на *res fungibiles*, стицала након мјерења, ако није била продаја „одсјеком“.⁵⁹¹ Дакле, предаја покретних ствари имала је стварноправно дејство тако да је након уручења ствари купац постајао сопственик. Када је у питању пренос својине на непокретним стварима ситуација је била сложенија јер није било довољно да продавац доведе купца у непосредну везу са ствари фактичком предајом већ је био дужан да извриши још неке радње које чине саржину његове обавезе да ствар купцу преда у својину.

Сам садржај обавезе продавца да пренесе својину на купца судском потврдом био је различит у зависности од тога да ли је уговор већ био састављен у писменој форми. С обзиром да је повјерилац био дужан да пренесе на купца право својине на ствари, основано се може претпоставити да је он предавао писани уговор на потврду надлежном суду, иако о томе, по Законику нема изричите нормe. Чак више, у чл. 835 стоји да се потврђена исправа „враћа стечнику, ако уговорници нијесу што друго одредили,“ па би се могло закључити да је купац (стечник) подносио молбу за потврду уговора и уговор, који му се потврђен враћао. Како Законик ништа не прописује о томе, остављен је простор обичајима и вољи странака. Како се обично поступало у пракси може се видјети из сачуване грађе. Наиме, у највећем броју случајева продавац је обављао формалности потврде уговора,⁵⁹² мада је он некада купца изричито овлашћивао „да право влаштине стечено овим уговором укњижи и пренесе на своје име у књигама Општинске управе и Општинског Суда на Цетињу, и то без даљње његове приволе ни судјеловања.“⁵⁹³ Није била ни ријеткост да је купац подносио молбу за потврду уговора⁵⁹⁴ тако да се из наведених примјера може видјети да је воља странака у овом домену имала одлучујући значај.

⁵⁹¹ Општи имовински законик, чл. 839.

⁵⁹² ОСЦ, бр. 4453, IV-1932-737, 6. фебруар 1933 године, Цетиње; ОСЦ, бр. 336, IV-1919-197, 9. августа 1919 године, Подгорица;

⁵⁹³ СОЦ, III-1920-16, ф. 47, 7. октобра 1920 године, Цетиње.

⁵⁹⁴ ОСЦ, бр. 3802, ф. 78, IV-1919-1200, 15. јула 1919, Ријека.

Интересантно је да су странке у уговору наглашавале да ће се потврђивању уговора приступити „одмах,⁵⁹⁵ мада је од састављања уговора до његове потврде у неким случајевима пролазило и више мјесеци. Тако је било и са уговором у којем је стајало да ће се потврда извршити „одмах“, а из списка се види да је уговор састављен 10. јуна 1919. године, а да је 31. јануара 1920. године поднешен на потврду, када је био уписан у „купопродајне књиге“ суда. Затим, уговор склопљен 12. фебруара 1920. године, потврђен је 19. маја исте године и то под број 5 купопродајних књига, што значи да је у скоро пола године потврђено пет уговора, па се јасно види колико се често приступало судским потврдама.⁵⁹⁶ Дакле, рок у којем је повјерилац вршио своју обавезу преноса својине био је различит, и ријетко је временски одређиван у уговорима,⁵⁹⁷ мада је обично пролазило и више мјесеци од момента закључења до потврде уговора. Захтјеви којима купци траже потврду уговора су прилично ријетки, особито зато што је, како у судској пракси тако и код лаика,⁵⁹⁸ било присутно схватање да је продавац предајом ствари извршио све обавезе, тј. да је купац постао сопственик. Купац који је искоришћавао непокретност није водио рачуна о томе што је његова власт на ствари била физичка, а не и правна. Чинило му се довољним што продавац није могао повратити ствар, без обзира што је могао продати трећем и ту продају потврдити. Схватање о постојању својине на страни купца извучили су из постојања уговора, предаје ствари и чињенице да је продавац није могао тужбом захтијевати. Ипак, то што продавац није тужбом могао захтијевати повраћај била је последица обавезне снаге уговора, а не преноса својине на купца предајом, иако су у пракси последице биле исте, макар када су у питању били односи између уговорних страна.

⁵⁹⁵ СОЦ, бр. 54, III-1920-2, 31 јануара 1920.: „Овај уговор, који је по сагласју оба уговарача сачињен у два примјерка биће одмах потврђен код суда.“

⁵⁹⁶ СОЦ, бр. 355, ф. 47, III-1920-4, 19. маја 1920. године, Цетиње.

⁵⁹⁷ На крају једног уговора након детаљног описа ствари наведена је цијена од 8000 динара „с тим да се ови уговор судски потврди бише обје странке задовољне без поговора,“ ОСЦ, Купопродајни уговор састављен 9. фебруара 1930 у Кочанима помеђу Ђуричића Лазара као продавца и Бурића Крста као купца.

⁵⁹⁸ У уговорима су присутне клаузуле гдје се наглашава да објекат продаје „даном погодбе прелази у неограничено власништво купца,“ (ОСЦ, III-1920-2, бр. 54, 31. јануара 1920.г., Цетиње), или, као што стоји у другом уговору: „Ово продадох поменутој Рози од моје добре воље, што јој и предајем у њену влаштину,“ (ОСЦ, IV-1919-28). Тужени који је одбио исплату дијела цијене јер му тужилац није потврдио уговор наглашава да је предајом влаштина ствари на њега прешла „inter partes, никако није прешла erga omnes,“ (ОСЦ, IV-1932-737, број 4453, 6. фебруара 1933.г., Цетиње).

По правилима која су важила за извршење узајамних уговора било је јасно да је повјерилац могао ускратити потврду уговора ако купац није исплатио цијену, односно ако није био спреман да ту обавезу изврши. Као и супротно, купац је могао да одбије исплату цијене, односно њеног дијела у случају када је изостала потврда уговора! О томе говори и спор који је покренуо Лопичић Јован против Петричевић Јока ради исплате дијела цијене. Тужени је одбијао исплату преосталог дијела цијене јер продавац није извршио судску потврду уговора.⁵⁹⁹ Ипак, пошто је суд утврдио да је уговор поднешен на потврду чиме се видјело да је продавац отпочео са извршењем своје обавезе, суд је наредио туженом да исплати остатак цијене. У неким уговорима се чак изричито одређивало да ће се потврда извршити када купац плати цијену, тако један продавац наглашава у тужби коју је поднио против купца да је уговор с купцем склопио с погодбом „да ми новце плати на Видов- дан -15 јунија исте године и ја њему тада да издам Судом потврђени уговор.“⁶⁰⁰

Видљиво је да су након првог свјетског рата били присутни трагови обичајних правила везаних за продају непокретности. Економски значај непокретности, услед наглашеног општег сиромаштва, утицао је да у свијести обичног човјека, сељака, остану стара правила из периода у којем је преовладавала натурална привреда, ипак, судске власти су се чврсто држале Општег имовинског законика у којем су се, посебно у погледу промета непокретности, одражавали тржишни принципи. Без обзира што су странке у уговорима пренос својине везивале за различите моменте,⁶⁰¹ законодавац је био јасан и правила когентног карактера о преносу својине морала су се поштовати, и судови су у највећој мјери слиједили његову вољу.

⁵⁹⁹ ОСЦ, IV-1932-737, бр. 4453, 6. фебруара 1933.г., Цетиње.

⁶⁰⁰ ОСЦ, бр. 336, IV-1919-167, 9. августа 1919. године, Подгорица.

⁶⁰¹ У једном уговору се наглашава да „имање...даном погодбе прелази у неограничено власништво купца.“

(ОСЦ, бр. 54, III-1920-2, 31. јануара 1920 године, Цетиње). Док се у другом констатује да је купац исплатио већи дио цијене „3900 круна, а круна 400 обавезује се исплатити Радоману Црнојевићу (продавцу – Р. П.) на 9. маја ове 1918. године са чиме и прелази и властину на њега.“ (ОСЦ, бр. 327, III-86-918, 17. марта 1918 године, Љуботин).

6.1.1.3. Вријеме предаје ствари

Вријеме предаје ствари купцу странке су одређивале самим уговором, с тим што је постојала могућност да се тај рок одреди према природи посла.⁶⁰² Када је рок био одређен самим уговором тада је продавац долазио у доцњу са предајом његовим истеком јер је важило правило „*dies interpellat pro homine*.“ Ако рок није био одређен купац је стављао продавца у доцњу својом опоменом. Та опомена је била једнострана изјава која није морала да испуњава одређену форму јер је било довољно да дужник сазна да је повјерилац захтијевао од њега испуњење.⁶⁰³

Имовински законик је прихватио објективни концепт доцње: „Одвлака или доцња бива кад дужник не изврши т.ј. не намири, у одређено вријеме, оно што је дужан.“⁶⁰⁴

Свакако, присуство кривице дужника било је од утицаја на накнаду штете, док се није узимало у обзир приликом раскида уговора (чл. 545) или обрачунавања затезних камата (чл. 544)

Имовински законик је у члану 230 јасно нагласио да су поводом предаје ствари оба уговарача могла доћи у доцњу. Доцња са предајом ствари је могла бити на страни продавца, што „вриједи и за купца, кад је год он крив што му погођена ствар није у одређено вријеме предата.“

Доцња купца у погледу пријема ствари олакшавала је положај продавца што јасно изражава случај риболовца са Жабљака. Наиме, Фирма „Браћа Марић-Увоз - Извоз“ из Колашина тужила је риболовца Крцуна Татара из Жабљака ради исплате дуга од 2302 динара за робу коју је тужилац продао туженом. Тужени је приговорио овом тражењу истичући да је осим овог износа дуговао још 400 динара али да је продао Николи Јовићевићу 499 кг. рибе, „по 18 динара килограм, коју је био спремио за тужитеља, а овај му је непримио; да је ово,

⁶⁰² Општи имовински законик, чл. 524: „Ко се год уговором на што обавезе, треба да то и испуни, т.ј. да свој дуг савјесно и поштено намири, према ономе што је углављено и што врста посла собом доноси.“

⁶⁰³ Повјерилац је прије покретања парнице дужника обично више пута опомињао, усмено пред свједоцима да исплати дуг, ОСЦ, IV-1926-118, број 4087, 18. децембра 1926.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1924-104, број 624, 28. марта 1924.г., Цетиње.

⁶⁰⁴ Општи имовински законик, чл. 922.

продајом оштећен за 2994 динара, јер је рибу продао по 18 динара килограм, док је тужитељ био дужан платити му по 24 динара килограм; да према истакнутоме тужитељ дугује њему 292 динара...⁶⁰⁵ У поступку су доказани наводи туженог, на првом мјесту доказано је да је тужилац који је требао да купи рибу крив што му тужени о року није предао рибу, доказана је штета коју је претрпио тужени, а која је представљала разлику између цијене по којој је продао рибу и цијене која је била уговорена тако да је по основу члана 540 и члана 546 Имовинског законика одређено да се тужбени захтјев тужиоца одбије, с тим да му се наложи исплата 292 динара, колико је износила разлика између његовог потраживања и штете коју је његовом кривицом претрпио тужени продавац.

Уговор о куповини је био узајамни уговор и за њега је важило правило о истовременом испуњењу обавеза од стране уговарача. Ово правило је било опште правило за узајамне уговоре,⁶⁰⁶ али Законик није пропустио да нагласи његово дејство у погледу извршења предаје ствари од стране продавца. Наиме, продавац је могао да одбије захтјев купца којим је тражио предају ствари ако купац није исплатио, односно понудио исплату цијене,⁶⁰⁷ тај захтјев је одбијао приговором неиспуњеног уговора (*exceptio non adimpleti contractus*). Као што је већ истакнуто, Имовински законик је дејство правила о истовременом испуњењу обавеза проширио на све узајамне уговоре, није их везивао само за продају и промјену, као што су то учинили Аустријски и Српски грађански законик.⁶⁰⁸ Ипак, треба нагласити да ово правило није важило када се једна страна уговором обавезала да прва испуни своју обавезу, као што је то на примјер био продавац код куповине на почек. Али како би до краја спровео принцип узајамности испуњења и кад је уговорена продаја на почек „продавац може још задржати ствар, ако се, пошто је већ углављен уговор, дозна да купац очевидно није достојан вјеровања, или да је иначе озбиљне бојазни, хоће ли се моћи цијена наплатити без овећег ризика,

⁶⁰⁵ ОСЦ, IV-1925-153, број 1032, 22. децембра 1925.г., Цетиње, потврђена пресудом Великог суда број 152/IV-1926-32, 9. фебруара 1926.г., Подгорица.

⁶⁰⁶ Општи имовински законик, чл. 538: „У узајамним уговорима, кад једна страна од друге извршење иште, треба, да је и сама извршила оно што је обећала, или да је готова извршити. Иначе, друга страна може све дотле одгодити своје извршење, ако није друкчије углављено, или сама природа посла што друго не доноси.“

⁶⁰⁷ Општи имовински законик, чл. 224, ст. 1: „Докле год купац не намири цијену или не буде готов да је намири, продавац може да не преда ствар, осим ако је куповина на почек.“

⁶⁰⁸ В. Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb 1978, 501-502.

штете и тешкоћа.⁶⁰⁹ Овакво одлагање се постизало истицањем такозваног приговора несигурности,⁶¹⁰ који је требао да заштити продавца од купчеве инсолвентности. Продавац је одлагао предају ствари све док купац не би дао одређену гаранцију да ће уговор испунити.

Посебно је интересантна чињеница да се рок предаје сасвим изузетно одређивао уговором,⁶¹¹ што значи да је остављен широк простор примјени рјешења Законика која су садржала општа правила о времену испуњења. Чак и обичајна грађа има податке само о исплати цијене док се о предаји ствари не говори из чега се стиче утисак да је продавац извршавао предају непосредно по закључењу уговора и да је било природно да он први изврши своју престацију. Изгледа да је то схватање наставило да живи и касније, након доношења Законика јер, као што је напоменуто, скоро и да нема података о томе да је рок изричито уговоран, а сем тога нема ни спорова због тога што је изостала предаја ствари купцу.

Посебно је занимљив уговор склопљен 7. октобра 1920. године између продавца Јоша Ђ. Јововића и купца Стевана Јокова Шабана, о куповини куће „која се састоји од 14. одјељења, с авлијом и са двије камене тезе, а која се налази овђе у вароши Цетиње.“⁶¹² У првој тачки овог уговора стоји да „Јошо Ђ. Јововић овим уговором даје и продаје Стевану Јокову Шабану, који читује да прими и купује...“, док је тачки 6 одређено да „продавац ставља купца одмах у крепост овог уговора, у материјални и стварни посјед продане му куће...“⁶¹³

Посредни подаци о предаји налазе се у једној пресуди поводом признања права својине гдје јасно стоји да је „продавац примио куповну цијену и некретнине предао у физички посјед и уживање купцу.“⁶¹⁴ Јасно је да се предаја

⁶⁰⁹ Општи имовински законик, чл. 224, ст. 2.

⁶¹⁰ Ј. Радишић, 2008, 161.

⁶¹¹ „У години 1918 погодио сам са туженим моје пиће, домаћи производ, које пиће предавао сам туженом са погодбом да на Петров - дан 1918 године мјесеца јуна имам предати све пиће а овај мене новац. Ја сам своју обавезу испунио и пиће предао...“ ОСЦ, број 224, 14. септембар 1919.г., Цетиње.

⁶¹² СОЦ, бр. 1241, ф. 47, III-1920-16, 7. октобра 1920. године, Цетиње.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ ОСЦ, бр. 1438, IV-1919-168, 19. фебруара 1920. године, Цетиње.

купљених животиња обично вршила у моменту закључења уговора на самом пазару, односно на неком другом мјесту продаје,⁶¹⁵ дућанске робе у дућану „из руке у руку.“⁶¹⁶ Сходно томе, могло би се рећи да су тржишне прилике у Црној Гори између два свјетска рата биле такве да су приморавале продавце да пласирају робу прије исплате цијене јер је платежна способност грађана била на ниском нивоу. Чини се да им је лакше падало да предају робу и да чекају исплату цијене него да одустану од уговора. Да би након предаје робе обезбиједили наплату дуга уговарали су различите врсте обезбјеђења које су требале да утичу на дужнике да што прије реализују преузете обавезе. За оне који нијесу имали повјерења у купчеву солвентност па нијесу предали ствар, Законик је ставио на располагање приговор неиспуњења уговора и приговор несигурности.

6.1.1.4. Мјесто предаје ствари

Овај споредни састојак уговора о куповини није регулисан посебним правилима у оквиру раздјела посвећеног овом уговору. То одмах упућује на опште одредбе о испуњењу обавеза у склопу којих се налази и одредба о мјесту испуњења обавезе (чл. 539 Општег имовинског законика). Као и у погледу осталих споредних елемената, одлучујућа је воља странака тако да је мјесто испуњења оно које је њиховим споразумом фиксирано. Ако већ странке нијесу имале потребу да посебно уговоре ово мјесто оно се одређивало сходно уговору или самој природи посла. Тек ако се ни тим путем није могло одредити, примјењивало се законско правило по којем мјесто извршења: „бива у опште оно мјесто гдје је дужник пребивао кад је дуг настао,“ уз додатак да је у свим случајевима када је предмет обавезе била одређена ствар, предаја требала да услиједи „у ономе мјесту гдје се, знањем уговорилаца, налазила кад су уговарали.“ Дакле, Законик је садржао и опцију која је била повољнија за уговараче у свим случајевима гдје је могло доћи до промјене пребивалишта дужника.

⁶¹⁵ ОСЦ, бр. 1883, IV- 1924-72, ф. 195, 14. октобра 1924, Цетиње.

⁶¹⁶ ОСЦ, бр. 3140, ф. 474, IV-1933-122, 4. новембра 1933. године, Цетиње; ОСЦ, бр. 114, ф. 303, IV-1927-17, 9. априла 1927, Цетиње; ОСЦ, бр. 4789, ф. 362, IV-1929-634, 13. фебруара 1930. године, Цетиње. Док у образложењу једне пресуде стоји да „изјавама парничара утврђено је да је тужени поменуто у тужби брашно купио и исто примио 5. августа 1929 године,“ ОСЦ, бр. 1352, IV-1930-233, ф. 328, 22. маја 1930. године, Цетиње.

Без обзира што има истине у томе да је као мјесто испуњења „извјесније“⁶¹⁷ мјесто пребивалишта продавца у вријеме предаје, ово правило, допуњено мјестом гдје је ствар била позиционирана, одговарало је потребама промета с обзиром да је прихваћено и у модерном законодавству.⁶¹⁸ Одиста, имајући у виду повећану мобилност људи мјесто пребивалишта дужника у вријеме испуњења (предаје) изгледало би на први поглед цјелисходније, мада чини се да такво рјешење не би одговарало повјериоцима јер би они морали да воде рачуна о тим промјенама, што ипак не би одговарало њиховој позицији овлашћене стране.

6.1.1.5. Трошкови предаје ствари

На првом мјесту се може примијетити да је Законик у раздјелу о куповини садржао диспозитивно правило о трошковима предаје и мјерења ствари, док је његовој пажњи измакло посебно одређивање времена и мјеста предаје па је стога било потребно примијенити општа правила испуњења обавеза.

Законик је поставио правило да ако није другачије уговорено, трошкове превоза сноси купац,⁶¹⁹ из чега произилази да је Законик у недостатку уговорног регулисања, одредио мјесто пребивалишта продавца као мјесто извршења предаје.

6.1.2. Одговорност за физичке недостатке (мане) ствари

У принципу говорећи, одговорност продавца за физичке недостатке ствари наступала је након предаје ствари која није имала редовна или уобичајена својства. Наиме, купац је закључивао уговор о куповини одређене ствари имајући у виду њена редовна својства. Ипак, у свим случајевима када ствар уобичајеног квалитета није одговарала његовој вољи он је био дужан да то изрази у самом уговору јер се у супротном претпостављало да је купио ствар уобичајених својстава. За продавца који је предао ствар без потребних својстава наступале су законом одређене последице које су могле бити различите у зависности од тога да ли се на његово кршење уговора гледало као на неиспуњење или неуредно

⁶¹⁷ С. Перовић, 1976, 350.

⁶¹⁸ ЗОО, члан 471, В. В. Vizner, 1563-1565.

⁶¹⁹ Општи имовински законик, чл. 225, в. ОСЦ, бр. 4948, ф. 362, IV-1929-641, 10. фебруара 1930 године, Цетиње.

испуњење.⁶²⁰ Углавном, његова одговорност, позната као одговорност за физичке недостатке (мане) ствари, била је регулисана посебним правилима која су требала да успоставе нарушену имовинску равнотежу због предаје ствари која је имала физичке мане .

У вријеме књаза Данила парнице поводом квалитета ствари биле су учестале па је књаз ради тога одредио да „што се купи и прода на пазару добро је купио и продао,⁶²¹ с тим што је продавац дуговао заштиту купцу само ако је изричито било уговорено да ствар има или нема одређена својства.⁶²² Осим тога може се додати да су судска рјешења у поменутих споровима била неуједначена и након интервенције власти.⁶²³ Сходно томе, може се закључити да прије средине 19. вијека није постојао јасан систем одговорности продавца за недостатке ствари. Ипак, од тада долази до успостављања система уговорне одговорности по којем је продавац одговарао за евентуалне недостатке на ствари само када је гарантовао да ствар има одређена својства (*dicta et promissa*) док је у свим другим случајевима на купцу била обавеза да буде пажљив приликом куповине (*caveat emptor*)⁶²⁴ јер је сам сносио последице лоше куповине.

Доношењем Имовинског законика природа заштите од недостатака се промијенила јер је умјесто уговорног добила законски карактер, као што је у осталом било и приликом развоја ове одговорности у римском праву гдје су се у почетку морале закључивати посебне стипулације да би се касније ова одговорност претпостављала иако није уговорена.⁶²⁵ Ипак динамика развоја је у Црној Гори била специфична јер је релативно брзо након успостављања уговорног, Имовинским закоником уведен обавезни систем одговорности па је

⁶²⁰ В. Капор, 847-848.

⁶²¹ Валтазар Божић, (2004б), Додатак. Иначе, у овом додатку се пореде правила СГЗ и обичајна правила у Црној Гори, горе цитирани текст се односи на § 555 СГЗ о физичким недостацима ствари код теретних уговора, 218.

⁶²² В. Божић, (2004б), 189.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ В. Вулетић, „Развој и промене у примени начела *caveat emptor*: од римског до модерног грађанског права Европе и Сједињених Америчких Држава,“ Зборник радова са савјетовања Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац 2009, 11-40.

⁶²⁵ Д. Стојчевић, 232.

одговорност за физичке недостатке ствари била природни састојак уговора те је сходно томе постојала „ма да о томе и није нарочите погодбе било.“⁶²⁶

Правила о квалитету ствари заузимају значајно мјесто у Општем имовинском законуку. Овај Законик је на предају ствари без потребних својстава гледао као на неуредно извршење уговора као уосталом и сва права чији се систем одговорности поводом мана базирао на класичним темељима римског права. У овом Законику су скоро све норме о одговорности продавца за физичке и правне недостатке позициониране у посебном „подраздјелу“ у оквиру правила о куповини. По томе се Имовински законик разликује од других грађанских законика из овог периода који су иста правила третирали у општем дијелу облигационог права.⁶²⁷ С друге стране, Имовински законик се на тај начин приближио нашем модерном облигационом праву, које је ову материју претежно нормирало у склопу уговора о купопродаји,⁶²⁸ иако се неких правила дотакао у општем дијелу па се на такву технику гледало као на угрожавање економике законског текста.⁶²⁹ Овакав систем је у Имовинском законуку разумљив јер се у општем дијелу о вршењу уговора не говори о овом посебном дејству двостраних уговора.

6.1.2.1. Претпоставке одговорности за физичке недостатке

Имовински законик је прво одредио који су недостаци били повод за активирање продавчеве одговорности. Наиме, продавац је одговарао кад би ствар била гора „од онога што је уговорено, или од онога што се према врсти ствари и по себи разумије,⁶³⁰ у колико јој то знатно крњи вриједност у опште, или је крњи

⁶²⁶ Општи имовински законик, чл. 232.

⁶²⁷ Традицију тих законика и данас слиједе неки уџбеници облигационог права, па о одговорности продавца за мане говоре у општем дијелу облигација у вези са дејством узајамних уговора. В. С. Перовић, Ј. Радишић, 149-157; Б. Мораит, 213-219.

⁶²⁸ Додуше, мањи број одредби налази се у општем дијелу док је много већи број у оквиру правила која су нормирала уговор о купопродаји.

⁶²⁹ Б. Мораит, 213.

⁶³⁰ У ЗООЦГ, члан 487, ст.5, гдје се налази законска дефиниција материјалних недостатака поред осталих наводе да ако ствар нема својства која иначе постоје код других ствари исте врсте (упор. ОИЗ, чл. 232: „...или од онога што се према врсти ствари и по себи разумије...“). Неопходно је нагласити да је ова одредба у ЗООЦГ унешена ради допуне дефиниције материјалних недостатака из Директиве о потрошачким продајама Европске Уније (М. Повлакић, Одговорност за материјалне недостатке/ несаобразност робе у купопродајним уговорима у земљама југоисточне Европе у поређењу са рјешењима европског права, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу*, Књига II, Скопље 2012, 63). Дакле, крајем 19. вијека Богишић је уобличио правило које је у

за онај циљ ради којег је купљена, а тај циљ продавцу познат био.⁶³¹ Осим тога, сваки од ових недостатака је морао бити „затајен“ и „замашан.“ Дакле, недостаци су по природи морали бити скривени јер се у супротном претпостављало да је купац хтио да купи ствар са манама и да су мане узете у обзир приликом одређивања цијене.

Друга карактеристика тиче се значаја мана - оне су морале бити „замашније“. То значи да се ситне мане, оне које нијесу могле утицати на квалитет и употребу ствари, нијесу узимале у обзир. Одличну илустрацију о томе како се због видљивих мана није могла тражити заштита даје спор који је водио Вело Ников Љешњанин против Ника Станишина „истом“ Љешнанина. Вело је купио вола код Ника, вола је држао два мјесеца али га је вратио позивајући се на то да је во опучен и да има растојање између ребара. Продавац је порицао постојање мана и са купцем се упутио код љекара „да то види и учини физитацију.“⁶³² Љекар је издао увјерење о томе да во није опучен, али да има растојање међу ребрима које није опасно и које се може наћи код волова и брава. Кмет Поп Филип Вукчевић је пресудио: „Пошто је Вело вола држао за пуна 2 мјесеца и не пожалио се за ту ствар, премда је то растојање и при куповању могао лако виђети а по извјешћу докторском то растојање нема никакве опасности, по себи се разумије, да ће бити растојање природно, да Вело вола прими по погодби...“⁶³³

Дакле, продавац је по правилу одговарао за скривене, односно оне мане које купац није могао спазити, односно познавати.⁶³⁴ Стога се купац није смио

ЗООЦГ ушло из европског права, а не из ОИЗ-а, који је и тада садржао практична рјешења. Рјешења ОИЗ-а настала су по угледу на Швајцарски грађански законик, тако да је Црна Гора садржала модерна европска рјешења и прије Директива, само што су, на жалост та рјешења била дуго заборављена. Поука која би требала да се извуче из овог примјера је очигледна, не може се занемарити оно што је постигнуто у склопу нашег националног законодавства ранијих времена јер су ти домети били и тада високо оцијењени. Сем тога, овај случај би требао да укаже на значај националне историје права у којој ОИЗ заузима врло значајно мјесто, чак више, њиме и почиње модерна историја имовинског права Црне Горе.

⁶³¹ Општи имовински законик, чл. 232.

⁶³² КАЉ, IV-1896-68, Љеш. Нахија, 13. децембра 1896.г.

⁶³³ КАЉ, IV-1896-68, Љеш. Нахија, 13. децембра 1896.г. На пресуду се тужени жалио окружном суду али је тај суд пресуду потврдио у погледу главне ствари док је измијенио у погледу трошкова и путнина, Ка броју 68. Ријека 14/12 1896. год.

⁶³⁴ Мецеле у правилима гдје се дефинишу својстава предмета продаје у параграфу 200 наглашавају: „Купац мора познавати предмет продаје.“ Ова купчева обавеза доследно изражава

понашати немарно поводом прегледа ствари јер је сносио последице такве непажње што се види из спора вођеног 1933. године. Наиме, Вуковић Павле, тежак из Дечана тужио је Касом Петра, дјеловођу општине Околине Цетињске ради исплате цијене за грм јасике који му је продао 5. марта 1932. године. Приликом склапања споразума продавац је нагласио да у грму има шест комада погодних за грађу куће док за осталих 15 из грма ништа не гарантује. Нагласио је туженом да добро погледа грм прије куповине. Након спороведених доказа суд је нашао „да је тужени купио грм јасика у тужитеља не условљавајући ову куповицу бројем комада јасика употребљивих за грађу куће, ... што је тужени закључио погодбу без претходног прегледа купљеног грма, што му је тужитељ предлагао,⁶³⁵ па је из наведених разлога удовољио тужиочевом захтјеву и наложио туженом да исплати „из основа купопродаје износ од 900 динара,⁶³⁶ цијену за цјелокупни грм.

Дакле, купац је био дужан да прегледа ствар како би се могао позвати на мане, није било „довољно да се ствар само осмотри.“⁶³⁷ Ипак, продавац је одговарао за мане које су купцу биле видљиве, када је купца увјерио да тих недостатака нема. Ова изузетна одговорност за видљиве мане оправдана је јер је купац поклатио повјерење продавчевим ријечима, а повјерење је у промету нужно заштитити, а несавјесност продавца казнити. Финално, продавац је одговарао за недостатке које је „навлаш“ сакрио чак и кад је његова одговорност била уговором искључена.⁶³⁸

Као мане ствари третирали су физички недостаци, док се недостатак у количини посматрао као неиспуњење уговора, па је купац подносио тужбу за накнаду штете због неизвршења уговора. О томе дају податке два истоверсна спора, један из 1927. године,⁶³⁹ а други из 1931. године.⁶⁴⁰ Предмет спора је неизвршење уговора о куповини дрва, наиме, и један и други тужилац су платили

како се морао понашати поводом куповине, Мецеле, Глава I, О условима и својствима предмета купопродаје, § 200.

⁶³⁵ ОСЦ, IV-1932-740, број 4464, 2. фебруара 1933.г., Цетиње.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ В. Капор, 846.

⁶³⁸ Општи имовински законик, чл. 233, ст. 2: „Ако пак продавац, при уговарању, недостатке навлаш сакрије, одговараће баш и онда кад би самим уговором ослобођен био такве одговорности.“

⁶³⁹ ОСЦ, IV-1927-53, бр. 239, ф. 303, 17. јуна 1927, Цетиње.

⁶⁴⁰ ОСЦ, IV-1930-509, 24. јануара 1931, Цетиње.

продавцима за одређену количину дрва, док ни један ни други продавац није испоручио уговорену, него мању количину. Пресудама су уважени захтјеви купаца као тужилачке стране, па су тужени продавци обавезани да накнаде штету због неизвршења уговора. Није евидентиран ни један случај да је продавац испоручио купцу другу умјесто уговорене ствари (*aliud*). С обзиром да ни данас⁶⁴¹ не постоји јасан став по питању *aliud* – а, основано је тврдити да се и тај вид недостатака у испуњењу посматрао као неизвршење уговора.

Да би због постојања мана настала одговорност продавца било је потребно да се испуне још неке претпоставке које се тичу купчевог понашања, као и времена постојања мана.

О питању да ли је одговоран продавац који није знао за недостатке расправљало се и у току рада Одбора за усвајање Законика. Члановима Одбора се чинило да је неправично да одговара продавац који није знао за мане, тим прије што се та одговорност у обичајној пракси није активирала ако је продавац био савјестан.⁶⁴² Ово правило на које су се позивали чланови Одбора није било опште важеће већ је примјењивано у Херцеговини.⁶⁴³ У одговору за Црну Гору каже се: „Ако каква ствар има какву невидљиву ману, као коњ, говече, брав, досада суд је враћао кад о тој мани продавац купцу није казао.“⁶⁴⁴ Дакле, из овог одговора се може закључити да се није узимала у обзир продавчева савјестност него просто чињеница да ли је он саопштио купцу да мане постоје. Онај који за мане „није казао“ могао је да зна за њихово постојање и да их прећути (био је несавјестан), као и што је било могуће да за њих ни сам није знао па стога није могао ни казати

⁶⁴¹ В. М. Повлакић, 63; Д. Вуксановић, В. Кораћ, Одговорност за материјалне недостатке, национални извјештај за Црну Гору, *Форум за грађанско право за југоисточну европу*, Избор радова и анализа, Друга регионална конференција, Скопје 2012, Књига 2, 355.

⁶⁴² Записници сједница Одбора на Његушима и у Цетињу 1881-1882, II сједница 15 децембра, 109. Иако се члановима одбора чинило да је неправично да продавац одговара за мане за које није знао, у римском праву је постојање такве одговорности на страни продавца било правично, D. 21.1.1.2(ULPIANUS libro primo ad edictum aedilium curulium): „...Stoga prodavac treba da odgovara kupcu, makar on ne znao ono za šta edili zahtevaju da se odgovara. To nije nepravično, jer je prodavac mogao to znati: prema tome, za kupca koji je prevaren svejedno je da li je do toga došlo zbog neznanja ili lukavosti prodavca.“

⁶⁴³ В. Божишић, (2004б), одговор на 15. питање из Одсјека Обавезе, који се односи на Херцеговину, 185: „Ако је живинче купљено те се последице нашле каква мана, тада продавац, ако је знао за ту ману, враћа, а узимље продану ствар назад, а ако није знао, тад се закуне да није знао и уговор је тврд, те штетује купац.“

⁶⁴⁴ *Ibid*, одговор који се односи на Црну Гору, 184.

да постоје (био је савјестан). Када је одлуком власти наређено да свако пази шта купује, продавац је одговарао само када се изричито на то обавезао. Чини се да је суштина у томе да за мане не би гарантовао онај ко је знао да постоје. Без обзира на то, продавац који је обећао заштиту од мана био је дужан да је пружи онако како је уговорено.

Углавном, стиче се утисак да законском систему одговорности није приличила могућност позивања на незнање јер као што се од купца очекивало да прегледом упозна ствар, тим прије се од продавца очекивало да познаје ствар коју продаје и која је најчешће била његова. Законик није садржао изричито правило о утицају продавчеве савјесности на одговорност за недостатке. Ако се пође од тога да је он слиједио рјешења швајцарског права у погледу одговорности за физичке мане које је у погледу постојања одговорности изједначило савјесног и несавјесног продавца,⁶⁴⁵ као и да није евидентиран ни један случај гдје се продавац позивао на то да није знао за мане, онда би се могло рећи да је одговорност продавца била објективна с тим што је висина накнаде евентуалне штете била различита јер је несавјесни продавац био дужан да купцу надокнади потпуну штету, док савјесни није.

Поред тога, потребно је нагласити да се одговорност за мане није могла везивати за оне квалификације предмета куповине које су биле опште природе, у смислу похвала које су обично упућивали продавци да би привукли купце.⁶⁴⁶ О томе постоји изричито правило у Законику које се односи на превару, али које је суштински везано и за мане ствари: „Не узимље се да је превара, кад онај који ствар нуди, у опште је хвали, па било и преко мјере, ако се у саобраћају на такве преувеличене хвале много не пази.“⁶⁴⁷

Последње правило из подраздјела о манама најављује доношење посебног закона о одговорности за недостатке „у проданој животињи: брављој, говеђој и

⁶⁴⁵ Швајцарски законик о облигацијама (чл. 197) изричито одређује да преносилац одговара за ману без обзира да ли је за њу знао или не.

⁶⁴⁶ В. Богишић, (2004б), 218: „Во који има 19 година продаш за 9 год.“-Во богме има 19 год., али не знам кад.“ Док се из Грађе види да су се волу лако могле године познати по роговима, В. Богишић, (2004а), 428, што значи да је купац и на то морао да обрати пажњу јер се умањивање година могло гледати као хвалисање кад су постојали јасни знаци по којима се та чињеница могла провјерити.

⁶⁴⁷ Општи имовински законик, чл. 519, ст. 2.

коњској.⁶⁴⁸ Ипак, доношење тога закона је изостало па су за продају животиња важила општа правила Имовинског законика. Ипак, имајући у виду да је приликом куповине стоке било могућности за постојање латентних мана, најсигурнија варијанта за купце је била закључење куповине на пробу. Купци су се на тај начин ослобађали обавезе да пажљиво прегледају ствар и да благовремено приговоре евентуалним манама, они су једноставно ствар која није издржала пробу враћали продавцу.

6.1.2.2.Обавјештење

Да би купац могао да користи заштиту од мана било је неопходно да обавјести продавца о њиховом постојању. Тако је купац био дужан да продавцу о манама „одмах јави чим их открије.“⁶⁴⁹ Јасно је да је то обавјештење морало садржати опис уочених мана. Иначе, купац који је пропустио да продавцу благовремено и на сигуран начин истакне приговор поводом мана, није могао да оствари права која су му припадала по том основу. Претпостављало се да је примио ствар без поговора и да она нема мане. Ипак и купац који није на правилан начин ставио рекламације није губио право на заштиту ако се продавац служио преваром.⁶⁵⁰ Тако је продавчева превара позитивно утицала на купчев положај јер му је дала могућност да реализује заштиту мимо општих правила о стављању рекламација.

Ово обавјештење није било довољно када је у питању била куповина на даљину. За њу су важила посебна правила у сегменту стављања рекламација која су била условљена самом природом ове продаје. Наиме, када је ствар која је купцу била послата из другог мјеста имала недостатке за које је продавац одговарао, купац је био дужан да на првом мјесту стање ствари „приличним начином опсвједочи,“ а никако није био овлашћен да је врати без одговарајуће потврде њеног стања.⁶⁵¹ Дакле, није било довољно да само стави рекламацију већ је био дужан да на сигуран начин утврди стање ствари приликом преузимања, односно уочавања мана. На тај начин штитио је не само своје већ и продавчеве интересе.

⁶⁴⁸ Општи имовински законик, чл. 242.

⁶⁴⁹ Општи имовински законик, чл. 234, ст. 2.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Општи имовински законик, чл. 235.

Пошто је Законик изричито нагласио да купац није смио да врати ствар без сигурне потврде о њеном стању, то значи да је услед супротног понашања губио права гаранције за физичке недостатке.

Особите дужности законодавац је одредио купцу када је уговор имао за предмет ствари које су се лако могле покварити. Узор који је законописац имао у виду приликом формулисања правила члана 235, као и члана 236, је Швајцарски законик о облигацијама,⁶⁵² који се определијелио за јединствено регулисање грађанских и трговачких уговора, с том разликом што су у Швајцарском законуку о облигацијама ова два правила била обухваћена једном нормом (чл. 204).

Продавац је одговарао за оне мане које се „нађу у ствари.“ То значи да је од посебног значаја била чињеница да су мане већ постојале када је купац преузео ствар у државину. С правног аспекта посматрано, продавац је одговарао за мане које су настале до момента преласка ризика на купца. Као што се могло видјети, ризик на покретним стварима прелазио је предајом, а кад су у питању биле непокретности мјеродаван је био моменат судске потврде, односно моменат прибављања државине. Иначе, од тренутка предаје, односно потврде, рачунало се вријеме застарелости за права поводом гаранција за недостатке.

У спору из 1919. године Перо Калуђеровић с Цетиња је тужио, ради раскида уговора о купопродаји, Милоша Пејовића из Кокота због тога што купљена крава није имала уговорена својства. Наиме, тужени је гарантовао да крава даје 5 литара млијека дневно, међутим она је код тужитеља давала 2 ½ - 3 литра млијека. Пресудом је усвојен тужбени захтјев, између осталог и с позивом

⁶⁵² Швајцарски законик о облигацијама, чл. 204 (Уговор о куповини и продаји са испоруком у другом мјесту): „Купац који тврди да ствар која је послата из другог мјеста има недостатак, дужан је, осим ако продавац нема представника на лицу мјеста, да преузме привремене мере за обезбеђење чувања ствари; он је не може вратити продавцу без обављања осталих формалности. Купац је дужан да утврди тачно и без закашњења стање ствари уз обавезу да докаже да су наведени недостаци постојали још у време њеног пријема. Ако постоји опасност да се ствар брзо поквари купац има право, а када интерес продавца то захтијева чак и дужност, да је прода уз судјеловање надлежног органа мјеста у коме се ствар налази; у сваком случају он је дужан да о томе обавијести продавца што је могуће пре, под претњом обавезе на накнаду штете.“ Из ове одредбе се види како је Богишић вјешто прилагођавао правила из изворника црногорским приликама, наиме у Швајцарској је био разгранат систем локалне власти док је у Црној Гори било крајева који нијесу били покривени мрежом локалних органа па су се зато предвиђене формалности алтернативно могле вршити „савјетом двају поштених људи који у томе интереса немају.“ (чл. 236 ОИЗ-а)

на чл. 232 који дефинише мане, тако да се у њој наглашава да „недавање уговорене количине млијека крави знатно ремети вриједност, јер је циљ куповице био давање 5 литара млијека дневно, што је и продавцу било познато.“⁶⁵³ Овај случај на напотпунији начин илустује примјену чл. 232, мада његова правила се слиједе и у осталим споровима који су имали различите предмете. Тако је један купац одбијао да исплати цијену јер је купио покварено кукурузно брашно,⁶⁵⁴ док је други био незадовољан купљеним шпоретом,⁶⁵⁵ а трећи је тврдио да је бачва коју је купио „без вриједности и неупотребљива.“⁶⁵⁶ Ови примјери су наведени ради илустрације које су све мане биле повод за активирање продавчеве обавезе заштите, док ће бити посебно анализирани на одговарајућим мјестима.

Овај разматрани случај даје податке и о примјени чл. 234, ст.2. Како је у поступку утврђено, приликом закључења уговора било је продавчеве преваре јер је тврдио да је крава код њега давала 5 литара млијека дневно, а на расправи је признао „да је исту краву купио био на пазару мјесец прије продаје Калуђеровићу и да је никад није музао.“ Па је суд одлучио: „И ако купац није повратио купљену краву у уговореном року од 20 дана ипак, одговорност продавчева, сагласно чл. 234. Оп. Имов. Зак. не престаје, будући да је при продаји било продавчеве преваре.“

6.1.2.3. Садржина обавезе заштите

Купац је имао одређена права у присуству недостатака за које је одговарао продавац. Вршење тих права требало је да доведе до успостављања имовинске равнотеже која је била нарушена услед тога што је продавац предао ствар с недостатком, или када то није било оствариво, до повраћаја у предуговорно стање. Имајући у виду ранија правила, када је постојала одговорност продавца за мане, ствар се враћала, дакле долазило је до раскида уговора. Сасвим је извјесно да је било могуће остварити умањење цијене када купац није могао да врати ствар.

⁶⁵³ ОСЦ, IV-1919-128, бр. 1022, ф. 81, 24. октобра 1919, Цетиње.

⁶⁵⁴ ОСЦ, IV-1930-233, бр. 1352, ф. 328, 22. маја 1930, Цетиње.

⁶⁵⁵ ОСЦ, IV-1931-139, бр. 1036, 20. маја 1931, Цетиње.

⁶⁵⁶ ОСЦ, IV-1931-197, бр. 1330, ф. 412, 22. априла 1931, Цетиње.

Начин остварења заштите купца од физичких недостатака ствари одредио је Општи имовински законик у члановима 237 - 242.

По члану 237, ст. 1, купац је могао „искати“ раскид уговора или сразмјерно смањење цијене. То су два права која су купци остваривали и у римском праву, и која су присутна у свим правним системима која су одговорност продавца поставила на римским основама.⁶⁵⁷ Разлике су постојале у погледу могућности избора начина остварења заштите од правно релевантних недостатака. Потпуна слобода купаца, сагласно римској традицији, постојала је у француском и њемачком праву, док је систем ограниченог избора у погледу начина остварења купчевих права постојао у аустријском и швајцарском праву.⁶⁵⁸

Сходно првом ставу члана 237: „Кад год ствар има недостатака за које продавац одговара, купац може искати: или да поруши⁶⁵⁹ уговор, или да му се врати од цијене онолико колико ради недостатка ствар мање ваља.“ У другом ставу истог члана се наставља: „Ако су ствари суврсте, купац може тражити да му продавац даде онолико исто других једноврсних ствари којима забаве нема. И сам продавац, ако жели уздржати уговор у снази, може суврсте ствари замијенити другима једнаке руке којима приговора нема; ипак он треба да то учини одмах без оклијевања.“

Дакле, купац је могао користити редхибиторну тужбу (*actio redhibitoria*) или је могао тражити умањење цијене (*actio quanti minoris*). Посебан положај имале су уговорне стране када је предмет куповине био одређен по врсти јер је и купац, као и продавац, могао да инсистира на испуњењу уговора путем предаје

⁶⁵⁷ Више о томе: В. Вулетић, „Реактивна заштита купца у римском праву,“ *Правни живот*, Број 11/2007, 793-813.

⁶⁵⁸ С. Перовић, 1978, 256-260.

⁶⁵⁹ Може се примијетити да је Законик дао купцу ствари с недостатком право да захтијева поништење уговора, а не право да одступи или одустане од уговора, т.ј. да раскине уговор. Исто се тако говори и о поништењу уговора услед постојања правних недостатака (чл. 248-249). Међутим, код најма ствари које су имале физички недостатак говори се о одустанку од уговора (чл. 272). Због тога се може закључити да је у питању терминолошка недоследност, а не нека суштинска разлика јер је одговорност за недостатке била исте природе код свих теретних уговора. Иако се квалитативно разликовао престанак уговора раскидом од престанка поништењем, чињеница је да је главна последица иста-повраћај у пређашње стање. Због тога се можда није инсистирало на разликовању ове двије установе, што није било својствено само Богишићу. Тако Ж. Перић говори о поништењу уговора услед неизвршења (в. С. Перовић, 287), или се некада говори о поништењу, а некада о раскиду уговора због прекомјерног оштећења (*Ibid.*), тако да Љ., Милошевић говори о поништају (раскиду) уговора због прекомјерног оштећења, Љ. Милошевић, 140.

истоврсних ствари без мане. То је било посебно овлашћење купца ствари с недостатком, док је повјериочево право постојало сходно општим правилима када је дужнику било потребно оставити накнадни рок ради испуњења обавезе. Ипак, он је морао испуњење да понуди „одмах, без оклијевања,“ дакле непосредно пошто му је купац јавио о постојању мане или пошто је тражио раскид уговора. Оваквим испуњењем продавац је искључио даље купчеве приговоре сходно томе што је купац добио оно што је уговорено. Због тога је јасно схватање по којем се купчево одбијање да прими ствари без мане исте врсте, третирао као сагласност на узимање ствари са маном. То схватање јасно одражава одлука из 1931. године: „Суд налази да кад је тужена ... одбила понуду тужитељеву да јој направи други шпорет за 3000 динара, и задржала спорни шпорет да је она самим тим пристала да плати куповну цијену спорног шпорета без обзира да ли шпорет испуњава услове погодбе или не.“⁶⁶⁰

Дакле, законодавац је имао у виду овај један начин испуњења када су у питању биле генеричне ствари док није изричито предвидио могућност испуњења код индивидуално одређених ствари које се могло остварити путем отклањања мана.

Када су у питању друга два купчева права, иако је међу њима начелно могао да бира, опција раскида није била детерминисана само купчевом вољом. Наиме, ако се купац определио за раскид уговора, суд је у току поступка могао да одбије његов захтјев и да одреди сразмјерно снижење цијене када се према околностима показало да је раскидање „било очевидно претешко“ за продавца.⁶⁶¹ Овакво рјешење познаје и Швајцарски законик о облигацијама па по чл. 205 „ако је купац поднео тужбу за поништај, судија може само да снизи цену, ако налази да, према околностима, раскид није оправдан“.⁶⁶²

Оваквим регулисањем посредно је ограничена купчева слобода избора овлашћења у оквиру заштите од физичких недостатака. Иако је очигледна суштинска подударност рјешења нашег Законика и Швајцарског законика о облигацијама, има разлике. Према првом суд није изрицао раскид када је то било

⁶⁶⁰ ОСЦ, IV-1931-139, број 1036, 20. маја 1931.г., Цетиње.

⁶⁶¹ Општи имовински законик, чл. 238.

⁶⁶² С. Перовић, 1976, 238.

отежано за продавца (чл. 238), а по другом када је то било отежано због околности конкретног случаја (чл. 205). Дакле, одлучујући о раскиду суд се руководио интересима продавца јер је раскид дозвољавао кад то није било тешко продавцу док је швајцарско рјешење имало у виду интересе и једне и друге стране. То је сегмент швајцарског правила који је на страни правичности јер није вођен интересима једне стране, независно од тога да ли је био купац или продавац.

Најпотпунију слику о реализацији раскида даје већ цитирани спор поводом продаје краве која није давала уговорену количину млијека. У тужбеном захтјеву купац је захтијевао раскид уговора, накнаду штете и парничне трошкове. Суд је донио пресуду у његову корист и то следеће садржине: „I) Поништава се купопродаја краве склопљена између тужитеља и туженог почетком марта мјесеца т. г. с тим да тужитељ поврати туженом краву с телетом, а овај њему кр. 2.200, по ондашњем курсу (2,50:1). II) Доходци од краве пребијају се за њену исхрану и већинак (интерес) на плаћену цијену.“⁶⁶³ Суд је образложио тачку II пресуде следећим ријечима: „Суд налази, да и најслабија крава за првих шест-седам мјесеци послје тељења даје прихода онолико колико се потроши за њену исхрану и колико би изнио законити интерес на плаћену цијену, те у конкретном случају и примјењује одредбу чл. 239. Оп. Им. Зак., јер би купац тек од сад могао бити у дефициту кад би исту краву држао, а до сад није могао од ње имати стварне штете.“⁶⁶⁴ Из наведеног се намеће закључак да је суд доследно примијено чл. 237 ОИЗ-а у првом дијелу пресуде, иако се изричито није позвао на тај члан, док се у другој тачки изричито позива на чл. 239 и јасно образлаже његову примјену с обзиром на природу предмета купопродаје. Уз примјену чл. 239, овај случај свједочи о доследној примјени односних правила Законика поводом купчевог права да захтјева раскид уговора.

Осим овог примјера гдје је раскид уговора остварен судским путем, што је било у сагласности са чланом 237 гдје јасно стоји да је купац могао „искати“ да се поруши уговор. Из тога јасно произлази да је било потребно судским путем тражити раскид уговора због мана, односно неуредног извршења. Да ли је имао

⁶⁶³ ОСЦ, IV-1919-128, бр. 1022, ф. 81, 24. октобра 1919. године, Цетиње.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

ефекта раскид који је учињен због физичких недостатака, али без посредства суда? Одговор даје следећи случај.

Трговина Јова Лисичића, филијала на Цетињу, тужила је преко генералног пуномоћника Филиповић Илију „због дуга из основа уговора о куповици дин. 1800.“⁶⁶⁵ Тужени је, као висок човјек, закључио са тужиоцем уговор о куповини штофа ширине 3,20 цм ради израде одијела. Међутим, тужилац није набавио штоф уговорене ширине већ је кројачу дао да саше одијело од исјечака других штофова. Како је одијело било од исјечака то је тужени одбио да га прими са ријечима: „Нећу их па нека их газда носи.“⁶⁶⁶ Дакле, било је спорно да ли је одијело направљено сходно уговору, као и да ли је тужени раскинуо уговор по Законику или својевласно. Суд је нашао да „направљено одијело не испуњава услове пристојног одијела, јер неких 7-8 уметака на панталонама кваре им изглед, то налази да због оваквих битних мана могао је тужени не примити одијело.“⁶⁶⁷ Даље у образложењу стоји: „Што се тиче самог поступка туженог што није хтио узети одијело суд налази да с обзиром на битне мане одијела могао је то урадити аналогно чл. 235 О. И. З. и без процедуре коју му пружају прописи О. И. З. ради порушења уговора. Ни приговор тужитељице да би за недостатке одијела одговарао кројач, не стоји, када је количина штофа дата тако од стране тужитељице, док кројач није могао направити другчије одијело него са исјечцима поготову кад се тужитељица обавезала да туженом преда уредно одијело.“⁶⁶⁸

У првом дијелу пресуде наглашава се да су мане на панталонама биле „битне“ и да је због тога купац могао раскинуту уговор. Имовински законик није правио разлику између битних и небитних мана директно, таква разлика налазила се у Аустријском грађанском закону јер је купац могао раскинути уговор само због битних мана.⁶⁶⁹ То можда указује на утицај правила Аустријског законика што би значило да је било елемената спонтаног уједначавања правног система у Краљевини Југославији. Могло би се рећи да овај случај суштински подсећа на рјешење босанског суда о раскиду уговора због неизвршења које је било базирано

⁶⁶⁵ ОСЦ, IV-1932-35, број 333, 8. априла 1932.г., Цетиње.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ Аустријски грађански законик, § 932, коментар А. Рушнов, 381.

на правилима која нијесу важила на подручју Босне. Начин поступања овог босанског суда М. Константиновић је истакао као примјер који би требали да слиједи судови ради замјене партикуларних правила јединственим правним правилима,⁶⁷⁰ а како слиједи из нашег примјера, таквих поступака било је и раније. Особито треба имати у виду да су се црногорски правници школовали на страни до осамдесетих година 20. вијека,⁶⁷¹ што је био један од путева којим је могло доћи до различитих утицаја на праксу.

У разматраној пресуди Окружног суда је наглашено да се раскид уговора од стране купца не може сматрати као самовољан иако није поштована процедура Општег имовинског законика о једностраном раскиду уговора. Дакле, у овом сегменту се може примијетити општи проблем неуједначеног система одговорности за неуредно извршење и за неизвршење уговора. Ипак, суд је признао дејство раскиду због постојања битних мана који није био извршен судским путем и без обзира што дужнику није био остављен накнадни рок за испуњење, што је било потребно по општим правилима о једностраном раскиду због неизвршења (чл. 548.).

Интересантно је што се суд позвао на аналогију са рјешењем члана 235 по којем се наглашава да купац није смио да врати ствар продавцу без утврђивања њеног стања. Суд је, сходно томе, прихватио да је стање утврђено пред кројачем тужитељице, као и пред свједоцима који су били присутни. Мада, потребно је нагласити да је овај члан 235 регулисао случајеве када је купцу ствар послата из другог мјеста, што није била препрека да се примијени на уобичајену куповину ствари. Чини се да се у овом сегменту налази разлог због којег је био пожељан судски раскид уговора због постојања мана. Наиме, то је био начин да суд процјени саме мане, да ли су значајно утицале на употребу ствари или нијесу, што је посредно штитило продавца у свим оним случајевима када је купац захтијевао раскид због мана које нијесу значајно утицале на могућност коришћења ствари.

⁶⁷⁰ М. Константиновић, Стара „правна правила“ и јединство права, “ *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/82, 54. И поред правног правила које важи на његовом подручју, да се уговор не може раскинути због неизвршења, Врховни суд НР Босне и Херцеговине сматра да треба дозволити раскид уговора због неизвршења, како то дозвољава правно правило других неких подручја.“

⁶⁷¹ *Монографија Правног факултета у Подгорици*, Подгорица 2008, 11.

Углавном, Законик је предвидио судско остварење раскида уговора због физичких недостатака на ствари док је у пракси иста дејства могао произвести и вансудски раскид у случају ако се показало да је мана била битна јер је у том случају положај купца био исти као и када је испуњење продавчеве обавезе у потпуности изостало.

Независно од тога да ли је уговор био раскинут или је остао на снази уз сразмјерно снижење цијене, купац је имао право на накнаду свих трошкова и штете до којих је дошло услед тога што уговор није извршен како треба.⁶⁷² С обзиром на општа правила о уговорној одговорности, несавјесни продавац је био дужан да надокнади потпуну штету (чл. 541, ст. 1), а савјесни само стварну (просту) штету (чл. 541, ст. 2).

Када је дошло до раскида уговора, купац је био дужан да врати ствар са свим припатцима, а продавац цијену са каматом, мада је суд могао одредити да се изврши пребијање плодова ствари и камате на цијену.⁶⁷³

Купац се основано могао позвати на недостатке ствари само у оквиру законом одређеног рока. Члан 241 одређује да „свако потраживање због недостатака проданих ствари застарује: за ствари непокретне након једне године од дана судске потврде, а за покретне послџе три мјесеца од дана ког је ствар предана, ако дужи или краћи рок није изречно уговорен био. Али ако ли је у послу било какве продавчеве преваре, застара ће се бројити тек од оног дана када се превара открије.“

Најпотпунију слику о реализацији раскида даје већ цитирани спор поводом продаје краве која није давала уговорену количину млијека. У тужбеном захтјеву купац је захтијевао раскид уговора, накнаду штете и парничне трошкове. Суд је донио пресуду у његову корист и то следеће садржине: „I) Поништава се купопродаја краве склопљена између тужитеља и туженог почетком марта мјесеца т. г. с тим да тужитељ поврати туженом краву с телетом, а овај њему кр. 2.200, по ондашњем курсу (2,50:1). II) Доходци од краве пребијају се за њену исхрану и

⁶⁷² Општи имовински законик, чл. 240.

⁶⁷³ Општи имовински законик, чл. 239.

већинак (интерес) на плаћену цијену.⁶⁷⁴ Суд је образложио тачку II пресуде следећим ријечима: „Суд налази, да и најслабија крава за првих шест-седам мјесеци послје тељења даје прихода онолико колико се потроши за њену исхрану и колико би изнио законити интерес на плаћену цијену, те у конкретном случају и примјењује одредбу чл. 239. Оп. Им. Зак., јер би купац тек од сад могао бити у дефициту кад би исту краву држао, а до сад није могао од ње имати стварне штете.“⁶⁷⁵ Из наведеног се намеће закључак да је суд доследно примијено чл. 237 ОИЗ-а у првом дијелу пресуде, иако се изручито није позвао на тај члан, док се у другој тачки изричито позива на чл. 239 и јасно образлаже његову примјену с обзиром на природу предмета купопродаје. Уз примјену чл. 239, овај случај свједочи о доследној примјени односних правила Законика поводом купчевог права да захтјева раскид уговора.

Међутим, када је у питању реализација права на умањење цијене пракса даје другачију слику. Стиче се утисак да странке нијесу активно тражиле заштиту преко суда већ су у присуству недостатака ствари одбијале да плате дио или читаву цијену, што се може видјети из следећих примјера. Интересантан је спор који је покренула Трговина мјешовите робе Стевана Петрановића, трговца с Цетиња против купца Филипа Перишића, трговца из Цетиња. Наиме, тужени није исплатио цијену за купљено кукурузно брашно па је тужилац исплату тражио судским путем. У току поступка „тужени је признао наводе тужитељице истичући, да дуг није подмирио због тога што је пом. брашно било искварено. У доказ својих тврдњи предложио је преслушање двојице свједока којима је тужени пом. брашно препродао, а који га свједоци због тога што је брашно било искварено нијесу подмирили. Пристао је да за брашно исплати половину цијене.“⁶⁷⁶ Међутим, како је тужени брашно купио 5. августа 1929. године, он, као купац покретне ствари „према чл. 241. О.И.З., ако је исто било искварено, имао је накнаду тражити у року од три мјесеца од дана пријема поменутог брашна. Према томе послесњи рок да накнаду тражи протекао му је 5. новембра 1929. године. Значи право да тражи накнаду за то што је, како он то тврди, брашно било

⁶⁷⁴ ОСЦ, IV-1919-128, бр. 1022, ф. 81, 24. октобра 1919. године, Цетиње.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ ОСЦ, IV-1930-233, бр. 1352, ф. 328, 22. маја 1930. године, Цетиње.

искварено застарало му је. Због овога суд доказе: да ли је брашно било искварено није спроводио,⁶⁷⁷ него је одредио да тужени плати цијену у потпуности са каматама од дана подизања тужбе.

У другом случају, тужена Булатовић Госпава из Цетиња, није платила 800 динара од укупно уговорених 3000 динара тужиоцу, продавцу Ђуровић Ђуру за шпорет који је примила у јануару 1931. године пошто је сматрала да тај шпорет не одговара склопљеној погодби јер тужена је тврдила „да је са тужитељем погодила да јој начини шпорет као Никици Маркушу, и да спорни шпорет није такав, већ вриједи мање 800 динара.“⁶⁷⁸ У разлозима пресуде суд је навео „да кад је тужена по казивању њеног свједока Кашића одбила понуду тужитељеву да јој направи други шпорет за 3000 динара, и задржала спорни шпорет да је она самим тим пристала да плати куповну цијену спорног шпорета без обзира да ли шпорет испуњава услове погодбе или не,⁶⁷⁹ па је тужена обавезана да исплати дио цијене са каматом. Дакле, приликом доношења пресуде суд је имао у виду члан 237, ст. 2, по којем је продавац у случају постојања мане, могао одржати уговор ако је купцу понудио истоврсну ствар без мане, мада, суд је купчево одбијање понуде продавца да му преда други шпорет за уговорену цијену, окарактерисао као прихватање ствари са маном.

Ипак, као и у претходном случају, купац није благовремено захтијевао смањење цијене сразмјерно умањеној вриједности ствари па због тога није могао остварити заштиту на тај начин, само што се у првом случају радило о застарјелости, а у другом случају продавац је понудом исправне ствари искључио купчеве рекламације.

Није забиљежен спор који је покренут ради смањења цијене због физичких недостатака ствари, а изнешени подаци показују да се заштита путем умањења цијене није остваривала на законом прописани начин. Наиме, купци су одбијали исплату цијене због постојања мана али су пропуштали да изнесу благовремене приговоре које је Законик захтијевао за реализацију овог права. Чини се да није било сметњи да се захтјев за смањење цијене, у виду противзахтјева, изнесе у

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ ОСЦ, IV-1931-139, бр. 1036, 20 маја 1931. године, Цетиње.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

поступку који је покренуо продавац ради наплате цијене ако су биле испуњене материјалне претпоставке предвиђене Имовинским закоником за остварење овог права.⁶⁸⁰

6.1.3. Одговорност за правне недостатке ствари („одузам“)

Поред заштите од физичких недостатака продавац је купцу гарантовао заштиту од правних недостатака. Тешко је реконструисати како је текао развој ове одговорности с обзиром да расположива грађа даје оскудне податке. Сасвим је извјесно да је од давнина продавац био дужан да купцу пружи пуно и несметано уживање ствари. Тако се и на крају Призренске тапије налази санкција чији је циљ био да се спријечи умањење права прибавиоца.⁶⁸¹ Ова санкција била је прописана за продавца који би тражио од купца повраћај ствари и састојала се из два дијела, наиме, такав захтјев продавца суд не би узимао у разматрање („да се не чује в сваком суде цареве у црковном“⁶⁸²), а сем тога обавезао би га да плати глобу која је била аналогна куповној цијени. У завршним дјеловима црногорских исправа могу се наћи санкције које су имале за циљ да купца заштите од узнемиравања али те санкције су имале духовни карактер и својствене су исправама гдје се као купац јављала црква.⁶⁸³ Иначе, сама чињеница да су предвиђане ове санкције, које су у приватноправним исправама из овог времена биле изгледа црногорска специфичност, указује да није постојао јасан начин заштите јер се за духовним санкцијама посезало када нијесу постојале или када нијесу могле бити дјелотворне световне санкције.⁶⁸⁴

У осталим исправама које се односе на непокретности налазе се својеврсне одредбе које би могле да се тумаче као гранција да ствар неће бити одузета, односно да купац неће бити узнемираван у свом држању. Мада, неке од ових одредби као да наглашавају да продавац неће претендовати на ствар: „И да јест

⁶⁸⁰ Интересантно је навести да је енглеско право познавало смањење, односно неплаћање цијене, као средство одбране купца а не као самосталан захтјев, в. В. Капор, 852.

⁶⁸¹ А. Соловјев, 1017.

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ ЦИ, 51: „И тко ће се овоме противит, или пакостит, да му будет супарница пресвета Богородица и да га је анатема и да будет проклет и поражен од крепкије деснице владике Христа о от силе часнаго крста Христова и васех светих, амин.“ Слично и ЦИ, 55.

⁶⁸⁴ Иначе, клетва је била значајно оружје у рукама црногорских владика, в. Петар Први Петровић Његош, *Посланице*, Цетиње 2000.

тврдо и непоколебимо,⁶⁸⁵ као и „И да не буде за то поговора нигда ни ва будушчи век веком, амин.“⁶⁸⁶ Оне су биле потребне јер је у обичају била продаја с правом откупа, док на неке шире гаранције од стране продавца подсећа клаузула која потиче већ из каснијег времена: „И да им за њу нема поговорит нигда нитко, но да је вјечно њихова и да им је тврда и сигура от свакога чојека.“⁶⁸⁷ Једна исправа казује како је купац могао остварити заштиту стеченог права на ствари: „Ако га тко попре, да Марко нема кавге ни с ким, но онолико колико му се узме от баштине толико да Марко Вукосавов узме от Пера Андрина баштине ђе гођ хоће.“ Дакле, купац није требао да зове продавца у заштиту већ је сам могао да узме дио продавчеве баштине као накнаду за одузету. Овај случај јасно указује на постојање продавчеве одговорности и на чињеницу да је он у потпуности ступао на мјесто купца јер се директно каже да он „нема кавге ни са ким,“ што претпоставља да је продавац водио евентуални спор умјесто купца.

Иначе, имајући у виду значај непокретности и чињеницу да су се отуђивале у локалним оквирима, могућност евикције није била велика, али је свакако постојала. Анкета из 1873. године казује да је постојала могућност да неко „крчећи земљу нехоте туђе захвати, или кому отац остави заложену земљу, а он мисли да је купљена, и тако даље.“⁶⁸⁸ Свакако да су овакви прибавиоци могли продати ствар, али не би могли пренијети својину на купца који је био само држалац. Због тога треба истаћи следеће: „Разлика је, дакле, међу своином и правим држањем те да своину ја држим неограничено и знам чисто да је моја и да ми је нико по праву отети не море, дочим ствар по држању ја ваља да је дам пошто се нађе таи који има више право него ја.“ Из наведеног се види да је купцу ствар могла бити одузета али се не види како је продавац био дужан да поступи. О томе више казује пракса из које се види да је он био дужан да врати цијену,⁶⁸⁹ док се о дужности накнаде штете ништа јасно не може сазнати.

Анкета из 1873. године садржи податке како је купац украдене покретне ствари могао остварити повраћај цијене када је прави власник својинском тужбом

⁶⁸⁵ ЦИ, 63,

⁶⁸⁶ ЦИ, 89.

⁶⁸⁷ ЦИ, 252, 1836, април 21.; Слично:ЦИ, 165; ЦИ, 164; ЦИ, 185;

⁶⁸⁸ В. Богишић, (2004б), 164.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

преузео. При томе и у грађи је присутна разлика у положају савјесног и несавјесног купца. Углавном, након стабилизације судске власти 60 – их година 19. вијека стари поступак свода, односно поступак претраге „пође преко руке“ ради одређивања ко је украо ствар, замијењен је судском претрагом.⁶⁹⁰ Тај поступак се састојао у следећем: „Сада, од кад је уведен нови начин, онај кому је одузета ствар судом оним власником, тад он тражи од онога од кога је купио и онај другога, док дођу до лупежа, који плаћа сву штету што је тим нанешена свијем поштенијем држиоцима. Али и при тому могу бити два случаја. 1) да је купац безазлено ствар на пазару купио, те да није знао да је ствар крадена; 2) да је купац знао, или барем сумњао, да онај који му продаје није његова ствар, па је ипак купио. У првом случају суд ће му помоћ и њему и другијем добронамјерним држаоцима да наплате штету од лупежа и од његовијех јатака, а у другом суд неће да се миеша ...“

Као што се види, његова одговорност није била грађанскоправне природе већ кривичне. Продавац је требао само да укаже на лице од којег је прибавио ствар и ту је престајала свака његова даља одговорност. Чак више, суд није узимао у обзир да ли је продавац знао да продаје украдену ствар.

Након проширења државе и јачања трговачких веза могућност продаје украдених ствари била је већа па је државна власт била дужна да реагује. Наиме, уведене су административне мјере које су забраниле куповину стоке код сумљивих и непознатих продаваца с обзиром да је била велика вјероватноћа да је та стока украдена „па би је суд од купца узео без да му ишта за купљену ствар дадне.“⁶⁹¹ Сходно томе, на купцу је била обавеза да добро пази од кога купује стоку јер је он сву одговорност сносио сам с обзиром да било какву заштиту није могао остварити од продавца за кога се није знало ни ко је ни одакле је.

Из свега што је изложено може се казати да положај купца није био у потпуности сигуран када су у питању правни недостаци ствари, особито када су у питању биле покретне ставри, обично стока, јер није постојала општа одговорност продавца, док је у погледу непокретности ситуација била специфична имајући у

⁶⁹⁰ В. Богишић, (2004б), 307

⁶⁹¹ Наредба Министарства Финансија бр. 23, 22.11.1881., *Црногорски законици*, књ. 3., 73.

виду да се дуго нијесу могле отуђити ван племенских граница тако да је узнемиравање могло потицати од племеника поводом племенских права или од самог продавца, односно његових сродника.

6.1.3.1. Појам и врсте одузма

Одговорност за правне недостатке се обично назива евикција,⁶⁹² мада Општи имовински законик користи термин одузам, који је имао народно поријекло,⁶⁹³ па је био и прихваћен и у пракси, мада није оставио неки трајнији утицај на касније законодавство које се определијелило за опште прихваћен термин евикције.⁶⁹⁴ Овај назив јасно асоцира на суштину продавчеве одговорности која се јављала првенствено због тога што је ствар купцу била одузета од стране трећег лица.

Законик је дао јасну дефиницију одузма у члану 874 тако да „одузам бива кад ко правдом одузме купцу ствар ради узрока који је имао свој законити темељ прије куповине, и о коме купац при уговарању знао није. Одузам је и онда када се купцу и не одузме цијела ствар, него само неки дио њен, или му се иначе окрњи цјелина права на купљеној ствари, или се на њу какав терет наложи.“ Ова дефиниција одређује претпоставке за постојање одузма и у том смислу разликује се потпуни од дјелимичног одузма. Потпуни одузам наступао је када је треће лице купцу узело цијелу ствар, дакле, купац је више није имао у државини. С друге стране, дјелимични одузам је постојао када није дошло до одузимања ствари већ до смањења обима овлашћења према ствари услед постојања службености, заложног права или неког другог стварног права трећег лица.

До одговорности за евикцију долазило је након што је ствар купцу правдом, тачније, судским путем, одузета. Дакле, рјешења ОИЗ – а се у овом сегменту разликују од модерних рјешења по којима обавеза одговорности постоји

⁶⁹² В. Ж. Бујуклић, 176.

⁶⁹³ У обзир се узимала и ријеч ујам, мада је коначно прихваћена ријеч одузам која означава „подухват тврђи подпуности права накупљеној ствари.“ В. Записници сједница Одбора на Његушима и у Цетињу 1881-1882, III сједница 15. децембра, 110. Сем тога, ријеч одузам јасно асоцира да је дошло до одузимања ствари, в. чл. 874.

⁶⁹⁴ ЗОО, чл. 508-515.

и у случају када је треће лице правни захтјев основано истакло и мимо суда.⁶⁹⁵ Чак више, купац је у модерном праву овлашћен да раскине уговор који је за предмет имао ствар која није била у продавчевој својини због чега он није могао да постигне сврху уговора.⁶⁹⁶ Имовински законик није предвиђао изричито ово овлашћење али се оно могло извести из општег права на једнострану раскид уговора због неизвршења (чл. 548).

6.1.3.2. Претпоставке одговорности за правне недостатке (одузам)

Да би продавац одговарао за евикцију било је потребно да се претензије трећег лица односе на нека њихова права према ствари. Потребно је да је „правдом“ ствар одузета, односно да су купчева овлашћења умањена. До таквог узнемиравања могло је доћи услед тужбе, односно приговора трећег лица поводом права на предмету куповине. Обично се радило о стварном⁶⁹⁷ праву које је треће лице стекло прије закључења купопродаје. Што су овлашћења трећег лица према ствари била већа то су купчеве могућности коришћења ствари биле мање.

Када је у питању продавац потребно је рећи да је он био дужан да се уздржи и од правног и од физичког узнемиравања, што ипак није значило да је он могао да спријечи трећа лица да фактички узнемиравају купца. Интересантан је случај у којем је купац одбијао да исплати продавцу доспјелу цијену за продату имовину јер су га сусједи узнемиравали. Окружни суд је наложио купцу да исплати цијену и како стоји у разлозима пресуде „преко истицања заступника тужене, да му сусједи узнемиравају и своју купљену имовину, од које дуг у питању потиче, суд је прешао, јер узнемиравање тужитељица није дужна да одклања туженој, већ за то постоје надлежне власти.“⁶⁹⁸ Дакле, за заштиту од фактичког узнемиравања купац је могао да користи државинску заштиту..

Специфичне податке даје спор који је покренуо тужилац Мартиновић Илија из Бајица против куће малољетног Влада, сина пок. Илије Мартиновића.

⁶⁹⁵ Ј. Радишић, 2008, 151.

⁶⁹⁶ ЗОО, чл. 460.

⁶⁹⁷ А. Јаневски, З. Рашовић, Одговорност за правне недостатке, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа*, Књига II, Скопље 2012, 90.

⁶⁹⁸ ОСЦ, IV-1927-5, бр. 61, ф. 303, 4. априла 1927. године, Цетиње.

Тужилац је тражио од туженог да му исплати 400 динара. Наиме, тужилац је код туженог купио испашу за 220 динара, након што је испашу искористио против њега је подигао тужбу за накнаду штете Мартиновић Владо, који је имовину држао у најам, па је тужилац правоснажно осуђен 2. фебруара 1933. године да плати Мартиновић Владу на име накнаде штете износ од 215 динара са каматом и трошковима, што је све износило 400 динара. Тужилац је истакао да је знао⁶⁹⁹ да је тужени дао имање у наполицу, али да га је тужена увјерила да ствари које му продаје не улазе у наполицу. Тужилац је, како се види из пресуде, саопштио туженој да је против њега покренут спор, „али је у заштиту позвао није. Сам пак на расправу дошао није те је осуђен у одсуству. На одржаној расправи суд је нашао: тужени је продате ствари предао тужитељу и овај их је по свом признању искористио. Када то стоји не може бити ријечи о одговорности туженога у смислу чл. 243 и 277 О.И.З. будући тужитељу продате ствари није постигао одузом – чл. 874 О. И. З. - Мартиновић Васо наиме није по чл. 245 у вези са чл. 874 О. И. З. подигао против тужитеља парницу за признање права влаштине и уступање у посјед ствари тужитељевих од стране туженог предатих, у ком би се случају имале примијенити установе чл. 243 и сл О. И. З. Он је подигао тужбу за накнаду штете, па се туженога исход такве парнице ништа не тиче.“⁷⁰⁰

Особито треба истаћи да је правни недостатак који је могао да доведе до евикције морао настати прије закључења уговора о куповини. Како стоји у члану 874, до одузма је могло доћи само из „узрока“ који је „имао свој законит темељ прије куповине.“ Одговорност продавца није се могла односити на располагања која је чинио купац.

Како даље слиједи из дефиниције, тј. чл. 874, као и чл. 243, да би купац имао право на заштиту од правних недостатака било је потребно да у моменту настанка уговора није знао за њих. Дакле, и овај недостатак је требао да буде за

⁶⁹⁹ У пресуди стоји : „Тужитељ не спори да није знао да је тужени дао имање у наполицу Мартиновић Васу, али му је тужена казала да ствари које му продаје не улазе у наполицу.“ Извјесно је да се ради о грешци у писању и да је требало да стоји да „тужитељ не спори да је знао“, јер у супротном остатак реченице не би имао смисла.

⁷⁰⁰ ОСЦ, IV-1933-83, бр. 598, 15. марта 1933 године, Цетиње.

купца невидљив,⁷⁰¹ о чему се особито водило рачуна и прије када одговорност продавца није имала грађанскоправну природу.

Продавац је купцу одговарао за одузам без посебног споразума што значи да је гаранција за правне недостатке била природни састојак уговора. Ипак, уговорници су могли да модификују ову законом одређену одговорност према својој вољи па су могли да је умање, увећају или чак искључе. Ипак, ако је било зла лукавства или преваре од стране продавца, искључење одговорности није имало дејства.⁷⁰²

Важно је рећи да ни један сачувани уговор не садржи клаузулу којом се купац одриче права заштите услед правних недостатака ствари. Насупрот томе, сачуван је уговор у којем је продавчева одговорност била појачана. У том погледу битна је тачка 5 поменутог уговора која гласи: „Продавац Јошо Ћ. Јововић јамчи овим купцу да је горе описана кућа коју је овим уговором продао, његова искључива влаштина, јамчи му сувише да је та кућа слободна од сваког терета, подлога или залога, јамчи му напослетку за сваку одговорност у смислу закона и обавезује се бранити купца од сваког преотимања, одузма или узнемиравања.“⁷⁰³ Дакле, продавац се обавезује да ће купца, поред осталог наведеног, бранити од сваког узнемиравања, при чему се вјероватно мисли и на физичко и правно узнемиравање, иако по правилу он дугује заштиту од правног, а не и од физичног узнемиравања. Ово је једини уговор којим се гарантује овако широка заштита, али постоје уговори у којима се једноставно констатује да непокретност која се продаје „није досад ничим правно оптерећена“⁷⁰⁴ или да „није оптерећена никаквим дугом или залогом.“⁷⁰⁵

Како купац има обавезу да обавијести продавца поводом постојања физичких недостатака ствари, такву обавезу има и у погледу правних недостатака ствари.

⁷⁰¹ Ј. Радишић, 2000, 151. У том смислу и Д. Аранђеловић: “Стога нема мјеста одговорности преносачевој у случају евикције ако је друга страна знала, да уступљена ствар не припада преносачу (§557 СГЗ), или кад је заблуда била неизвињива (на пр. прималац ствари могао се из јавних књига уверити, да на њој постоје терети, купац неке интабулисане тражбине могао се из интабулац. књига уверити, да ли је тражбина одиста интабулацијом обезбеђена),“ Д. Аранђеловић, *Основи облигационог права*, Београд 1929, 100.

⁷⁰² Општи имовински законик, чл. 244, ст. 2.

⁷⁰³ СОЦ, III-1920-16, бр. 1241, ф. 47, 7. октобра 1920. године, Цетиње.

⁷⁰⁴ СОЦ, III-86-918, бр. 327, 17. марта 1918. године, Љуботињ.

⁷⁰⁵ СОЦ, III-1920-2, бр. 54, 31. јануара 1920. године, Цетиње.

Законик одређује и начин и рок у којем је купац био дужан да достави обавјештење. Наиме, по члану 246, купац је дужан „чим му ко озбиљно одузмом запријети, да о томе одмах, путем суда, обавијести продавца.“ Након тога за продавца је настала обавеза да се придружи купцу у парници коју је треће лице, као носилац, односно претендент на одређено право, покренуло против њега. За продавца који се није одазвао купчевом позиву за заштиту није престајала одговорност: „њему ће штета бити ако купац изгуби правду, осим ако докаже да тај губитак долази од каква немара или зла лукавства купчева.“⁷⁰⁶

На другој страни, ако се купац упустио у спор без обавјештавања продавца, продавац је и даље био одговоран за евикцију. Ипак, тада је за њега наступила могућност да се потпуно или дјелимично ослободи те одговорности када се показало да је уз његово учешће купац могао спор или добити или га повољније окончати.⁷⁰⁷

Улога продавца у спору видљива је из спора који је треће лице, претендент на право својине објекта куповине, покренуо против купца, тужене Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. На страни купца, као интервенијент појавио се продавац, кућа Влада Липовца. Тужилачка страна је тврдила да је кућа коју је интервенијент продао туженој, њена својина. Како је интервенијент поднио више доказа којима се оспорава тужилина тврдња, њен захтјев је одбијен.⁷⁰⁸ Иначе, он је у одбрану туженог купца изнио све доказе - у овом случају писма тужитељкиног мужа из којих се јасно видјело да је кућа власништво интервенијента, а не тужиле и на тај начин учинио неспорним своје право својине, што је у крајњем спријечило наступање одузма. С друге стране, из другог истоверсног спора који је окончан повољно за тужиоца, наиме, утврђено је да је продавац продао непокретности које су биле у својини тужитеља, нема ни помена о продавцу. Само је један од свједока изјавио да је сам продавац признао да је „продао туђу имовину и да ће он купцу-туженоме - по процјени исплатити вриједност спорног метеха.“⁷⁰⁹ Дакле, у овом случају продавац, који је знао да је ствар туђа, није могао на било који начин

⁷⁰⁶ Општи имовински законик, чл. 245.

⁷⁰⁷ Општи имовински законик, чл. 247.

⁷⁰⁸ ОСЦ, IV-1926-192, број 5693, 12. априла 1927.г., Цетиње.

⁷⁰⁹ ОСЦ, IV-1933-135, број 2715, 10. октобра 1933.г., Цетиње.

пружити заштиту од правних претензија трећег, али је зато, под условом да купац није знао да је ствар туђа, дуговао не само вриједност ствари, што је изјавио, него и накнаду штете.

6.1.3.3. Правне последице одузма

Углавном, у зависности од тога која су права припадала трећем лицу одузам је могао бити потпуни или дјелимични. Због различитог обима одузма слиједиле су различите последице, то јесте купац је на располагању имао различита права.

Имовински законик је на оригиналан начин одредио последице потпуног одузма. Члан 248 управо због тога у цјелини треба цитирати: „Кад је без купчеве кривице одузам постигао цијелу купљену ствар, уговор се сматра као порушен, и продавац треба да намири купцу вриједност коју је ствар имала кад се одузам догодио. Осим тога, продавац треба да намири и штету што је купац од тога имао. Ако је продавац, при продаји, зломислено затајио узроке који до одузма доведоше, штету ће намирити потпуно.“

У случају када је треће лице доказало своје право својине купац је био дужан да му преда купљену ствар па је уговор за њега постао беспредметан због чега је уговор требао да се „сматра као порушен.“ Дакле, законописац каже да се уговор рушио, али имајући у виду да су се рушили само неваљани уговори, а уговор о куповини туђе ствари је, имајући у виду систем прибављања својине по Имовинском законуку, био правно важећи, то остаје да се ова терминологија схвати као терминолошка недоследност јер се уствари радило о раскиду пуноважно насталог уговора. Тако да нема основа да се тврди да је уговор био рушљив као у француском праву⁷¹⁰ јер су разлози рушљивости били присутни у моменту настанка уговора, а нијесу се јављали приликом његове реализације самим тим што је до евикције долазило након закључења уговора.

Када је у питању накнада штете коју је купац претрпио услед одузма треба истаћи да је она процјењивана сходно општим правилима уговорне одговорности па је обим накнаде штете зависио од савјесности продавца - несавјесни продавац

⁷¹⁰ Ж. Перић, 10-11.

је био дужан да намири потпуну штету, а савјесни стварну штету. При томе, свакако да је купцу припадала право на накнаду штете само ако у моменту закључења уговора, односно предаје ствари, није знао за постојање правних недостатака, односно ако је до одузма дошло без његове кривице. С тим што треба нагласити да му је противриједност ствари следовала без обзира на кривицу имајући у виду да би се у супротном продавац неоправдано користио туђим.⁷¹¹

У случају дјелимичне евикције, уговор је, према чл. 249, ст. 1, остајао на снази, није престајао, а дужност продавца била је да „надокнађује умањену вриједност, а и штету“ према правилима члана 248. Приликом надокнаде умањене вриједности полазило се од вриједности ствари коју би имала да није дошло до одузма.⁷¹² Мада, ако би се из околности случаја утврдило да купац не би купио ствар да је знао за постојање недостатка, он је у року од мјесец дана од одузма имао право да захтијева поништење уговора.⁷¹³ Дакле, у овом случају уговор је престајао по изричитом захтјеву купца чијим потребама није одговарала ствар оптерећена правима трећих лица.⁷¹⁴ Наравно, ако је био одузет дио ствари, купац је био дужан да врати дио ствари који је преостао након одузма.

Иначе, ово је једино мјесто гдје се код одузма временски ограничавају права купчева. Наиме, Законик не одређује рокове у којима је купац могао да тражи заштиту од правних недостатака. Међутим, рок је изричито одређен за остварење заштите услед физичких недостатака (чл. 241). Интересантно је да СГЗ не одређује посебне рокове застарјелости за потраживања због физичких и правних недостатака, већ се путем аналогије примјењује члан 937 који прописује трогодишњи рок застарјелост.⁷¹⁵ Насупрот Српском, Аустријски грађански законик одређује исте рокове за остварење права заштите поводом физичких и правних недостатака, за непокретне ствари рок је износио три године, а за

⁷¹¹ Општи имовински законик, чл. 595-602.

⁷¹² Општи имовински законик, чл. 249, ст. 2: „Основа је процјени те мање вриједности оно што би ствар без одузма ваљала.“ Сходно овом члану није долазило до умањења цијене као по ЗООЦГ, чл. 518, али није ни слиједила само накнада штете због евикције као по чл. 196, ст. 1. Швајцарског законика о облигацијама.

⁷¹³ Општи имовински законик, чл. 250.

⁷¹⁴ Швајцарски законик о облигацијама је предвидио раскид када се према околностима могло закључити да купац не би ни закључио уговор да је предвидио евикцију, чл. 196.

⁷¹⁵ СГЗ, § 937.

покретне шест мјесеци.⁷¹⁶ Наравно, вријеме од када је рок застарјелости почињао да тече, разликовало се с обзиром на природу недостатка. Тако, ако је у питању била заштита од правних недостатака, рок од три године, односно пола године, рачунао се од дана када је донешена правоснажна пресуда којом је трећем досуђено право на које је претендовао.⁷¹⁷ Како је изворна грађа у овом сегменту оскудна и не даје материјал на основу којег би се реконструисали рокови који су у пракси важили, остаје претпоставка да су то били исти рокови као и за заштиту од физичких недостатака, с тим што су почињали да теку од дана доношења правоснажне пресуде у корист трећег лица. На крају, може се примијетити да су рокови које прописује ОИЗ краћи од оних у АГЗ и СГЗ, што је разумљиво ако се узме у обзир вријеме када су донешени. Крајем 19. вијека промет је био убрзанији него почетком или средином истог вијека, што је свакако нашло одраза и у роковима застарјелости.

Иако постоји велики број купопродајних исправа из периода од 1918. – 1941. године, мањи дио се односи на спорове поводом правних недостатака ствари из чега би се на првом мјесту могло закључити да су се поштовала односна правила ОИЗ – а. Није евидентирана ни једна пресуда којом је продавац осуђен за одузам, мада су забиљежени спорови поводом правних недостатака. Из тих случајева се у одређеној мјери могло видјети како се поступало када се треће лице позивало на правне недостатке ствари, а само поступање се не разликује од данашњег.⁷¹⁸

Овај спор је покренут двадесет дана након доношења правоснажне пресуде против купца, што говори у прилог раније изнијетој претпоставци да су за заштиту од правних недостатака важили рокови установљени за физичке

⁷¹⁶ Аустријски грађански законик, § 933.

⁷¹⁷ А. Рушноф, 391, „...јер право на јамство пристоји посједнику ствари прама преднику свом, од којег ју је добио, од часа онога, од којег је право на дотичну ствар изгубио, то је пако дан, када је тужба достављена посједнику ствари (овлаштенику на искање јамства), није овај још изгубио право на ствар евиндицирану, јер се онда не зна још, да ли је тужбено право упитног трећег основано или није.“

⁷¹⁸ Данас, пракса у Црној Гори, како тврде А. Јаневски и З. Рашовић, показује следеће: „Треће лице као, које је и поставило евикцијски захтјев, по правилу јавља као тужилац који, с обзиром на то да је најчешће спорно право својине, власничком тужбом покушава повратити државину на ствари на коју полаже и у поступку доказује право својине. Као тужени се редовно јављају и купац и продавац туђе ствари,“ А. Јаневски, З. Рашовић, 2012, 96; В. В. Савковић, Одговорност за правне недостатке, Национални извјештај за Црну Гору, *Форум за грађанско право за југоисточну европу, Избор радова и анализа*, Скопље 2012, 404, а за Србију о правним недостацима в. В. Вулетић, Одговорности продавца за правне недостатке ствари, Национални извјештај за Србију, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа*, Скопље 2012, 407 – 410.

недостатке. Осим тога, једини извјестан закључак који се може извести из овог спора, будући да чињенично стање није било у потпуности расвијетљено, јесте да је судска пракса одузам посматрала стриктно у оквиру законом одређене дефиниције.

6.2.Обавезе купца

6.2.1 Обавеза исплате цијене

У дијелу гдје је било ријечи о елементима уговора о куповини, цијена је обрађена као предмет купчеве обавезе при чему је указано како се одређивала и које атрибуте је морала да има. Након тога потребно је рећи како је купац био дужан да реализује своју основну обавезу - исплату цијене и због тога ће бити ријечи о начину, времену и мјесту исплате цијене.

Превасходно је потребно нагласити да су све ове сегменте исплате уговорне стране могле уговором одредити јер је њихова воља била одлучујућа. У том смислу се изражава и члан 227 Имовинског законика: „Купац намирује куповну цијену у ономе мјесту, онда и онако као што је углављено или се само собом разумије ...“

Купац је био дужан да исплати цијену јер се на то уговором обавезао, а повјерилац је сходно томе могао само то да тражи од њега. Продавац није био дужан да прими другу престацију осим цијене. Некада је могло купцу одговарати да у недостатку новца за исплату доспјеле цијене повјериоцу преда ствар. Међутим, на повјериоцу је било да процијени да ли му такав начин испуњења, односно да ли му замјена испуњења (*datio in solutum*) одговара јер није био дужан да прими такво испуњење. Тако је Андрија Ражнатовић, тежак, тужио Јока Маретића, жандарма ради исплате цијене коју му је дуговао од куповине једног вола. Тужени је признао дуг „али се брани да није могао платити дуговану суму, пошто је велики сиромаш, а готов је био увијек уступити тужитељу своје имање...што му је и нудио више пута, па то тужитељ није урадио, већ је узео

судски пут за наплату овог свог потраживања наспрам туженог.⁷¹⁹ Суд је наложио туженом да исплати дуговану цијену са каматама од дана доспјелости.⁷²⁰

У грађанском промету је било правило да се цијена плаћа у цјелини односно, ако странке нијесу одредиле исплату у ратама купац је био дужан да плати цијену одједном. Ово правило је само конкретизација општег правила по којем повјерилац није био дужан „примити на дијелове или на комаде оно што му по уговору припада, н’ако је нарочито уговорено да ће намир на рокове бити.“⁷²¹

Када је цијена била половично одређена у новцу, а половично у другим стварима, постојала је куповина.⁷²² Могуће је да је у црногорску праксу ово рјешење ушло под утицајем аустријског права које се и након 1918. године примјењивало у Боки, с којом су од ранијих времена постојале интензивне трговачке везе.

Уговор о куповини је типичан примјер узајамног уговора. Ови уговори се данас једноставно означавају као двострани уговори, док је у римској терминологији означаван као синалагматични (*synalagma*). Богишић је изабрао јасан и садржински адекватан термин – узајамни уговори, чиме се наглашава корелација права и обавеза дужника и повјериоца. Основно правило које је важило при испуњењу ових уговора односи се на истовремено извршење обавеза (*do ut des*) и могло се видјети како је продавац могао одустати од уговора ако је изостао овакав начин испуњења и то без остављања накнадног рока за испуњење (чл. 228). За супротан случај, дакле када је престација продавца изостала, а купац је понудио или извршио исплату цијене, Законик не садржи посебна овлашћења у оквиру раздјела о куповини, што значи да је он требао да користи општа правила (чл. 548) по којима је био дужан да остави накнадни рок за испуњење.

⁷¹⁹ ОСЦ, IV-1924-104, број 624, 28. марта 1924.г., Цетиње.

⁷²⁰ *Ibid*, Иначе, нужна замјена испуњења је била присутна за дугове који су настали у ратном периоду 1875-1878, тако су зајмодавци којима дуг није био враћен били дужни да приме дио непокретности презадуженог дужника, *Црногорски законици*, књ. 2, Наредба Црногорског Сената капетанима о поступку у тужбама о дуговима, 3-4. Иначе, овај начин гашења дугова био је карактеристичан за нестабилна времена, тако треба подсетити на *datio in solutum necessaria* из времена Јустинијана (Д. Стојчевић, 176) Мада, нужна замјена испуњења није била својствена продаји непокретности јер њима „паре нијесу на пропаст, но кад купац нема готових пара онда се иста земља враћа продавцу-разумије се ако је та трговина била од назад три године,“ *Ibid*.

⁷²¹ Општи имовински законик, чл. 532.

⁷²² А. Рушнов, 492. Исто рјешење предвиђа и СГЗ § 643.

Дакле, истовремено извршење обавеза било је опште правило од којег су уговарачи могли својом вољом, израженом изричито или прећутно,⁷²³ да одступе. Одступање је могло бити различито, у зависности од воље странака, тако да је предаја ствари могла да претходи или слиједи исплати цијене. Обично је предаја ствари вршена прије исплате цијене и такав облик куповине гдје је продавац уручио ствар, а купца „чекао“ за цијену, називао се „куповина на почек.“⁷²⁴ Овај облик куповине погодновао је купцима који нијесу имали на располагању новчана средства, па их је продавац, у неку руку, кредитирао. И на овом мјесту може се поновити да је овај облик куповине био широко распрострањен управо због великог сиромаштва већине становништва. Како је то констатовао О. Благојевић: „Новац је на црногорско село долазио тек изузетно и незнатно, из простог разлога што је сељакова привреда била у великој мјери још увијек натурална а тржишност његове производње веома слаба.“⁷²⁵ Ипак, ова констатација је само донекле тачна, јер је сељак морао располагати новцем ради исплате пореза и приреза, а и како би набавио ствари које није могао произвести на својем скромном имању. До тога новца је долазио продајом жита, приплода стоке, шта више, продајом производа који су њему били неопходни за егзистенцију, а у крајњем и продајом земље.

Из ранијих времена било је присутно правило по којем се у случају продаје земље, цијена одмах исплаћивала, јер како тврде Богишићеви извјестиоци, земља се „од невоље продава.“⁷²⁶ Изгледа да ово правило није важило и између два свјетска рата без обзира што се земља и даље по правилу продавала из егзистенцијалних разлога. Узрок оваквој промјени се може тражити у промјени економских околности. Капитал који је акумулиран прије путем трговине и зеленашења био је уложен у развој индустрије и куповина непокретности није представљала првенствени начин богаћења на рачун сиромашних слојева тако да ни плаћање непокретности готовином од стране купаца није било правило без обзира на узрок продаје.

⁷²³ А. Рушнов, 495: „Муче склопљена је купња на вјеру, ако продаваоц преда купцу купљену ствар, а да не тражи одмах куповнину, коју би му морао купац одмах код предаје платити, и што је продаваоц и властан тражити.“

⁷²⁴ Општи имовински законик, чл. 22.

⁷²⁵ О. Благојевић, „Економско стање сељаштва у Црној Гори 30 – их година овог вијека“, *Историјски записи*, година LXIV 1991/1 – 2, Титоград, 84.

⁷²⁶ В. Богишић, (2004б), одговор 22, ст. 186.

Бројни су документи који казују да се и земља продавала уз одложено плаћање, и то у више рата, с тим што се мањи или већи дио цијене давао приликом закључења уговора.

Из купопродајног уговора закљученог између Митра Поповића, као продавца и Машана Дапчевића, као купца се види да је уговорена цијена од 40 000 динара за кућу на Цетињу, и да је купац платио 16. 500 динара приликом закључења, што је констатовано у 6. тачки уговора, док се обавезао да ће остатак од 23. 500 динара исплатити до 1. Маја 1920. године без интереса.⁷²⁷ Сличне одредбе биле су садржане и у другом уговору о куповини куће, чија тачка два гласи: „Купопродајна цијена је (8000) осам хиљада динара. Купо – продајна цијена ће се исплатити на овај начин. На дан погодбе купац полаже (3000) три хиљаде динара; остатак од (5000) пет хиљада динара положиће купац 1. јануара 1920. год. По новом календару, без интереса но ако о року не плати – платиће интерес 10% рачунајући овај од дана погодбе.“⁷²⁸ Како се види из ова два уговора, исплата цијене је извршена у два obroка, с тим што је први дио цијене, у мањем, иако не симболичном, износу, исплаћен приликом погодбе.

На другој страни, сачувани су уговори који показују да је купац већи дио цијене платио приликом настанка уговора, док је изразито мањи дио био обавезан да плати након одређеног рока. Истиче се уговор којим је велепосједник Јошо Јововић с Његуша продао кућу од 14 „одјељења“ Стевану Шабану, посједнику с Љуботиња за 70000 динара. У уговору је констатовано да је продавац дјелимичну исплату од 62000 динара примио на дан погодбе, док је одређено да остатак од 8000 динара исплати у року од годину дана од закључења уговора са каматом од 10%.⁷²⁹ Слично је поступио и купац Јоко Радоман, који је од Николе Црнојевића купио цјелокупно имање за 4300 круна с тим што је на дан закључења уговора дао 3900 круна, док је остатак од 400 круна требао да плати до 9. маја исте.⁷³⁰ Различити мотиви су могли да утичу на овакво одређивање начина исплате.

⁷²⁷ СОЦ, III-1920-4, бр. 355, ф. 47, 19. маја 1920. године, Цетиње.

⁷²⁸ СОЦ, III-1920-2, бр. 54, 31. јануара 1920. године, Цетиње.

⁷²⁹ СОЦ, III-1920-16, бр. 1241, ф. 47, 7. октобра 1920. године, Цетиње.

⁷³⁰ СОЦ, III- 86-918, бр. 327, 17. марта 1918., године, Љуботињ.

У следећим уговорима исплата цијене се вршила у више рата, које су могле бити или неодређене, или одређене у истим или различитим износима. На тај начин је Илија Ковачевић из Брежина продао имање „Оцка Главница“, од четири рала земље и 30 листобера листа Саву Кажиху из истог мјеста, за 30000 круна. Начин исплате цијене био је одређен у 4. тачки уговора: „Стечник имања Саво Кажих даде уступнику Илији пет хиљада круна у готову новцу а ресто од 25. 000 (двадесет и пет хиљада) има издати до 23. априла 1920 год у четири рока а то: први рок Митров дан – 1918г; други је Ђурђев – дан 1919г. Трећи рок је Митров - дан 1919 г. а четврти рок је Ђурђев – дан 1920 год. Стечник је власан издати уступнику колико год могне више на отплату имања до Митров – дне т.г. и на тај издати новац неће се давати интерес. Новац који не буде издат до Митров – дне т.г. иде под интерес од 10% од Ђурђева – дне ове године.“⁷³¹ Интересантан је и уговор из 1925. године у којем су износи појединих рата, за разлику од претходног, били одређени. Како се види из тужбе коју је поднио продавац ради исплате цијене, он је продао туженом купцу дио непокретности за цијену од 13.000 динара, који је износ тужени имао исплатити на следећи начин: „на Митров дан 1925.г. динара 3250: на Ђурђевдан 1926.г. динара 3250: на Митров дан 1926.г. 3250 динара и динара 3250 на Ђурђев дан 1927.г. са 10% интереса од 1.марта 1926.г. на неисплаћени износ.“⁷³²

Како показују наведени случајеви, цијена за продате непокретности се могла платити на различите начине. Исплата је могла слиједити у двије рате, с тим што је мањи или већи дио био плаћан приликом настанка уговора. Затим исплата се могла извршити у више рата једнаких или различитих, у одређеним роковима који су се често одређивали, као и у ранијим временима према вјерским празницима. Иако су се рокови одређивали као у старим временима, о неким другим обичајима везаним за куповину, нијесу остали трагови у писаном виду из периода од 1918. - 1941. године. При томе се мисли на стари словенски обичај, који је постојао у вријеме израде законика⁷³³ и који је извршио одређени утицај и на нека друга

⁷³¹ ОСЦ, IV-1921-132, бр. 3361, 12. новембра 1921.г., Цетиње.

⁷³² ОСЦ, IV-1926-198, бр. 5762, ф. 267, 16. септембра 1926. године, Цетиње.

⁷³³ В. Богишић, (2004б), 186

права,⁷³⁴ а то је био обичај да купац продавцу уз цијену да одређену ствар или суму новца као поклон.

Рокови исплате цијене значајни су и са становишта камата. Дужник је био обавезан да плаћа камату по сили закона након доспјелости дуга за исплату без обзира да ли је она била уговорена.⁷³⁵ Ово је била општа последица доцње са исплатом новчаних дугова и није се могла уговором искључити или ограничити. Поред овог облика камате, уговарачи су својом вољом могли одредити камату, и то не само у погледу њене висине него и у погледу времена од којег ће обрачунавати. Наравно, њена висина је била подложна императивним прописима, тако да није могла износити више од 10%.⁷³⁶

Као што се могло видјети из приказаних исправа, уговорна камата се могла обарачунавати и од закључења уговора, или од одређеног рока прије доспјелости главног дуга. Примјетно је да су присутне клаузуле којима се одређивало да ће купац бити дужан да плати камату тек ако до одређеног рока не исплати дуг или његов дио и на тај начин су повјериоци свакако хтјели да мотивишу дужнике на правовремено испуњење обавезе.

Што се тиче односа законске и уговорне камате Законик је био сасвим изричит у опредјељењу да је дужник био дужан да плаћа камату која је била уговорена али у границама законског максимума.⁷³⁷ С друге стране, имајући у виду значење законске камате од 8%, дужник који се уговором обавезао да плаћа нижу камату од законске, због доласка у доцњу био је дужан да плати камату, не по уговореној, него по законској стопи.

⁷³⁴ Ј. Цвејић, *Облигациони уговори у дубровачком праву од XIII до средине XIV века*, Београд 1957, 166.

⁷³⁵ Општи имовински законик, чл. 544: „Ако је дуг у новцу, па добит и не уговорена била, дужник треба да је плаћа по законској мјери, т. ј. осам по сто, од онога дана ког почиње одвлака.“

⁷³⁶ Општи имовински законик, чл. 534. Ова висина камате била је претходно одређена од Министарства финансија, в. Наредба Министарства Финансија о смањивању камате на главницу, 1/13. јануар 1882.г., *Црногорски законици*, књ. 2, 56. Ипак, рјешење Имовинског законика се разликује по санкцији која је следовала за прекорачење дозвољеног максимума, наиме, Наредба је предвиђала само одузимање главнице док се Имовински законик није зауставио само на томе већ је предвидио и глобу.

⁷³⁷ Општи имовински законик, чл. 544, ст. 2: „Тим више треба да плаћа уговорену добит, па била и већа од законске, само не преко највише мјере коју закон допушта.“

На крају, потребно је додати како по Законику купац није био дужан да плаћа камату на цијену до исплате приликом куповине на почек. Наравно, он није био ослобођен камате након доспјелости али прије тога времена камата на цијену се није рачунала. Ово правило је модификовано па је у данашње вријеме купац који је одложио исплату био дужан да плаћа камату иако није уговорена ако је ствар имала плодове!⁷³⁸ Овакво рјешење имао је и Швајцарски законик о облигацијама (чл. 213, ст. 2) и његова суштина би се могла огледати у томе што је кредитираном купцу већ олакшано тако да би му било сувише погодности да не плаћа камату, а да извлачи користи из ствари. Имовински законик је ипак у том погледу имао рјешења која су била повољнија за купца и која су се подразумијевала за куповину на почек без обзира да ли је ствар била плодносна,⁷³⁹ што свакако није била сметња да се такве камате уговоре.

Мјесто исплате цијене било је одређено вољом странака или природом уговора. Мада, ако се тим путем није могло одредити, важила је законска претпоставка да је то мјесто у којем је извршена предаја ствари.⁷⁴⁰ Овакво диспозитивно рјешење је имало у виду куповину за готово гдје су уговарачи истовремено извршавали своје престације. За остале случајеве је слиједила примјена општих правила Законика о исплати новчаних дугова. Та правила су предвиђала да се новчани дуг намирује у мјесту повјериочевог пребивалишта у моменту закључења уговора.⁷⁴¹

Интересантно је да се у грађи не налазе спорови поводом висине цијене што се може оправдати чињеницом да је она била увијек јасно уговором одређена.

7. Посебни облици куповине

У дијелу Законика који, након општих одредби о купопродаји, регулише посебне „погодбе при куповини“ се налазе правила о куповини на обид, односно о куповини на пробу (чл. 251), о куповини по узорку или мостри (чл. 252),

⁷³⁸ ЗООЦГ, чл. 526, ст. 2: „Ако ствар продата на кредит даје плодове или какве друге користи, купац дугује камату од кад му је ствар продата без обзира на то да ли је доспјела обавеза за исплату цијене.“ Исто рјешење ЗОО, чл. 517.

⁷³⁹ А. Рушнов, 496.; Б. Благојевић, 62.

⁷⁴⁰ Општи имовински законик, чл. 227.

⁷⁴¹ Општи имовински законик, чл. 539, ст. 2.

куповини с правом тражења повољнијег купца (чл. 253) и правила о уговорном праву прече куповине (чл. 254 – 256). Изван овог дијела Општег имовинског законика регулисане су куповина са задржавањем права својине и куповина на почек. Посебно мјесто заузимају правила о законском праву прече куповине, која се могу посматрати као својеврсно ограничење права својине и која су широко нормирана у оквиру материје стварног права и као таква неће бити разматрана у овом раду.⁷⁴² Поред тога, грађа је показала да је у употреби била и куповина са отплатом на рате.

Законик није регулисао куповину са правом откупа, иако се о њој дискутовало пред Одбором за усвајање законика, што се види из записника који су при том вођени.⁷⁴³ Чини се извјесним да је овај облик изостављен јер се раније практиковао претежно у сврху реалне гаранције, а Законик је на цјеловит начин регулисао материју обезбјеђења потраживања, па је ради тога практична потреба за овим обликом куповине била умањена. У времену између два свјетска рата овај облик није имао већи значај, што се види из изворне документације. Од многобројних купопродајних уговора само један је имао клаузулу којом је продавац задржавао за себе право да откупи ствар од купца по истој цијени. Уговором је било одређено да продавац право откупа може остварити у року од пола године након закључења уговора, а за случај да продавац не реализује своје право одређено је да продато имање „остаје за купца у вјечити вијек без поговора да је слободан ш њим располагати као својом имовином.“⁷⁴⁴ Како се даље из грађе може видјети, овај уговор није извршен јер продавац није предао имовину, иако је купац исплатио цијену, па је зато купац захтијевао судско извршење уговора. Поводом овог спора није сачувана мериторна судска одлука, па се само може констатовати да је евидентан врло кратак рок у којем се откуп могао извршити. Раније су уговарани рокови и од 100 година, посебно у случајевима када је продавац емигрирао из Црне Горе, па је постојала могућност да се он или његови потомци врате.⁷⁴⁵ Како се види из овог поменутог уговора, одређен је релативно

⁷⁴² О. Станковић, М. Орлић, 286-294; З. Рашовић, 129-130.

⁷⁴³ Записници, IV сједница 16 децембра 1881.г., Цетиње, 110 - 111.

⁷⁴⁴ ОСЦ, IV-1919-221, број 155, 12.март 1919.г., Цетиње.

⁷⁴⁵ В. Богишић, (2004б), поређење са параграфом 662 СГЗ-а, 220: „Никако неће Црногорац заборавити установити године у којим има право прекупити. Неки су, који су ишли за Србију,

кратак рок од шест мјесеци, у којем је купац био ограничен да располаже купљеним предметом по својој вољи, што је у крајњем дириговано потребама убрзанијег робног промета.

Ипак, треба пажњу обаратити на један случај из 1919. године. Наиме, купац је тужио продавца с којим је склопио уговор о купопродаји земљишне дионице и једне куће у Прогоновићима. Уговор је „на писмено стављен“, купац је исплатио цијену, а продавац је непокретност предао купцу у државину, али није извршио потврду уговора. На судској расправи продавац је признао све наводе тужбе „али се успротивио потврди уговора из разлога, што му је син Марко прошле године повратио се кући, па хоће имовину натраг да откупи.“⁷⁴⁶ Суд је одлучио да је тужени дужан да призна тужиоцу право својине на предатој непокретности и своју одлуку је образложио ријечима: „Међу парничним странкама неспорно је да је углављен купопродајни уговор од 24. априла 1918, да је исти на писмено стављен, да је продавац примио куповну цијену и некретнине предао у физички посјед и уживање купцу. На тај начин је влаштина прешла на купца *inter partes*, и купац је стекао дуговинско право према продавцу да ће га овај учинити стварним власником продате некретнине (чл. 26 у в. са чл. 836 ОИЗ). Приговор туженога да купопродајни уговор неће да потврди ради тога, што његов син хоће исто да откупи, отпада јер такав услов уговору није био постављен.“⁷⁴⁷

Дакле, суд је примијенио законска правила и обавезао је туженога да призна тужиоцу право својине, односно да изврши своју обавезу и да пренесе право својине на купца. Ако се сагледа социјална позадина овога спора може се запазити следеће. Уговор је сачињен крајем првог свјетског рата док је син продавца највјероватније био укључен у ратне операције, па је врло извјесно, отац као старјешина куће,⁷⁴⁸ из нужде продао земљу и кућу за релативно малу цијену (2600 круна) надајући се да ће је моћи по синовом повратку откупити. Продавац је имао у виду некадашње обичаје када су се земља и кућа, из нужде продате, могле

погађали су се и за 100 година, ако се продавчев род врати, купац или његови наследници ваља да му онај врати земљу а онај њему паре. Примједба: Продаја „у цик“ је за вазда.“

⁷⁴⁶ ОСЦ, бр. 1438, IV -1919-168, 19. фебруара 1919, Цетиње.

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ Кућну заједницу су чинили тужени, синови Марко (30 година) и Иван (15 година) и кћер Ђурђа од 26 година, како се види тужени није имао супругу, а дјеца мајку (*Ibid.*).

скоро у свако вријеме откупити. Купопродаја са правом откупа је егзистирала са купопродајом „за вјечно“.⁷⁴⁹ Извјесно је да приликом склапања уговора није наглашено да се непокретности продају у „коначну влаштину“,⁷⁵⁰ па је с тога продавац одбијао да изврши потврду уговора. Ипак, након доношења Општег имовинског законика да би продавац могао извршити право откупа морала се унијети посебна клаузула у купопродајни уговор, иначе су важила општа правила о куповини, која су претпостављала коначан пренос власништва.⁷⁵¹

Имајући изложено у виду, чини се јасним да је Богишић имао пред очима не само тадашње, него и будуће друштвено – економске токове приликом одређивања садржине Законика, тако да у њему није било мјеста за купопродају с правом откупа јер је она била одраз нижег степена привредних односа.⁷⁵²

На крају треба истаћи да се у новом друштвеном поретку који је настао након другог свјетског рата са анимозитетом гледало на куповину са правом откупа. То казује спор који се водио пред Народним среским судом на Цетињу. Липовина Видак је тужио свога брата Липовину Луку ради повраћаја пола рала земље. Наиме, Липовина Видак је тврдио да је продао пола рала земље Луки негдје 1932. године уз споразум да ту земљу може кад хоће откупити. Тужени је спорио постојање оваквог споразума већ је тврдио да је куповина била за трајно. Тужени није успио да докаже своје тврдње и суд његов тужбени захтјев није уважио образлажући то, након оцјене доказа који нијесу били у корист тужиоца, овим ријечима: „Суд не вјерује да је у купопродајном уговору склопљеном међу парничарима, могла да стоји онаква клаузула како наводи тужилац, јер би такав уговор био потпуно бесмислен за туженика. Ово с тога, што би га доводио увијек у могућност да изгуби спорну земљу, да изгуби и на вриједности новца који је

⁷⁴⁹ В. Богишић, (2004б), 220.

⁷⁵⁰ СОЦ, бр. 335, III-1920-4, ф. 47 19. маја 1920, Цетиње. У првој тачки уговора стоји да продавац продаје купцу кућу на Цетињу „у коначну влаштину без икаква поговора“, а у другој тачки се каже да је купац купио кућу „у коначну влаштину са свим правима“.

⁷⁵¹ Иначе, „ова куповина се звала *куповина на повратку* противоположја са *вјечитом куповином*“, В. Записници сједница Одбора на Његушима и у Цетињу 1881 – 1882, IV сједница, 16. децембар. Иначе, иако је расправљан пред Одбором, овај облик куповине није унесен у посебне облике купопродаје (чл. 251-256), о чему ће више бити ријечи касније.

⁷⁵² АГЗ (§1068 - 1070) и СГЗ (§661- 663) регулишу куповину с правом откупа, док је у ЗОО изостављена као „архаичан облик“, више о томе М. Тороман, *Врсте и модалитети уговора о куповини и продаји*, Савремена администрација, Београд, 1975, 36.

платио, као и да не може обрађивати земљиште онако како би сам желио. Једном ријечју био би изложен да претрпи ненакнадиву штету. Уосталом, *чим се купац и продавалац погоде о ствари и цијени, у тај час је куповина завршена,*⁷⁵³ а напоменути је да и кад би односни услов постојао у једном оваквом уговору, уговор би се противио правичности, обзиром на све незгоде којима би у конкретном случају био изложен туженик, па такав услов не вриједи, и уговор би био ништаван, премда суд вјерује да таквог услова није било, нити да је углављен међу парничарима.⁷⁵⁴

Као што се могло видјети промјене друштвених прилика су утицале да се промијени став према праву откупа. Од права које се подразумијевало код исељеника, односно њихових потомака при повратку у домовину, преко начина обезбјеђења, па до клаузуле која је била посматрана као терет за купца и која је због тога имала негативну конотацију.

У подраздјелу „о неким особитим погодбама при куповини“ прво мјесто је заузела погодба којом се уговарало право за купца да изврши „обид или окушај“ предмета куповине. Тако члан 251 о куповини на обид каже: „Кад ко што купи на обид или окушај – т. ј. с погодбом да је тврдо ако му ствар буде по вољи кад ју окуша или обиде – уговор везује продавца чим пристане на погодбу. Купца, напротив, уговор не везује док је обидио или окушао, те јавио продавцу да му се ствар мили.“

Из ове одредбе одмах се да запазити да је уговор производио правне последице за продавца од момента закључења, а за купца тек након провјере да ли ствар одговара његовим потребама и жељама, односно након изјаве о томе да ли му ствар одговара или не. При томе, треба истаћи да је акценат био на субјективном купчевом доживљају, независно од објективних карактеристика ствари. Куповина закључена с обзиром на објективне критеријуме квалитета ствари је куповина на пробу у ширем смислу и разликује се од куповине

⁷⁵³ Овај текст је посебно означен да би се указало на ријечи које су у потпуности из члана 222 Општег имовинског законика.

⁷⁵⁴ Државни Архив Црне Горе, Фонд Народни Срески Суд на Цетињу, пресуда број П 7/46-4, на Цетињу дана 8 фебруара 1946.г. Народни Окружни Суд на Цетињу је поводом жалбе тужиоца донио пресуду којом је потврђена првостепена, број Р1 100/46, на Цетињу, дана 5 априла 1946 год.

условљене субјективним мјерилима (куповине на окушај) по томе што купац има мање утицаја на закључење уговора јер ако се испостави да ствар узета на пробу задовољава објективне критеријуме, уговор ће настати.⁷⁵⁵

Купац је био дужан да провјеру ствари изврши у року одређеном уговором или обичајем и да о томе упуту изјаву продавцу. У свим случајевима када вријеме пробе није било одређено било уговором или обичајима, продавац је могао дати купцу „приличан“ рок у којем се морао изјаснити. Тај рок је свакако био различит у зависности од врсте ствари.

Након истека рока у којем је купац био дужан да се изјасни о томе да ли прихвата ствар или не, различите последице су наступале у зависности од тога да ли је била извршена предаја ствари купцу. Ако предаја ствари није извршена, уговор након истека остављеног рока није везивао ни продавца, а с друге стране, ако је предаја извршена, уговор је пуноважно обавезивао и купца.⁷⁵⁶

Значај предаје ствари за настанак овог уговора јасно изражава једна одлука суда у вези спора који је водила тужиља ради наплате дијела цијене за магаре које је продала туженом под условом да га „испроба од суботе до уторника.“⁷⁵⁷ Ипак, тужени се није изјаснио до назначеног рока нити је вратио магаре иако је платио дио цијене и то 15-ак дана након уторка до којег је требао да се изјасни. Сем тога, он се противио тужбеном захтјеву који се односио на исплату остатка цијене јер је магаре имало 19 година, а не 9, као и што су му зуби били поравнати. Тужени је сматрао да треба да исплати умањену цијену због таквих карактеристика магарета. Ипак, суд је наложио туженом да исплати остатак цијене назначене у тужбеном захтјеву. У образложењу пресуде стоји: „Кад се што купи на покушај или пробу, уговор везује продавца чим пристане на погодбу, а купца везује чим је ствар окушао. У конкретном случају проба магарета се имала извршити од стране

⁷⁵⁵ ЗООЦГ, чл. 544: „Кад је проба уговорена да би се утврдило да ли ствар има одређено својство или да ли је подобна за одређену употребу, опстанак уговора не зависи од купчевог нахођења, већ од тога да ли ова заиста има та својства, односно да ли је подобна за одређену употребу.“

⁷⁵⁶ Општи имовински законик, чл. 251, ст. 2: „Којим год начином рок за изјаву одређен био, пошто он истече, а од купца не буде изјаве да ће ствар купити, уговор не веже више ни продавца, ако ствар није већ купцу предана. Напротив, ако му је предана била, тад ће се, како рок mine, сматрати да је уговор завршен и тврд, ако међутим купац није већ јавио продавцу своје одступање од уговора.“

⁷⁵⁷ НСЦ, II. 6/46-4, на Цетињу, 11. фебруара 1946.г.

купаца од суботе до уторника вече, када је требало магаре вратити ако му се не свиђа. Како туженик о томе року односно магаре није вратио, то се сматра да је уговор међу странкама завршен и тврд, тако да туженик не може више од њега одступити.⁷⁵⁸ Дакле, ради се о примјени члана 251, ст. 2 гдје се јасно каже да је „уговор завршен и тврд“ ако је ствар предата а купац се није у остављеном року изјаснио о њеном пријему. Дакле, пошто је тужени задржао магаре тиме је прећутно испољио вољу за куповину истог јер је погодба била формулисана под одложним условом – да га врати ако не буде с њим задовољан, тим више, он је такву вољу испољио и плаћањем дијела уговорене цијене. Сем тога, поводом овог случаја треба истаћи да је код овог облика куповине купац био дужан да води рачуна о року у којем је морао да изјести продавца о резултатима пробе. Као што се могло видјети, тај рок је био од особитог значаја када му је ствар била предата јер се пропуштање обајештења о року посматрало као сагласност која је била потребна за настанак уговора.

Овај облик куповине има специфичности и у погледу сношења ризика за случајну пропаст ствари. Због тога је потребно сагледати садржину спора који је у крајњем имао за циљ да разјасни да ли је била склопљена типична продаја или продаја на обид, што је имало посебног значаја за странке јер продаја на обид није везивала купца од момента закључења уговора. То је даље значило да купац није одговарао за случајну пропаст ствари која се десила прије окончања пробе, већ је ризик сносио продавац као власник. Таква подјела ризика била је погодност за купца коју није посједовао код обичне купопродаје гдје је ризик случајне пропасти погађао купца након предаје ствари. Због тога је у овом спору који се има у виду, купац на пет рочишта тврдио да је склопљен уговор са правом обида, да би тек на шестом рочишту, с обзиром да није могао да докаже своје тврдње, признао да није склопљена продаја на обид. Ток спора је био углавном следећи: Стеван Чичаревић је тужио Митра Шоћа ради исплате цијене у износу од 570 динара за двије козе продате по усменом споразуму и са роком отплате од осам дана. Тужени није о року исплатио дуг већ је довео козе на пазар да их врати тужитељу под изговором да не дају довољно млијека. Тужитељ није хтио да прими козе, али их је тужени без обзира на то оставио на пазару. Како је већ

⁷⁵⁸ *Ibid.*

речено, тужени је тек на шестом рочишту признао да није била склопљена продаја са погодбом обида, па с тога за суд више није било спорно да козе нијесу биле купљене на обид - „Напротив је уговор у питању постао перфектним оног момента кад је куповина извршена и тужени козе примио... Из свега овога резултира да тужитељ није био дужан да прими козе кад му их је тужени, о року уговорене исплате цијене нудио па се остављање – напуштање истих – на ријечком пазару од туженога – има њему у штету приписати а никако тужитељу, пошто су козе у питању биле властима туженога од оног момента кад их је овај у тужитеља купио и примио – чл. 222,227,494,831,839 О.И.З.“⁷⁵⁹ Па је јасно да је суд туженог купца осудио да исплати цијену тужиоцу. Дакле, предаја ствари није подразумијевала пренос својине, односно ризика за случајну пропаст ствари тако да је у току пробе купац био само продавчев придржњик.

Након куповине на обид Законик је регулисао куповину по огледу или мостри и куповину са правом тражења повољнијег купца. Куповина по огледу или мостри,⁷⁶⁰ која одговара данашњој куповини по узорку, је облик који се обично веже за трговачки, а не за чисто грађански промет. Потребно је истаћи да „закључење уговора о куповини и продаји у овом облику, поред тога што осигурава купцу да купи ствар оног квалитета коју он жели, истовремено штити продавца од евентуалне самовоље купца коју би овај могао испољити приликом пријема испоруке.“⁷⁶¹

Када је уговорен овај облик куповине, а испостави се да ствар не одговара огледу, купац је имао на располагању три могућности. На првом мјесту могао је да задржи понуђену ствар и да од цијене одбије онолико колико ствар мање вриједи, затим, могао је да врати ствар и да захтијева другу која је у потпуности према огледу, или је могао да захтијева раскид уговора. Продавац је имао право да захтијева од купца да се без оклијевања одлучи коју ће могућност искористити. При томе, његов избор је био неопозив, изузев ако је сам продавац дао пристанак за промјену избора. Као што се види, продавац је одговарао на сличан начин као

⁷⁵⁹ ОСЦ, IV-1924-72, бр. 1883, ф. 195, 14. октобра 1924 г., Цетиње

⁷⁶⁰ Општи имовински законик, чл. 252.

⁷⁶¹ М. Тороман, 259.

код присуства физичких мана ствари, с тим што је купац имао слободнији избор приликом одлучивања на који начин ће остварити заштиту својих права.

Куповину са правом тражења повољнијег купца законодавац је нормирао у чл. 253 тако да је продавац могао одустати од уговора ако се у одређеном року јави бољи купац, о чему је био дужан да купца благовремено обавијести. Купац је био обавезан да се одмах изјасни да ли ће и сам извршити доплату до цијене коју је понудио повољнији купац, у супротном, продавац је могао слободно да прода ствар повољнијем купцу. Из овога произилази да продавац није могао да раскине уговор са првим купцем ако је он повисио цијену до износа одређеног од повољнијег купца, што представља одређене границе продавчевој вољи. Насупрот овом рјешењу стоји рјешење Аустријског грађанског законика по којем је продавац могао да прода ствар другом купцу без обзира што је први пристао да увећа цијену (§1085), тако да се за правила ОИЗ-а може рећи да више штите интерес купца који је некада желио да задржи ствар у својини.

Овај облик куповине није раније практикован, што показује Анкета из 1873. године,⁷⁶² чак више, и приликом читања текста Законика констатовало се да је риједак али да је Богишић одредио да ипак остане,⁷⁶³ што је било у супротности са начелом постављеним у чл. 991, који каже да за риједак случај није увијек готово правило. При просуђивању разлога који су оправдали укључење овог изузетног облика куповине мора се имати у виду не само то да је овај облик био нормиран од давнина,⁷⁶⁴ већ и да су га познавале све значајније кодификације.⁷⁶⁵ Тако да би се могло рећи да су законодавца мотивисали претежно правно – теоријски, а не практични разлози да регулише овај облик купопродаје, о чијој употреби нема података ни из периода од 1918. до 1941. године.

Посебну пажњу законодавац је посветио уговорном праву прече купње у финалним члановима дијела Законика који се тиче посебних облика купопродаје (чл. 254 – 256).

⁷⁶² В. Богишић, (2004б),220.

⁷⁶³ Записници, XIV сједница, 29 јула 1885. године, Цетиње.

⁷⁶⁴ Д. Стојчевић, 267.

⁷⁶⁵ Аустријски грађански законик, § 1083-1085; Српски грађански законик, §666.

Куповина са правом прече купње по Законнику постоји када је приликом склапања уговора одређено да ће купац у случају продаје ствари прво понудити продавца.⁷⁶⁶ Суштина оваквих одредби састојала се у томе што је продавац био и даље заинтересован за правну судбину ствари коју је продао,⁷⁶⁷ и због тога је себи прибавио право да је откупи од купца и то под истим условима под којима би је купац продао трећем лицу. Иначе, што се тиче момента уношења ове клаузуле у уговор, чини се да је то моменат закључења уговора јер се каже да је у питању погодба која се „при продаји уговара.“ Накнадни споразум исте садржине представљао би нови уговор у којем би уговорне стране имале различите позиције.

ОИЗ је одредио рок у којем је продавац морао одговорити на купчеву понуду продаје. Ти рокови су били релативно кратки, за покретне ствари одређен је рок од два дана, а за непокретне рок од недјељу дана након изношења понуде (чл. 254). С обзиром да је овај модалитет куповине представљао ограничење купчевог права располагања, одређени су кратки рокови у којима је продавац морао донијети одлуку о прекупу ствари. Ако продавац није остварио своје право прече куповине, купац је могао да прода ствар, али не по цијени која је била нижа од оне коју је понудио продавцу.⁷⁶⁸

Уговорно право прече купње је морало бити установљено у писменој форми, без обзира да ли је уговор имао за предмет покретну или непокретну ствар. Ова норма потиче из обичајног права, и унешена је по изричитом предлогу чланова Одбора за усвајање Општег имовинског законика,⁷⁶⁹ без обзира што законици из тога времена не предвиђају формалан облик за овакве споразуме странака. Наиме, то је био најбољи начин да се избјегне евентуални сукоб интереса између носилаца уговорног и законског права прече куповине, имајући у виду значај законског права прече куповине у систему правила Имовинског законика.

⁷⁶⁶ Општи имовински законик чл. 254.

⁷⁶⁷ С. Перовић, 1976,366.

⁷⁶⁸ Општи имовински законик, чл. 53.

⁷⁶⁹ Записници, XIV сједница, 29. јула 1885, Цетиње, 170: „До сада је био обичај у суду да се враћало продано добро ономе који је имао писмено уговорно право прече купње. То мисле г. чланови да би добро било да тако и у будуће остане.“

Наиме, ако „се то право непокретне ствари тиче, те је уговор судом потврђен, тада то право има првенство пред сваким правом прече купње које закон ближици признаје.“⁷⁷⁰ Дакле, Законик је путем судске потврде елиминисао евентуалну конкуренцију уговорног и законског права прече куповине, и то у корист уговорног права продавца непокретности. Ипак, не треба заборавити да се вршење овога права обављало у оквиру односа који су били претпоставка законског права прече куповине. Наиме, полазећи од тога да је првобитни продавац поштовао законом установљено право прече куповине и да је продао непокретност сроднику или сусједу, купац је у обрнутом смјеру враћао ствар сроднику, односно сусједу, али мимо редоследа законом утврђеног јер су можда постојали ближи сродници. Углавном, у расположивој грађи нема забиљежених спорова поводом сукоба уговорног и законског права прече куповине, па се може рећи да је наведено законско рјешење било сагласно потребама промета у којем је законско право прече куповине имало и даље значајну улогу.⁷⁷¹

Уговорно право прече куповине је по својој природи било релативно право али је због потреба сигурности правног промета у значајној мјери извршена његова „апсолутизација“. О томе јасно говоре норме Општег имовинског законика које регулишу односе који су настали након што је купац продао ствар трећем лицу, а да продавца, као титулара права прече куповине, није понудио (чл. 255).

Наиме, у Законику се полазило од тога да ли је треће лице, односно нови купац био савјесан или несавјесан. Ако је треће лице било несавјесно, продавац је могао да од њега преузме ствар и да му уручи цијену коју је дао за њу. Дакле, дејство права прече купње није било релативно. Чак више, када је право прече купње било регистровано у јавним књигама, продавац је могао да га реализује, независно од тога да ли је треће лице знало за постојање права прече куповине, полазећи од начела јавности земљишних књига. Како даље стоји у Законику: „У

⁷⁷⁰ Општи имовински законик, чл. 254, ст. 2.

⁷⁷¹ Бројни су спорови поводом реализације права прече куповине. Присутни су били како на територији некадашње Старе Црне Горе тако и у крајевима прикљученим 1878. године, чак више, ови спорови су врло учестали на подручју мјесне надлежности окружног суда у Никшићу.

свакоме случају, кад је осујећено нечије право прече купње кривицом онога с ким је углављено, имацац је тога права властан искати од њега накнаду штете.⁷⁷²

Општи имовински законик није пропустио да одреди вријеме трајања уговорног права прече купње (чл. 256), по чему се разликује од осталих законских текстова који су важили прије 1946. године и који се нијесу бавили тим питањем.⁷⁷³

Наиме, продавац ово право није могао реализовати у року дужем од 50 година од дана постанка уговора, ако је у уговору било назначено дуже вријеме трајања овог права. Када уговор није садржао рок, право се аутоматски гасило по протеклу 30 година од постанка уговора. Како је рок био одређен календарски, постојала је могућност преноса права прече купње, јер није било везано за личност титулара.

Поред ових облика које је законодавац уврстио у посебни дио раздјела о куповини, како је већ истакнуто, у Законику је нормирана куповина на почек и то у оквиру раздјела о куповини. Клаузула о праву здржавања својине није нашла мјеста у Законику као посебна погодба. Ове двије куповине, иако су саме по себи различити модалитети купопродаје, у Законику су повезане јер се о праву продавца да задржи право својине, говори када је ствар продао на почек, односно уз одложено плаћање. У члану 67 став 1 стоји да је купац ствари продате на почек стекао својину предајом без обзира што цијену није исплатио, с тим што став 2 истог члана одређује да су се странке могле споразумјети да својина остане код продавца и ако је ствар предао, све док купац не исплати цијену.

Из свега што је до сада изложено о купопродаји може се закључити да је куповина на почек била редован облик куповине, с тим што је свакако била присутна и куповина за готово. Богишић је био упознат са стањем раније праксе па због тога куповина на почек није нормирана као посебни вид. Осим тога, иако је у теорији изражено схватање да се само покретне ствари могу купити уз одложено плаћање, Законик је оставио простор да се на тај начин реализује и

⁷⁷² Општи имовински законик, чл. 255.

⁷⁷³ М. Тогман, *Vrste i modaliteti ugovora o kupovini i prodaji*, Savremena administracija, Beograd 1975, 32.

куповина непокретности, па се у пракси налазе подаци о куповини на почек и покретних и непокретних ствари.

Пракса је, мимо овога, показала да се одложена исплата цијене често вршила у појединим оброцима, тако да се може рећи да је уговарана и куповина са отплатом на рате као посебан модалитет. Иначе, поред осталих елемената, код ове врсте продаје било је потребно прецизирати број рата, њихов износ и вријеме доспјелости појединих рата, што су странке у пракси, по правилу, поштовале.

ГЛАВА ДРУГА

УГОВОР О НАЈМУ СТВАРИ

1. Појам, терминологија и правне особине

Општи имовински законик спада у групу законика који не дају једну општу дефиницију уговора о најму, односно о закупу.⁷⁷⁴ Напротив, законодавац је одредио посебне облике најма према обиму овлашћења која се преносе са једне уговорне стране на другу уговорну страну, с тим што је ријеч најам означавала генусни појам за овај облик уговора о коришћењу туђе ствари, односно радне снаге, као римски *locatio – conductio*.

Даље, Законик је прецизирао да се под најмом, односно киријом, подразумејева употреба ствари које не дају плодове, док се закуп односио на најам земље и ствари које носе плодове, односно дају приходе.⁷⁷⁵ Дакле, најам (кирија) је имао за циљ пренос права употребе (*utendum dare*), а закуп је био управљен на пренос права употребе и уживања (*fructum dare*).

Законик је у члану 877, ст. 3 дао дефиницију најма ствари: „Најам ствари дакле бива кад један уговорник даје неку ствар другоме да се њоме служи, али да му тај други плати за ту службу одређену цијену.“ Када се овај члан посматра изоловано од осталих чланова о најму, могао би се стећи утисак да је уговор имао реалну природу самим тим што је законодавац нагласио да је то уговор по којем једна странка даје другој ствар на употребу, дакле, акценат је био на акту предаје. Међутим, правила петог раздјела трећег дијела Законика, којима се нормира

⁷⁷⁴ Аустријски (§ 1091) и Српски грађански законик (§ 678) скоро на исти начин врше подвајање облика закупа према томе да ли се преноси само употреба или уживање ствари. Терминологија у Српском грађанском законуку има сличности и разлика у односу на терминологију ОИЗ – а. Наиме, СГЗ (§ 678), кад се ради о закупу ствари које не дају плодове користи ријеч страног поријекла - кирија, а закуп плодноних ствари означава као закуп или аренду (аренда, ж. лат. закуп земљишног посједа који се по уговору даје на одређено вријеме, Речник српскохрватског књижевног језика, Нови Сад, Загреб, 1982, арбитрано – арендар, 95). Дакле, ријеч кирија се користи и у ОИЗ – у, али као алтернативан назив уз најам, док се уз ријеч закуп не поставља алтернативни термин, него се појашњава да се и у том случају ради о особитом случају најма ствари, што је само једна од потврда Божишићеве тежње да Законик одише народним духом који се, поред осталог, испољава кроз народне термине.

⁷⁷⁵ Општи имовински законик чл. 877: „...у овоме Законуку ријеч најам, кад је уговор о стварима, значи то исто што и кирија.“ С друге стране, по чл. 878: „Закуп је такођер најам ствари, или кирија, али се ријечју закуп обично означаје само најам земаља и ствари које какве плодове носе.“

садржина овог уговора, говоре нешто сасвим друго. Тако члан 271 почиње следећим ријечима: „Главна је дужност онога који даје ствар у најам (даваоца у најам) да је на вријеме преда ономе ко је унајмљује...“ Што недвосмислено упућује на консенсуалну природу овог уговора, која потиче још из времена римског права,⁷⁷⁶ и која је као таква била опште прихваћена.

Дакле, уговор о коришћењу туђе ствари уз накнаду, Законик је именовало као уговор о најму, а у члану 877, ст. 3 одредио је и називе за странке: „Ко даје ствар у најам бива давалац у најам, а ко је узимље, узималац у најам.“ Чини се вјероватним да је Богишић називе странака одредио простим преводом римских назива *locator* (онај који предаје ствар) и *conductor* (онај који узима ствар).⁷⁷⁷ Обичајна пракса у овом сегменту није имала разрађену терминологију имајући у виду да је закуп зграда и локала добио замах тек у фази развијеније новчане привреде и то само у градовима и већим трговима, док се овај облик закупа није уговарао у сеоским срединама „нигда“, јер је тамо свако имао своју кућу и окућницу.⁷⁷⁸

Назив уговора који се користио у пракси у великој мјери се подударало са законским називима. На први поглед се уочава разлика у терминима које су користили лаици у својим актима – уговорима и тужбама, од оних који су коришћени у судским одлукама. У актима суда уговор се најчешће помиње као уговор о најму,⁷⁷⁹ изузетно је коришћен термин закуп стана.⁷⁸⁰ Лаици су се обично служили термином кирија,⁷⁸¹ а мање термином офит или афит,⁷⁸² који је био искварени облик италијанске ријечи *affito*.

⁷⁷⁶ Д. 19, 2,1 : “Будући да је закуп и најам природна ствар и карактеристична за све народе не уговара се ријечима већ споразумом, као и куповина и продаја.”

⁷⁷⁷ Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд 1976, 268; В. Eisner, М. Horvat, *Римско приватно право*, Zagreb 1948, 429.

⁷⁷⁸ На питање које се покретне и непокретне ствари дају обично у најам извјестиоци су одговорили следеће: “Од непокретни ствари куће се дају у најам само по варошима или трговима (Цетиње, Даниловград, Вир, Ријека, Грахово, Шамници, Андријевица у Васојевиће), а по селима нигда.”

⁷⁷⁹ ОСЦ, IV-1931-54, бр. 677, ф. 411, 29. маја 1931. године, Цетиње; ССБ, бр. 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935. године, Бар; ОСЦ, IV-1933-93, бр. 775, 15. маја 1933. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1936-268, бр. 2057, ф. 555, 24. октобра 1936. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1932-738, бр. 4482, 11. јануара 1932. Године; ОСЦ, IV-1928-92, бр. 498, ф. 330, 26. априла 1928. године, Цетиње.

⁷⁸⁰ ОСЦ, IV- 1934-74, бр. 292, ф. 529, 3. јануара 1935. године, Цетиње.

⁷⁸¹ ОСЦ, ф. 81, Тужба Рег. Бр. 150,13.06.1919.г., Цетиње.

⁷⁸² ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње; Користи у пресуди у виду најам (офит) ОСЦ, IV-1931-54, бр. 677, ф. 411, 29. маја 1931. године, Цетиње.

С друге стране, називи које је Законик предвидио за уговорне стране у пракси се сретају скоро изузетно,⁷⁸³ што је доказ да они нијесу били прихваћени у народу јер као такви нијесу одговарали духу народног језика. У грађи су се налазили различити називи: најмодалац и најмопрималац,⁷⁸⁴ издавалац и закупник,⁷⁸⁵ издавалац стана и купац стана,⁷⁸⁶ а поред тога изузетно је постојало и описно изражавање: најмилац – власник куће и прималац куће под најам.⁷⁸⁷ Као закупци су се често јављали странци који су били на служби у Црној Гори,⁷⁸⁸ затим војни службеници⁷⁸⁹ и занатлије који су узимали локале у најам ради обављања занатске дјелатности.⁷⁹⁰ Оваква социјална структура купаца је последица чињенице да је већина становништва у Црној Гори живјела од пољопривреде на селима, док је мали дио, који се бавио индустријском или занатском производњом, или који је радио при војсци и другим слободним и јавним службама живио у градским срединама.⁷⁹¹

Поред тога, у пракси се цијена за коришћење туђе ствари по правилу означавала као кирија,⁷⁹² а изузетно као најмовина⁷⁹³ или закупнина,⁷⁹⁴ који се термин, иначе, користи у нашем савременом праву.

⁷⁸³ АСЈ, ф. 3, бр. 2647-IV-1932-338, 11 јула 1932.г., Цетиње.

⁷⁸⁴ ОСЦ, Уговор бр. 449/1918, 11.3.1918. г., Цетиње; ОСЦ, IV-1928-92, бр. 498, ф. 330, 26. априла 1928. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1920-126, бр. 1379, 21. јуна 1920. године, Цетиње.

⁷⁸⁵ СОЦ, ф. 47, Уговор бр. 608, 23. августа 1920 године, Цетиње.

⁷⁸⁶ ОСЦ, ф. 474, Уговор склопљен између Милана Делића и Ива Мартиновића од 1. августа 1932. године, Цетиње.

⁷⁸⁷ ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње.

⁷⁸⁸ Тако је Божо Банашевић закључио уговор о најму куће на Цетињу са Луком Маријаном (ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње); Зеновић Мило, посједник с Цетиња изнајмио је стан Томат Јозефу, зидару из Цетиња (ОСЦ, IV-1934-74, ф. 529, 3. јануара 1935.г., Цетиње);

⁷⁸⁹ Секулић Марко, служитељ Народне банке из Цетиња након што је отказао најам стана Јовановић Милану и Чаловић Нику, службеницима финансијске контроле на Цетињу, исти је дао у најам Ронку Ј. Ивану, капетану II класе на служби у Војном Округу на Цетињу; Затим, закупци су били Јаков и Леонид Гончаренко, хонорарни чиновници Министарства Саобраћаја (ОСЦ, IV-1924-93, бр. 545, ф. 195, 25. фебруара 1924.г., Цетиње).

⁷⁹⁰ Ђуровић Блажо дао је у најам стан Вушуровић Бошку, опанчару (ОСЦ, бр. 677, IV-1931-53, 20. маја 1931.г., Цетиње); ОСЦ, IV-1932-280, бр. 2478, 12. септембра 1932.г., Цетиње

⁷⁹¹ Више о структури становништва по групама занимања в. С. Меденица, *Привредни развитак Црне Горе (1918 - 1941)*, Титоград 1959, 27 – 31. Извод из бројних података казује да је у Црној Гори између два свјетска рата од јавне службе, слободних занимања и војске живјело 6,5% становништва, а од индустрије и занатства 6%, док се остатак бавио пољопривредом.

⁷⁹² ОСЦ, IV-1928-92, бр. 498, ф. 330, 26. априла 1928.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1924-23, бр. 545, ф. 195, 25 фебруара 1924.г., Цетиње; ССБ, број 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935.г., Бар и друге. Иначе ријеч кирија потиче из турског језика и означава управо најамнину за просторије, станарину, *Речник српскохрватског књижевног језика*, Нови Сад, Загреб 1982, кипјети – киридински, 911

⁷⁹³ АСЈ, ф. 3, бр. 1701-IV-1931-184, 14. април 1932.г., Цетиње.

У складу са широко прихваћеним начелом консенсуализма, уговор о најму је био неформалан уговор, јер Законик није прописао посебну форму за његово закључење. Мада, странке су се могле споразумјети да уговор има писмену форму, коју је Законик тада штитио својом санкцијом. Изгледа да је било правило да се уговор о најму закључује у писменој форми када се као једна од уговорних страна појављивала држава, односно њени органи, који су, као субјекти приватног права, закључивали уговоре о закупу државних добара са физичким лицима.⁷⁹⁵ Осим тога, сачувани су уговори којима су се издала вакуфска добра у Плевљима, из којих се види да су формулари уговора били прописани од Вакуфско – Меарифске Дирекције у Скопљу.⁷⁹⁶ С друге стране, појединци су овај уговор најчешће закључивали у усменој форми,⁷⁹⁷ усамљен је био случај склапања уговора путем конклюдентних радњи,⁷⁹⁸ док се писменој форми прибјегавало ради лакшег доказивања у случају евентуалног спора.⁷⁹⁹

2. Трајање уговора о најму ствари

Уговор о најму ствари је могао бити закључен на одређено или неодређено вријеме у зависности од воље странака. Општи имовински законик није поставио временске границе преко којих уговор не би могао да траје већ је оставио широк

⁷⁹⁴ ОСЦ, ф. 474, Уговор склопљен између Милана Делића и Ива Мартиновића од 1. августа 1932. године, Цетиње.

⁷⁹⁵ СОЦ, ф. 47, Уговор бр. 608, склопљен 23. августа 1920. године између Управе државних добара као „издаваоца“ и Филипа Самарџића као „закупника“.

⁷⁹⁶ Вакуфско – Меарифско Повјеренство Плевље, ф. 11, Уговор бр. 8972, закључен 25. новембра 1932. године; Уговор бр. 6714, 31. децембра 1935г.,

⁷⁹⁷ АСЈ, ф. 2, бр. 2478, IV-1932-280, 12. септембра 1932. године; ОСЦ, IV-1933-93, бр. 775, 15. маја 1933. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1932-738, бр. 4482, 11. јануара 1932. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1923-182, бр. 1352. У овом спору је тужени је предлагао да се постојање уговора о најму услови доказивањем истог писменим исправама, што суд није прихватио „јер су то два акта (постојања уговора и доказа о њему) који су независни један од другог, а законодавац за ову врсту уговора (најма) не одређује писмену форму (чл. 498.О.И.З.).“

⁷⁹⁸ ОСЦ, IV-1931-54, бр. 677, ф. 411, 29. маја 1931. године, Цетиње. Наиме, тужилац је купио кућу туженога на јавној продаји, с тим што је тужени након продаје наставио да живи у кући. Међутим, тужени је истицао да са тужиоцем није склопио никакав уговор о најму. Такве наводе суд је оцијенио као неумјесне и неосноване на закону, јер се уговор могао склопити не само ријечима него и другим радњама, сходно чл. 494 ОИЗ – а, па је суд је резимирао на овај начин: „Како се пак тужени уселио у тужитељеву кућу а овај то ћутке примио то се у смислу цитираног законског прописа има узети да је међу њима углављен уговор најма.“

⁷⁹⁹ Срески суд у Бару – ССБ, бр. 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935. године, Бар; ОСЦ, бр. 449/1918, 11.3.1918. године, Цетиње; ОСЦ, IV-1920-126, бр. 1379, 21. јуна 1920. године, Цетиње.

простор вољи странака, па би се могло рећи да није поставио препреке и за закључење тзв. вјечних уговора о закупу.⁸⁰⁰

Из расположиве грађе може се уочити да су доминирали уговори закључени на неодређено вријеме, уз мјесечно плаћање најамнине.⁸⁰¹ Поред њих су, у мањем броју, егзистирали и уговори закључени на одређено вријеме, међу којима је најдужи био уговор закључен на пет година,⁸⁰² а најкраћи на пола године,⁸⁰³ док су преовладавали они закључени на годину дана.

Трајање уговора о закупу имало је утицаја на питање престанка уговора. Правило је било да су уговори закључени на одређено вријеме престајали протеком уговореног времена, док је за престанак уговора закључених на неодређено вријеме, по чл. 286 био неопходан отказ. Како се из истог члана види, отказом је једна страна другој изјављивала вољу да уговор одређеног дана престане, с тим што је за важност отказа од суштинског значаја била чињеница да је дат благовремено. Због тога је Законик поставио правила о отказном року која су важила за случајеве гдје вријеме отказа није било одређано уговором, законом или обичајем. Рокови су били различити за покретне и непокретне ствари: „за непокретне ствари којима се најам плаћа сваке године, ред је да се отказ даде најмање шест мјесеци прије краја текуће године; - за оне пак којима су рокови плаћања краћи, отказ се даје пред што ће истећи претпоследњи рок плаћању; за све покретне ствари, доста је да се отказ јави барем три дни прије онога ког хоће да најам престане.“⁸⁰⁴

⁸⁰⁰ Ипак, интересантно је да АГЗ(§ 1090) и СГЗ(§677) имплицирају на временско ограничење уговора о закупу, Њемачки грађански законик јасно одређује да се уговор о закупу може закључити најдуже на тридесет година (чл. 567), уз изузетак споразума да се уговор закључује до краја живота закупца или закуподавца (чл.567), а ОИЗ не садржи ни један елемент који би могао указати на временско ограничење уговора о најму ствари, па се може рећи да је у овом сегменту био индивидуалистички орјентисан.

⁸⁰¹ ОСЦ, IV-1930-480, бр. 3586, ф. 386, 8. октобра 1930.г., Цетиње; ОСЦ, IV- 1928-92, ф. 330, бр. 489, 26. априла 1928.г., Цетиње; АСЈ, ф. 2, бр. 2478, 12. септембра 1932, Цетиње ; ОСЦ, IV-1933-93, бр. 775, 16. маја 1933.г., Цетиње; ССБ, број 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935.г., Бар;

⁸⁰² Уговор бр. 76 од 6 (19) октобра 1927. г. закључен између Управе Манастира Цетињског на Цетињу и Крцуна Ђ. Вукмировића из Додоша.

⁸⁰³ ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње; ОСЦ, Уговор од 1. августа 1932; СОЦ, бр. 608, 23. августа 1920.г., Цетиње.

⁸⁰⁴ Општи имовински законик, чл. 287.

Дакле, при разматрању отказа првенствено се водило рачуна о томе да ли га је подносилац на вријеме дао, с тим што пракса казује да су се отказни рокови поштовали јер скоро да и нијесу били забиљежни неблаговремени откази,⁸⁰⁵ о чему се може изрећи само позитивна оцјена. Сем тога, није без значаја чињеница да најмодавац који је благовремено дао отказ, није одговарао за штету коју је најмопримац претрпио поводом отказа.⁸⁰⁶

С друге стране, за суд су били сасвим ирелевантни разлози који су странку мотивисали на отказ. То се може видјети из једне пресуде у којој је констатовано да је отказ био благовремен, а да је приговор туженог најмопримца да је уредно плаћао кирију сасвим „неоснован, јер тужитељица има право да откаже и само због тога што хоће друкчије да располаже са предметним добром.“⁸⁰⁷⁸⁰⁸ Из овога случаја се може видјети да је суд јасно разликовао отказ, који се у принципу могао дати и када нијесу били предвиђени посебни разлози у уговору или закону, и једнострану раскид уговора, који је могао услиједити из уговором или законом одређених разлога. С тим што је очигледно да тужена страна није правила поменути разлику па се бранила тиме да је уредно платила најмовину, имајући у виду правило по којем се уговор могао раскинути у случају да најмопримац није уредно плаћао најмовину (чл. 284).

⁸⁰⁵ Сачуван је један специфичан спор који казује да је имао дејства и отказ који је странка упутила другој мимо отказног рока, с тим што га је друга странка прихватила без обзира на његову неблаговременост. Суд је правилно резимирао да се у том случају у ствари радило о споразумном раскиду уговора (ОСЦ, IV-1932-734, бр. 1280, ф. 456, 4. маја 1933.г., Цетиње).

⁸⁰⁶ Наиме, Јовићевић Сава тужио је Микетић Радисава ради наплате закупнине за један мјесец у износу од 400 динара. Тужени је истакао да је због отказа, иако благовременог, претрпио штету од 200 динара колико је платио да му се пренесу и дрва која је купио неколико дана прије иселења, што је било познато и тужиоцу. У разлозима пресуде стоји: „Код оваквог стања ствари суд налази да је неодлучно за пресуђење спора чињеница, коју тужени истиче, и кад би се утврдило, да га је тужилац оштетио за 200 динара, зато што му није приликом куповине дрва скренуо пажњу да ће му отказати стан, јер тужитељ отказујући туженом стан сходно прописима О.И.З., што тужени не оспорава, скида са себе сваку одговорност за евентуалну штету коју би тужени претрпио услед иселења (ОСЦ, IV-1932-738, бр. 4462, 11. јануара 1932.г., Цетиње)“

⁸⁰⁷ ОСЦ, IV-1936-268, бр. 2057, ф. 555, 24. октобра 1936.г., Цетиње.

⁸⁰⁸ Тим прије, нијесу се узимали у обзир разлози који су мотивисали туженог најмопримца да након отказа остане у изнајмљеном стану. Тако је Стана Хутер поднијела жалбу против првостепене пресуде општинског суда којом јој је наложено да се исели из стана најмодавца, односно, тужиоца Јовићевић Мила. Она је у жалби истакла да је у тужитељевом стану живјела више година, да је уредно плаћала кирију и слично. Суд је из списка утврдио да је тужилац туженој благовремено дао отказ у складу са чл. 287 ОИЗ - а, а на мотиве жалитељке да и даље остане у стану није се обзирао јер „суд има да цијени чињенице и да их подводи под законске прописе, а не и побуде.“(ОСЦ, IV-1930-480, бр. 3586, ф. 386, 8. октобра 1930.г., Цетиње.)

Уговор о најму на одређено вријеме могао је прећутно да се продужи када је након истека рока најмопримац наставио да користи ствар са знањем и без противљења најмодавца.⁸⁰⁹ Тада је постојало прећутно обнављање уговора (*relocatio tacita*)⁸¹⁰ којим се уговор о најму на одређено вријеме, преобраћао у уговор о најму на неодређено вријеме. Ипак, странке су могле да предуприједи ову ситуацију уношењем клаузуле о отказу и у орочени уговор, за што је Законик свакако оставио простор. Странке су се често користиле овом солуцијом, па је већина уговора с одређеним временом трајања садржала овакву одредбу. Посебно је интересантна била одредба уговора из 1921. године: „Заинтересоване странке, Банашевић и Маријан, за даље афитовање или не, дужни су један другом раније отказати на три мјесеца. Отказ или даље продужење кирије не смеје се прећутати већ се мора на вријеме утаничити и овим путем утврдити.“⁸¹¹ Донекле се разликовала клаузула из једног другог уговора, гдје се одређује тромјесечни отказни рок, с тим што је било прецизирано да ће се изостанак отказа сматрати као продужење уговора на још једну годину, а не на неодређено.⁸¹² Углавном, чини се да је уговарање ових клаузула погодновало интересима најмодавца који су жељели да након престанка уговора што раније поврате ствар, што се по редовном току ствари могло одузети на његову штету.

Неопходно је истаћи да је поступак поводом отказа уговора о најму или закупу спадао у посебне поступке који су регулисани Закоником о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору из 1905. године (чл. 305 – 312).⁸¹³ Члан 305 овог Законика се изричито позива и репродукује садржину односних правила Општег имовинског законика о благовремености отказа (чл. 286) и отказним роковима (чл. 287 и чл. 305). У склопу унификације права у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца донешен је Законик о судском поступку у грађанским парницама за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца. И овај Законик је предвидио посебан поступак за спорове „који проистичу из порабних уговора“ и

⁸⁰⁹ Општи имовински законик, чл. 288.

⁸¹⁰ Ради се о традиционалној установи, која је била позната и у римском праву (Д. Стојчевић, 198), и која је у крајњем имала за циљ да усагласи правно стање са фактичким.

⁸¹¹ ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.3.1921.г., Цетиње.

⁸¹² ОСЦ, Уговор бр. 449/1918, 11.3.1918.г., Цетиње.

⁸¹³ Законик о судском поступку у грађанским парницама за Књажевину Црну Гору, Цетиње, Државна Штампарија, 1905.

то од § 655 - § 672.⁸¹⁴ Свакако да је увођење посебног поступка за спорове из уговора о закупу било мотивисано потребом да се странкама обезбиједи бржа и ефикаснија заштита интереса.⁸¹⁵ Међутим, како грађа показује везано за поступак из најамних уговора, у Црној Гори је у посматраном периоду био у примјени њен стари парнични поступак и након доношења Законика о парничном поступку за читаву Краљевину.⁸¹⁶

Уговор о најму је био уговор код којег лична својства странака нијесу била од утицаја на дејство уговора, што је у крајњем значило да се смрћу странака уговорни однос није гасио него се настављао са наследницима преминуле стране. Наравно, странке су могле уговорити да смрћу једне уговорне стране, уговор престаје.⁸¹⁷

Закуподавац, као власник ствари, могао је у току трајања уговора о најму да отуђи предмет уговора. Тада се постављало питање дејства тога отуђења на уговор о најму. У обичајној пракси отуђење је различито дјеловало у зависности од тога да ли је предмет најма била покретна или непокретна ствар. Закупчево право на непокретној ствари која му је била предата по основу уговора о најму, није престајало, док је супротно важило за покретне ствари, и када су оне биле предмет уговора, закупчево право је престајало.⁸¹⁸ Богишић је већ приликом расправљања о тексту Законика пред Одбором, истакао да су оваква рјешења неподесна и заложиио се за средње рјешење овог питања. Он је сматрао да треба кренути од тога да ли је прибавилац знао, или је према приликама, могао знати за чињеницу да је ствар дата у најам, односно, било је потребно узети у обзир да ли

⁸¹⁴ Законик о судском поступку у грађанским парницама (*Грађански парнични поступак*) за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца, Београд 1929, Објављен је у „Службеним новинама“ бр. 179.-LXXV од 3. августа 1929. год. у Београду.

⁸¹⁵ Ј. Савковић, *Поступак у споровима који проистичу из закупних уговора*, Београд 1937, 3.

⁸¹⁶ В. ОСЦ, IV- 1932-734, бр. 1280, ф. 456, 4. маја 1933.г., Цетиње; АСЈ, ф. 3, бр. 4665, 18. маја 1932.г., Цетиње; ОСЦ, IV- 1934-74, бр. 292, ф. 529, 3. јануара 1935.г., Цетиње; ССБ, бр. 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935.г., Бар.

⁸¹⁷ Општи имовински законик, чл. 289, сасвим исто рјешење садржи и ЗОО, чл. 599. У својој Скици М. Константиновић је предложио правило да наследници умрлог закупца могу отказати уговор о закупу непокретности у року од шест мјесеци након његове смрти (Скица за законик о облигацијама и угорима, чл. 559), и као што се може запазити, ово правило није били прихваћено у ЗОО.

⁸¹⁸ В. Богишић је забиљежио као коментар на § 704 СГЗ – а, који је одређивао да се услед отуђења уговор раскида, следеће: „Никако. Него, ја ћу остати у кућу коју узех у најам све док смо се погодили и нови господар нити га може ишћерати ни већу кирију узимати.“ В. В. Богишић, (20046), 222.

је уговор о најму био уписан у јавне књиге.⁸¹⁹ Рјешења ОИЗ – а у овој материји се могу управо посматрати као одраз тежње да се у одређеној мјери узму у обзир како интереси најмопримца, тако и интереси трећег лица. Тако чл. 290 каже: „Ако власник пренесе влаштину најмљеног непокретног добра на кога другога, или суд то добро за дуг прода, док још најам траје, тим права узимаочева не слабе ни најмање, ако је уговор о најму писмен и у суду правилно потврђен; мањ да је у самоме уговору што друго углављено. Напротив, ако те судске потврде није било, нови власник може, кад га год воља, узимаоцу најам отказати, само што при томе треба да поступи по правилима чл. 286. и 287. Ипак, за најмове који су краћи од једне године, бива изузетак; за оваке уговоре, па не били ни писмени ни потврђени, право узимаочево остаје тврдо, док год одређени најму рок посве не истече.“ Док у чл. 291, који се односи на најам покретних ствари, стоји: „Правило претходнога чланка вриједи и за покретну ствар, само што је за њу, у мјесто потврђена уговора, доста да је нови власник, усвајајући ствар, знао да је још и за колико времена у најму, или да је то лако знати могао кад би иколико пажљив био.“

Дакле, уочљиво је да су нестале разлике у погледу дејства отуђења у зависности од тога да ли је предмет уговора била непокретна или покретна ствар, с тим што је потврду уговора код непокретности, замијенило сазнање прибавиоца о постојању најма. Ове разлике оправдане су са аспекта значаја и саме природе ових ствари.

Посебну пажњу привлачи други став чл. 290, по којем је најмодавац који је закључио уговор на мање од годину дана, имао право да користи ствар до истека уговора без обзира на то да ли је уговор био потврђен, односно, без обзира да ли је прибавилац покретне ствари знао за најам. Овим чланом законодавац је кренуо корак даље и краткорочном уговору о најму, дао је апсолутну, а не релативну природу, јер је најмопримац код краткорочних уговора могао супроставити своје право најма прибавиоцу, титулару стварног права.⁸²⁰ Овакво рјешење може се

⁸¹⁹ Записник, 114.

⁸²⁰ Посебно чуди чињеница да се неки теоретичари (С. Перовић, 434; М. Орлић, 938.), који су иначе разматрали ову материју, нијесу ни осврнули на ово правило, јер је оно посебно интересантно и одудара од тадашњих рјешења. Мада, остаје претпоставка да су ови аутори имали

сагледати као уступак старим обичајним правилима везаним за непокретности гдје је најам увијек имао стварно дејство, али је Богишић опет остао на средњем путу, па је овај изузетак везивао само за краткорочне уговоре. Интереси прибавиоца нијесу могли бити трајније угрожени, док је најмопримац стицао већу сигурност.

Када је нови власник отказао најам према правилима чл. 290 и 291, најмопримац је имао право да захтијева од „пријашњег власника,“ односно најмодавца, накнаду штете због неизвршења уговора.⁸²¹

У расположивој грађи нијесу евидентирани спорови поводом отуђења предмета најма у току трајања уговора. Постоје два уговора који међу својим одредбама садрже правила везана за отуђење. У „најмовном уговору“ склопљеном између Јоке Ковачевић и Марка Иличковића о најму стана за период од 1. фебруара 1918. године до 1. јула 1919. године, стоји да „у случају ако би Јоке Ковачевић кућу продала, Марко Иличковић остаје у истој кући до истека овог уговора.“⁸²² Дакле, како уговор није био склопљен на рок краћи од годину дана, то најмопримац није имао право да остане у стану по Закону, јер уговор није био судски потврђен, ипак, он је то право стекао на основу самог уговора са најмодавцем и на тај начин је осигурао себе од евентуалних најмодавчевих располагања предметом најма.

Други сачувани уговор је уговор о куповини куће који је 12. фебруара 1920. године склопио најмодавац Митар Пајовић са Машаном Дапчевићем, као купцем куће. У тачки 8 овог уговора се каже: „По уговору склопљеном између Пајовића и Јелисије Госпића од 2. маја 1919. године, потврђеном Судом Општинским 3. истога бр. 324-VI-1919-189, купопродајна кућа издата је под кирију истоме до 1. маја 1920. године по старом календару са мјесечним плаћањем кирије у износу од по 200 динара, на које Пајовић има право до истека уговора т.ј. до 1. маја 1920.г. по старом календару, пошто је и остатак купопродајне цијене на причеку до тог дана

на располагању прво издање Законика, гдје је ово правило било изостављено, јер је сасвим сигурно да би овакво рјешење завријеђело њихову пажњу.

⁸²¹ Општи имовински законик, чл. 292.

⁸²² ОСЦ, Уговор бр. 449/1918, 11.3.1918.г., Цетиње.

без интереса.⁸²³ Како се види, уговор је био судски потврђен па је најмопримац настављао да користи кућу до истека уговореног рока. Особеност овог уговора је та што купац није примао најамнину, што би по правилу требало јер је он постао власник ствари коју користи најмопримац, али како уговор каже, купац није плаћао камату на неисплаћену цијену па је управо ради тога најмодавац (продавац) задржао право на најамнину, дакле компензовали су најамнину и камату.

У крајњем, неопходно је указати да су правила о могућности супростављања најмопримчевог права, еволуирала и то највише посредством судске праксе. Тако се дошло до савремених рјешења по којима је закупац, након предаје покретне или непокретне ствари, могао да супростави своје право прибавиоцу закупљене ствари, без обзира на то да ли је прибавилац знао за постојање уговора о закупу.⁸²⁴

3. Обавезе најмодавца

Најмодавац је по основу уговора о најму имао више обавеза. Његова основна обавеза била је обавеза да најмопримцу преда ствар у државину. Ово је била и његова прва обавеза јер до извршења осталих обавеза није ни могло доћи ако није извршио предају ствари. Евентуалне обавезе које су за најмодавца настајале након предаје су: обавеза одржавања ствари у исправном стању, као и обавеза заштите од правних и физичких недостатака. Мада, неки писци поред ових обавеза наводе и најмодавчеву обавезу да трпи најмопримчево право коришћења.⁸²⁵ ОИЗ изричито не нормира ову обавезу, већ подразумијева да је најмодавац, као и трећа лица, био дужан да се уздржи од узнемиравања, тим прије што је добијао накнаду као противриједност за уступљено коришћење, па сходно томе ова обавеза неће бити посебно разматрана.

⁸²³ СОЦ, III-1920-4, бр. 355, ф. 47, 19. маја 1920 г., Цетиње.

⁸²⁴ ЗОО, чл. 591.

⁸²⁵ М. Орлић, 924 – 925. Аутор је нагласио да међу предратним правилима једино Аустријски грађански законик изричито нормира ову најмодавчеву обавезу, с тим што је услед штампарске грешке, односни параграф нумерисан као §1906, док је то у ствари §1096.

3.1.Обавеза предаје ствари

У Општем имовинском закону је наглашен примарни значај најмодавчеве обавезе да преда ствар најмопримцу. Шта више у чл. 271 стоји да је то главна обавеза најмодавца: „Главна је дужност онога који даје ствар у најам (даваоца у најам) да је на вријеме преда ономе ко ју унајмљује (узимаоцу у најам) и то, ако уговор или обичај што друго не одређује, онаку како се њоме служити може за посао коме је намијењена.“

Најмопримац је у погледу обавезе предаје имао положај повјериоца и био је нарочито заинтересован да најмодавац изврши ову обавезу, јер је једино на тај начин добијао могућност да користи ствар. Најмопримац је ову обавезу био дужан да изврши у вријеме одређено уговором. Вријеме предаје се по правилу одређивало календарски,⁸²⁶ мада су били присутни споразуми да се будући најмопримац усели након што се ранији исели.⁸²⁷ Најмодавац који није на вријеме извршио предају ствари могао је судским путем бити принуђен да је изврши, мада евидентно је да спорови по том питању нијесу забиљежени па је врло извјесно да су најмодавци редовно извршавали своје обавезе. На то их је могло мотивисати и правило да су право на најмовину стицали тек након предаје ствари најмопримцу.

Предаја ствари се вршила на различите начине у зависности од предмета најма. У обзир су долазили различити начини предаје, мада је доминирала физичка предаја, док су забиљежени примјери традиције скраћеним путем (*traditio brevi manu*).⁸²⁸

Странке су споразумно одређивале у каквом се стању ствар предаје, а ако оне то питање нијесу својом вољом одредиле, а сем тога ако нијесу постојала обичајна правила, важило је законско правило да се ствар предаје у стању у којем може да служи за посао за који је намијењена, дакле у стању подесном за употребу према предвиђеној намјени.⁸²⁹ Дакле, ова формулација је била прилично

⁸²⁶ АСЈ 2, IV-1932-280, бр. 2478, 12. септембра 1932.г., Цетиње.

⁸²⁷ СОЦ, бр. 12294, 30. септембра 1930.г., ф. 386, Цетиње.

⁸²⁸ Тако је некадашњи власник куће наставио да живи у њој и након јавне продаје (ОСЦ, IV-1931-53, бр. 677, 29. маја 1931.г., Цетиње).

⁸²⁹ АГЗ (§ 1096) и СГЗ (§681) су садржали правило по којем се ствар требала предати у употребљивом стању.

еластична и странкама је омогућавала да сходно својим потребама утврде стање у којем се ствар предавала, односно узимала.

С друге стране, судови су имали тежак задатак поводом утврђивања фактичког стања ствари у вријеме предаје, о чему говори један сложен спор. Наиме, Фирма Творница крекера и соде, заступана од власника Радована Вучековића, узела је у најам један дио куће Петричевић Јелене. Најмодавац је покренуо спор ради наплате најамнине. Расправа се водила у правцу утврђивања стања предмета најма и у утврђивању чињенице да ли је предмет најма био предат најмопримцу. Свакако да су се наводи туженог и тужиље разликовали, али неспорно је било да су се тужилац и тужени погодили да тужени најмопримац о свом трошку изради нови кров на изнајмљеном дијелу куће, с тим да трошкове израде одбија мјесечно од кирије. Најмопримац је своје ствари смјестио у двориште куће. У току радова срушен је један од зидова куће, и то како је суд утврдио, по вољи најмопримца јер без новог зида се не би могао одржати ни нови кров. На крају, утврђено је да је тужени дужан да плати најамнину и ако није могао да у потпуности користи изнајмљену кућу јер су радови услед снијега трајали скоро сво вријеме најма.⁸³⁰ При томе, може се примијетити да суд није разматрао сврху ради које се изнајмљивао дио куће, а како се може видјети, у питању је била фирма за производњу соде и крекера, па се је стога било нужно утврдити да ли се могла остварити сврха ради које је најам закључен. Поводом првостепене пресуде тужени је изнио незадовољство у којем је истакнуто да објекат најма није уопште ни предат туженом на располагање, као и то да је објекат био неспособан за било какво коришћење, па самим тим тужилац није испунио обавезе из чл. 271. Општег имовинског законика.⁸³¹ Како другостепена одлука није била на располагању, остаје само да се каже да овај спор у правој мјери одсликава сложеност поступка утврђивања стања ствари.

3.2.Обавеза одржавања ствари

Након предаје ствари за најмодавца је настала обавеза да ствар одржава у исправном стању, односно у стању подесном за предвиђену употребу. Ради тога

⁸³⁰ ОСЦ, IV-1932-280, бр. 2478, 12. септембра 1932.г., Цетиње.

⁸³¹ АСЈ, ф. 2, Незадовољство против пресуде ОСЦ, IV-1932-280, бр. 2478, од 12. септембра 1932.г., Цетиње, 27. Новембра 1932.г., Цетиње.

најмодавац је требао да „врши све главније поправке које су за то потребне, уколико, по уговору или по обичају, то није дужност самог узимаоца, и у колико узималац није сам узрок потреби тих поправки.“⁸³² Уколико најмодавац није вршио обавезне поправке па је услед тога најмопримац било дјелимично или потпуно спријечен да користи ствар, на располагању му је било или да захтијева смањење најмовине, или да захтијева раскид уговора самим тим што се најам убрајао међу узајамне уговоре.⁸³³

Поред обавезе да поправља ствар да би најмопримац био у могућности да је користи, најмодавац је био дужан да сноси и све трошкове везане за одржавање ствари у употребљивом стању. С друге стране, како је најмопримац користио ствар он је сносио све трошкове који су проистицали из редовне употребе и живања. Општи имовински законик је предвидио ближа правила када је био у питању најам куће или неког другог „здања“: „Онда узималац на своје трошкове: бијели зидове, чисти јаме, водоваље, жљебове, димњаке и врши све ситније радње које требају за чистоћу и уредност куће. Све остале трошкове око уздржавања самог здања сноси давалац.“⁸³⁴ Поред тога, Законик је определијелио да порезе који терете саму ствар, плаћа најмодавац, а ако би порез исплатио најмопримац, он је могао или да њихову вриједност одбије од најмовине или да захтијева исплату од најмодавца.⁸³⁵

На потребу да се ствар поправи могли су да укажу и најмодавац (чл. 280) и најмопримац (чл. 281). Када је најмодавац сматрао да постоји „пријека“ потреба да се ствар поправи, најмодавац је био дужан да му дозволи поправку чак и кад му је поправљање у потпуности ометало коришћење ствари, с тим што је према приликама имао право да захтијева или снижење закупнине или раскид уговора.⁸³⁶ Дакле, овлашћења најмопримца су била определијељена конкретним приликама чију је процјену вршио суд у сваком конкретном случају, што је свакако било

⁸³² Општи имовински законик, чл. 273.

⁸³³ Општи имовински законик, чл. 274.

⁸³⁴ Општи имовински законик, чл. 275.

⁸³⁵ Општи имовински законик, чл. 276.

⁸³⁶ Општи имовински законик, чл. 280.

гипко рјешење јер је од карактеристика објекта најма зависило какве ће последице имати потпуна или дјелимична немогућност његовог коришћења.⁸³⁷

Најмопримац је под пријетњом накнаде штете био дужан да обавијести најмодавца о потреби да се изврше хитне поправке јер је ствар била у његовим рукама.⁸³⁸ Свакако, он ту обавезу није имао ако је најмодавац већ знао за нужне поправке.⁸³⁹ Такву врсту поправки могао је извршити и сам најмопримац, који је тада добијао положај незваног вршиоца туђих послова.

Изворна грађа не даје довољно података на основу којих би се могло нешто више рећи о вршењу обавезе одржавања. Изгледа да је Општи имовински законик отклонио евентуалне недоумице по питању које је радње био дужан да врши најмодавац, а које најмопримац, а сем тога, одредио је трошкове које је сносио најмопримац, а које најмодавац. Странке су могле уговором да расподијеле и послове и трошкове према својој вољи, јер су односна правила Законика имала диспозитивну природу. Уочљиво је да већина прегледаних уговора не садржи посебне одредбе о одржавању ствари и сношењу трошкова, док су два уговора имала различита правила о овом питању. У једном уговору се у потпуности репродукују наређења ОИЗ –а,⁸⁴⁰ док се у другом предвиђа да најмопримац све поправке и општинске дажбине сноси сам, без права да захтјева њихову накнаду.⁸⁴¹ Ипак, не треба изгубити из вида да је овај други уговор закључен са Управом Државних добара, док у промету међу појединцима нијесу забиљежене сличне одредбе, што наводи на закључак да су за уговоре о најму закључене са Државом, ипак, постојали посебни услови детерминисани статусом повјериоца.

⁸³⁷ По § 703 Српског грађанског законика : „Нужне поправке мора свакојако закупац допустити, но те да не трају дуже од шест недјеља, иначе може накнаду тражити због неупотребљења.“ Дакле, овај Законик је одредио најдуже вријеме у којем је закупац био дужан да трпи поправљање ствари.

⁸³⁸ Општи имовински законик, чл. 281.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ ВМПП, Уговор о закупу бр. 8972, између вакуфа Хусеин Паше, као закуподавца једне куће и Јовића Ивана, као закупца, од 25. Новембра 1932.г., Пљевља. У тачки IV стоји: „Нужне оправке за уздржавање темељних зидова и крова под закуп издатог предмета извађаће закуподавац. Дочим имаде закупац извести све остале оправке као што су: бијељење, бојадисање и чишћење просторија, те поправљање прозора (стакла) који се разбију за вријеме закупног времена као и све остале предмете закупног објекта, које закупац или његово особље оштети. Надаље закупац имаде о свом трошку чистити димњаке и плочник испред закупног објекта, те плаћати таксе за водовод, електрично свијетло и слично. Дакле, закупац је дужан сносити све дажбине везане за уживање овог објекта сем пореза, приреза и допунске преносне таксе.“

⁸⁴¹ СОЦ, Уговор бр.608, закључен између Управе Државних добара, као најмодавца једне државне зграде на Цетињу, и Филипа Самарцића, као најмопримца, 23. августа 1920.г., Цетиње.

3.3.Обавеза заштите од физичких и правних недостатака

Најмодавац је одговарао најмопримцу ако је ствар имала материјалне или правне недостатке. Он је, у осталом, као и други преносиоци код теретних уговора, био дужан да гарантује најмопримцу за физичке и правне недостатке ствари. Општи имовински законик је ову врсту одговорности посебно разрадио код уговора о куповини, с тим што су се та правила путем аналогије могла примијенити и на остале теретне уговоре. Управо због тога у оквиру норми о закупу ствари егзистирају, како једна норма о одговорности за физичке недостатке (чл. 272), тако и једна норма о одговорности за правне недостатке (чл. 277).

Када се испоставило да је ствар имала недостатке услед којих је најмопримац није могао користити на уговорени начин, он је по чл. 272 био овлашћен да захтијева раскид уговора ако за те недостатке није знао, нити је могао знати.

Најмодавац је био дужан да надокнади најмопримцу сву штету коју је претрпио услед недостатака ако је знао за недостатке, односно ако је био крив што су они настали. Може се примијетити да је ова одговорност код купопродаје била под тежим условима јер се није водило рачуна о томе да ли је продавац знао за недостатке или није. Могуће да ова разлика потиче отуда што су последице уговора о купопродаји трајније, њиме се преноси својина, док се код најма преноси овлашћење коришћења, а сем тога из ове разлике слиједила је и разлика у дуговојој противнакнади, која је свакако била већа код куповине.

Према члану 277 најмодавац је дуговао најмопримцу заштиту од правних недостатака. Ова одговорност се активирала када је треће лице, истичући неки правни основ, покушало да одузме ствар или када је узнемиравало најмопримца приликом употребе, и то под условом да је најмопримац о свему томе обавијестио најмодавца. Ако је дакле, најмопримац обавијестио најмодавца о правним претензијама трећег, он је био дужан да га заштити пред судом, у супротном био је дужан да најмопримцу надокнади насталу штету.

Како су правила о одговорности за физичке и правне недостатке диспозитивне природе, странке су могле својом вољом промијенити њихов обим.

Нема расположивих података који би указали на реализацију приказаних законских правила.

4.Обавезе најмопримца

Најмопримац је имао више обавеза од којих се, по правилу, на првом мјесту наводи његова обавеза да исплати одређену најмовину за коришћење ствари. Осим тога, имао је обавезу да ствар чува и да је употребљава у складу са уговором, односно према њеној природи. С обзиром да су предмет најма биле непотрошне ствари које је најмопримац привремено користио, по престанку закупа био је дужан да их врати, тако да се на крају говори о обавези повраћаја ствари.

4.1.Обавеза исплате најмовине

Најмопримац је након пријема ствари био дужан најмодавцу да плати најамнину за уступљену употребу и уживање. Како је уговор о најму теретан уговор (чл. 877 ОИЗ - а), то је најмопримац био дужан да плати најмовину.⁸⁴²

Ближа правила о исплати најмовине садржи чл. 282. Овај члан Општег имовинског законика прописује обавезу најмопримца да плати најамнину у уговореном року, односно у року одређеном законом или обичајем. Када рокови исплате нијесу били одређени, ОИЗ је поставио правило да се исплата врши на крају рока на који је уговорена најмовина, ако се најмовина плаћала годишње, исплата се вршила „како која година истече; ако ли је на мјесец, како се који мјесец наврши и т. д.“ Дакле, исплата се вршила по истеку рока плаћања, уназад (*postnumerando*), а не унапријед.⁸⁴³

⁸⁴² ОСЦ, IV-1931-53, бр. 677, ф. 411, 29. маја 1931.г., Цетиње. Ова пресуда се заснива на чл. 877: „По чл.877 О.И.З. најам је теретан уговор те је узималац у најам дужан плаћати најмовину.“

⁸⁴³ Као и ОИЗ, АГЗ (§ 1100) предвиђа да се најамнина исплаћује уназад, за разлику од СГЗ који одређује да се најамнина исплаћује унапријед (§685). По тумачењу А. Рушнова у §1100 је одређено као опште правило да се најамнина исплаћује уназад, осим ако је мјесни обичај предвиђао да се унапријед исплати најамнина, в. А. Рушноф, 520. М. Константиновић је сматрао да је изворник § 685 СГЗ – а управо § 1100 АГЗ – а (М. Константиновић, Одговорност закупаца за

Када је најмопримац одуговлачио са исплатом најмовине, повјерилац је могао да му судским путем постави крајњи рок с опоменом да ће у случају изостанка исплате тражити раскид уговора и повраћај ствари.⁸⁴⁴ Што значи да је најмопримац падао у доцњу поводом исплате најмовине тек пошто га је најмопримац опоменуо.

Начин исплате најамнине утврђивале су странке својим споразумом. У пракси је преовладаво најам на неодређено вријеме са мјесечном исплатом цијене која се обично вршила по истеку рока, тј. мјесеца,⁸⁴⁵ мада су странке некада уговарале да се најамнина исплати почетком мјесеца, уз ближе одређивање крајњег датума исплате.⁸⁴⁶

У погледу мјеста исплате најамнине Законик није садржао посебна рјешења, па су сходно томе важила општа правила исплате потраживања.

Висину најамнине одређивале су странке својом вољом. Имовински законик је оставио широк простор аутономији воље јер је, у складу са временом у којем је донешен, био Законик који је штитио приватну иницијативу. У новој држави, након првог свјетског рата је дошло до поремећаја у понуди и тражњи станова услед ратних дешавања и прилива пауперизованог сељаштва у градска

пожар, *Архив за правне и друштвене науке*, 558, фн. 1). Ипак, ако се пође од тумачења А. Рушнофа, онда се не може тврдити да правила СГЗ - а слиједе односна правила у АГЗ – а. Било би интересантно утврдити због чега се у овом домену СГЗ разликује од својег изворника, као и то одакле потиче наведено рјешење. Сем тога, интересантним се чини податак да се овај параграф не разматра у Додатку Богишићеве Анкете из 1873. Врло је могуће да се нијесу стекла нека општина и сигурнија сазнања о црногорским обичајима приликом исплате најамнине, па је с тога поређење са односним рјешењима СГЗ – а, било излишно.

⁸⁴⁴ Општи имовински законик, чл. 284.

⁸⁴⁵ ССБ, бр. 3004-IV-1935-185, 15. новембра 1935.г., Бар.

⁸⁴⁶ ВМПЦ, Уговор о закупу бр. 8972, од 25. Новембра 1932.године, Пљевља, тачка II: „Закупац се обавезује ову уговорену цијену плаћати сваког мјесеца унапред и то сваког мјесеца најкашњо до 5 дана тог мјесеца. Ако до тог дана не плати закупнину, дужан је платити 10% на име затезних камата.“

насеља. Држава је била принуђена да реагује у виду различитих мјера,⁸⁴⁷ међу којима се истицала мјера одређивања висине најамнине.⁸⁴⁸

Углавном, без обзира на те интервенције, у овом периоду, уговор о најму је остао да буде главни регулатор овог сегмента правних односа, иако су се назирали зачеци нове гране права, станарског права, која је теоријски и историјски проистицала из уговора о закупу.⁸⁴⁹

Према чл. 295 Општег имовинског законика најмодавац куће или неког другог „здања“ имао је законско заложно право на покретним стварима најмопримца које су биле унешене у кућу ради обезбјеђења исплате дуговане најамнине. Како грађа показује, ову врсту законске гаранције најмодавци су често користили посредством суда, с тим што је суд у сваком посебном случају испитивао основаност захтјева за обуставу најмопримчеве имовине. Тешко би се могло рећи да је суд поштовао други став члана 295, по којем предмет сигурности нијесу могле бити ствари које су улазиле у егзистенцијални минимум и као такве нијесу биле подложне законском извршењу.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ Дакле, као права међу тим мјерама истиче се мјера законског одређивања најамнине, што значи да најмодавац није могао да се користи погодностима које је имао по основу својине. Затим, одређено је да се вријеме закупа не одређује роковима, већ се закупцима дала могућност да у стану остану док желе. Трећа мјера је била у виду реквизиције вишка стамбеног простора и његове прерасподјеле онима који нијесу имали стан. В. Ратимир Лучић, одредница Станарско право у: *Енциклопедија имовинског права и удруженог рада*, 147.

⁸⁴⁸ Свакако, ове мјере су пратила и одговарајућа образложења, као на примјер следеће: „Пуна слобода уговарања закупних цијена и избора закупца у времену озбиљне кризе у становима, одвела би несумњиво стању поремећаја и трзавица друштвених. То није у интересу државе ни појединца јер би се тиме велики прогрес нашега народа, тако видан у свим правцима, зауставио на низ година.“ В. Уредба о становима и закупима зграда у опште, Протумачена и објашњена правилником за извршење исте, Београд 1921, 4.

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ Суд је по молби Радуловић Милосаве, домаћице, издао рјешење којим се дозвољава попис на покућству и осталим покретним стварима најмопримца Милована Радуловића, глумца који тужилци није исплатио најмовину за више од годину дана (АСЈ, ф. 3, Рјешење бр.1701-IV-1932-184, 14.4.1932.г., Цетиње). С друге стране, суд је одбио захтјев Антона Дебеуса да се „обуставе“ ствари најмопримаца браће Гончаренко, јер су у току поступка који се водио ради наплате најмовине, показали вољу да исплате најмовину (ОСЦ, бр. 545, IV-1924-98, ф. 195, 1. март 1924.г., Цетиње).

Углавном, спорове ради исплате најамнине карактерише учесталост.⁸⁵¹ Они се много чешће срећу од спорова поводом предаје предмета најма након престанка уговора што казује да су најмопримци били лоше платише који су прелазили из једног у други стан остављајући за собом неплаћене кирије без бојазни да ће их погодити законско заложно право јер често нијесу имали вриједних ствари.

4.2.Обавеза употребе ствари према њеној намјени

Из чл. 278 проистиче да је најмопримац имао право да „најпотпуније“ користи ствар према њеној природи, с тим што је приликом употребе био дужан да ствар чува са пажњом брижљивог и уредног човјека, под пријетњом накнаде штете. Дакле, најмопримац је, оквирно речено, имао право коришћења и обавезу чувања ствари. Ипак, ово право коришћења се не може посматрати изоловано од обавезе чувања јер је најмопримац и приликом употребе ствари према њеној намјени, био дужан да се понаша као пажљив и уредан човјек. Независно од тога што се на неким мјестима одвојено разматрају обавеза чувања и обавеза употребе према намјени,⁸⁵² оне су у ОИЗ – у обухваћане једним чланом па се с тога неће подвајати.

Без обзира што је коришћење у почетку члана 278 постављено као право на страни најмопримца, имајући у виду да то право није могао да врши неограничено као власник, већ у оквиру уговорене или редовне намјене ствари, може се рећи да је најмопримац имао обавезу да користи ствар у складу са њеном природом и да је при томе чува. Свакако, странке су својом вољом могле у уговору ближе одредити начин употребе ствари. Тако је по једном уговору о најму куће било одређено да најмопримац брижљиво чисти кућу и да не дозвољава животињама да улазе у двориште куће.⁸⁵³ У другом уговору је одређено да најмопримац „није властан у кући учинити никакве измјене кућног распореда, т.ј. несмије: врата или мулигине премјештати с једног мјеста на друго и томе што слично.“⁸⁵⁴ Као што се види,

⁸⁵¹ ОСЦ, бр. 498, IV-1928-92, ф. 330, 26. априла 1928.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1919-122, бр. 929, ф. 81, 14. јула 1919.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1933-93, бр. 775, 16. маја 1933.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1934-411, бр. 52, 5. децембра 1934.г., Цетиње.

⁸⁵² М. Орлић, 930.

⁸⁵³ ОСЦ, IV- 1920-126, бр. 1379, 21. јуна 1920.г., Цетиње.

⁸⁵⁴ ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8.март 1921.г., Цетиње.

уговором су се изричито одређивале обавезе најмопримца поводом ствари, и свакако, ове уговором преузете обавезе су у ширем смислу биле у складу са природном намјеном ствари.

Најмопримац није морао сам да употребљава ствар. Он је имао право да другом лицу изда ствар у најам. Ово право је најмопримцу било својствено од најранијих времена⁸⁵⁵ и припадало му је и по Општем имовинском законуку. Ипак, ово право најмопримца било је подложно ограничењима. Наиме, по чл. 285 најмопримац на првом мјесту није могао другоме ствар дати у најам ако је то било забрањено уговором, а сем тога и у случају када су постојали озбиљни приговори у погледу узимаоца у пренајам. Што се тиче првог разлога, он је био општеприхваћен, па се и у другим правима пренајам није могао уговорити ако је то било изричито забрањено уговором, што је била последица општег принципа слободе уговарања.⁸⁵⁶ Иначе, било је уговора који су ваљаност најма условљавали одобрењем најмодавца,⁸⁵⁷ што је била само друга варијанта уговорног ограничења. Враћајући се на приговоре у погледу узимаоца у најам, може се истаћи да су се ти приговори могли односити како на солвентност подзакупца, тако и на његову личност, јер најмодавцу који је издавао собу у својој кући није било без значаја ко ће становати под његовим кровом.

Углавном, како у другом ставу члана 285, каже законодавац, „пренајмом се, ипак, ни у чем не мијења веза међу првашњим даваоцем и узимаоцем у најам; овај јемчи за сваку штету које би ствар допала од тога новог узимаоца, од његове чељади, као и од какве занатске радње његове.“ Дакле, најмодавац није имао никаква овлашћења према трећем лицу, јер с њим није закључио уговор већ је најмопримац био тај који је сносио сву одговорност како у погледу исплате најмовине, тако у погледу осталих обавеза из најма.⁸⁵⁸

⁸⁵⁵ С. 4, 65, 6 (а. 224): „Нико неће бити спријечен да ствар коју је закупио изда у закуп другоме, ако се није другачије уговорило.“

⁸⁵⁶ С. Перовић, 432.

⁸⁵⁷ ВМШ, Уговор бр. 6714, од 31. децембра 1935.г., Пљевља, тачка VII: „Закупац не смије закупни објект дати у пазакуп трећој особи без приволе закуподавца.“; ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8. март 1921.г., Цетиње;

⁸⁵⁸ У једном случају најмодавац је тужио најмопримца и поднајмопримца. Из разлога пресуде може се видјети како је суд одредио обавезе најмопримца који је противно сагласности најмодавца уступио стан трећем лицу, али с обзиром да најмодавац није предузео законске мјере, заузео се

За најмодавца је од суштинског значаја била чињеница да је најмопримцу омогућио најпотпуније коришћење и да му је сходно томе припадала одговарајућа накнада без обзира што се у току трајања најма могло десити да најмопримац не оствари употебу у најширем обиму због околности које се не могу најмодавцу уписати у кривицу. Дакле, када најмопримац није могао да користи ствар у жељеном обиму услед своје кривице или услед догађаја који се њега самог тичу, све док је ствар држао, био је дужан најмодавцу да исплаћује најамнину, како налаже чл. 283 Општег имовинског законика. Судови су се доследно придржавали овог члана уз шире образложење са аспекта права власништва јер најмопримац није могао најмодавцу, као власнику, да „крњи право да од своје ствари прибира плод,⁸⁵⁹ кад му он није чинио никакве сметње у погледу искоришћавања ствари.

После свега, неопходно је додати да је најмодавац имао право да раскине уговор прије рока када је најмопримац користио ствар мимо уговорене или редовне најмене. Поред тога, он је имао право на раскид уговора и када „се је иначе бојати да од начина којим се њоме служи, ствар може примити замашне штете,“ с тим што је претходно морао да опомене најмопримца да се „остави те зле употребе, па непослушао.“⁸⁶⁰

Лијепу илустрацију примјене овог законског правила даје један спор поводом раскида уговора о најму куће који се водио 1920. године. Како се види из

став да је његово потраживање према поднајмопримцу основано. Из образложења пресуде: „Суд је нашао да тиме што је првотужени уступио стан тужитељев противу његове воље ...да је самим тим навукао на себе обавезу да је дужан сносити ову неплаћену кирију са друготуженим па се сходно чл. 285.О.И.З., има узети да је првотужени и даље остао узималац стана у тужитеља с обавезом плаћати кирију, као и све друге штете, које би проузроковао друготужени.“

⁸⁵⁹ У овом случају тужена није исплатила тужиоцу, најмодавцу најамнину јер није успјела да изда шест соба које је од тужиоца узела у најам. Како тужилац није учинио ништа да је у томе спријечи, он је имао право на пуни износ најамнине (ОСЦ, бр. 52, IV-1934-411, 5. децембра 1934.г., Цетиње). Други, већ цитирани спор (АСЈ, ф. 2, IV-1932-280, бр. 2478, 12. септембра 1932.г., Цетиње), је био сложенији и суштина му се састојала у томе што је најмопримац пристао да поправи кров изнајмљене куће при чему је дошло до рушења зида па с тога најмопримац није могао у потпуности да користи објекат најма. Из образложења пресуде: „Суд налази да самим тим што је тужени по погодби предузео да поправи кров, и чак уселио своје ствари у авлији тужитељке као и једно одјељење њеног стана, настаје за њега обавеза да плаћа кирију тужитељки под условима закљученим приликом погодбе о најму стана...Што од почетка подизања крова, па све док се тужени са својим стварима коначно иселио из недовршеног стана тужитељке, тужени није искористио стан у потпуности, није кривица до тужитељке јер је она приступила рушењу зида по захтјеву туженог, па за непогоде временске које су наступиле по исказу сведока Бепа Томата, те зид није на вријеме подигнут, нема одговорности до тужитељке, већ би кривица била до туженог који је имао предвиђети немогућност таквих радова зими – чл. 283 О.И.З. “

⁸⁶⁰ Општи имовински законик, чл. 279.

тужбе, тужилац Ђуришић Божо, као најмодавац је погодио са туженом Милицом Пејановић да станује у његовој кући на Цетињу, али под условом да у башту не пушта туђе живо и да одржава чистоћу како у кући тако и у башти. Како се тужена није „придржавала уговорених услова о одржавању чистоће у кући и авлији“ то је суд удовољио тражењу тужитеља и одлучио је да се раскине уговор о најму куће и да најмопримац у законском року ослободи кућу најмодавцу.⁸⁶¹

4.3. Обавеза враћања закупљене ствари

Најмопримац је био дужан да најмодавцу врати ствар након престанка уговора о најму. Према члану 293, најмопримац је био дужан да поврати ствар у онаквом стању у каквом је и примио, уколико „није назадовала обичном употребом, или временом или случајем.“ Дакле, ову обавезу најмопримац није могао испунити ако није поштовао претходну обавезу, обавезу да чува и употребљава ствар према њеној намјени. Ако је употребљавао ствар на уговорени или редовни начин, најмопримац није одговарао за оштећења која су потекла из такве употребе.

Како је најмодавац био власник ствари он је сносио ризик њене случајне пропасти. Како се види из чл. 293, најмопримац је одговарао за штету која је на ствари настала његовом кривицом. Општи имовински законик је имао ово опште правило везано за одговорност најмопримца уопште и оно је било у складу са принципима уговорне одговорности уопште.⁸⁶²

Неки законици су предвидјели да се приликом предаје ствари врши њен опис да би се избјегли спорови поводом тога у каквом је стању била ствар у

⁸⁶¹ ОСЦ IV-1920-126, бр. 1379, 21. јуна 1920.г., Цетиње.

⁸⁶² Српски грађански законик је посветио осам параграфа питању одговорности најмопримца у зависности од предмета уговора (§ 690-698). Посебно су интересантни § 696 и 697. По § 696 закупац је одговарао за пожар ако се доказала његова кривица, док је § 697 предвидио солидарну одговорност више закупаца за пожар „ако се не може дознати, чијом је управо кривицом или небрижењем ватра изашла.“ Ипак, по тумачењу М. Константиновића, солидарно су одговарали само они закупци који нијесу доказали да код њих појединачно не постоји кривица за то што се пожар догодио,(в. М. Константиновић, 567). Док у Додатку Анкете из 1873 поводом поређења § 697 СГЗ –а са црногорским обичајима стоји: „Суд ће развијети при коме је кривица онај ће и платити, или њих више по мјери кривице , али *in solidam* не одговарају.“ Дакле, и у обичајном праву процјена одговорности се вршила према кривици, те није било трагова деликтне одговорности више закупаца.

моменту предаје.⁸⁶³ Општи имовински законик није предвидео описивање ствари него је поставио претпоставку да је ствар била предата у најам у употребљивом стању, односно „онака како је могла одмах служити послу коме је намијењена била.“⁸⁶⁴

Иако Законик није предвидео попис ствари приликом предаје, странке су му ипак некада прибјегавале ради веће сигурности. Илустрације ради може се изложити дио једног уговора: „Банашевић је Маријану кућу при најмљивању предао: 1) све просторије по стручном занатлији обијељене као и слица; 2) Прозори опрани – офрегани; 3) сва стакла на прозоре здрава, као и на двоја врата од горњег спрата и 4) На свијема вратима уредне кључеве. Маријан је обавезан Банашевићу кућу уредно предати, тј: обијељену, офрегану, стакла здрава на прозорима и вратима као и кључеве.“⁸⁶⁵

Чињеница да нијесу забиљежени спорови поводом повраћаја објекта најма указује да су најмопримци редовно вршили своју обавезу повраћаја ствари. Како се могло раније примјетити нијесу били бројни ни спорови поводом чувања и употребе ствари. Најбројнији су спорови поводом отказа и најамнина. Лаицима је било тешко да схвате могућност да се отказ уручи без посебних разлога, па су стога обично наглашавали да су били уредне платише, да су ствар користили према намјени и слично. Најамнине су, како извори показују, биле чест предмет судских спорова.

⁸⁶³ СГЗ, § 689.

⁸⁶⁴ Општи имовински законик, чл. 293.

⁸⁶⁵ ОСЦ, Уговор бр. 304/1921, 8. марта 1921.г., Цетиње.

ГЛАВА ТРЕЋА

УГОВОР О НАЈМУ СЛУЖБЕ И РАДЊЕ

1. Основне карактеристике уређења радних односа у Црној Гори од 1918 – 1941. године

Питање правне регулативе радних односа прије стварања СХС је питање од особитог значаја не само са аспекта историје радног права у Црној Гори, већ и шире. Ипак, ова материја још увијек чека научну обраду, па се до тада може констатовати чињеница да је Општи имовински законик био основни регулатор односа везаних за радно ангажовање појединаца. Ипак, мање је познато да је Књаз Никола био издао посебно „Радничко правило“ у којем је након првог штрајка у Црној Гори 1888. године, било предвиђено деветочасовно радно вријеме.⁸⁶⁶ Наиме, радници Војне окружне радионице на Ободу (1866) обуставили су рад 1888. године због ниских надница, што је био „први облик организованог покрета за радничка права у Црној Гори и зачетак савременог права на штрајк.“⁸⁶⁷ Дакле, иако је шира борба радника за своја права почела укључивањем у раднички покрет Старе Југославије, не треба заборавити ни поједине акције радника прије уједињења 1918. године.

У периоду између два свјетска рата догодиле су се крупне промјене које су утицале на постепено осамостаљивање радних односа у односу на остале друштвено – економске односе. Тај процес подвајања радних односа имао је за последицу и формирање посебних правних правила која ће временом постати дио посебне гране права – радног права. У посматраном периоду постојао је сложен систем правила којима су се регулисали односи везани за рад јер су била присутна и грађанскоправна правила и правила посебног радног законодавства.

Основни фонд грађанскоправних правила везаних за односе рада садржао је Општи имовински законик. Он је регулисао уговор о најму службе и радње (*locatio conductio operarum*) у VIII раздјелу Законика. Поред тога, Законик је у X

⁸⁶⁶ Ч. Божићевић, *Црногорски правно историјски рјечник*, Одредница фабриканти, Подгорица 2010, 157.

⁸⁶⁷ Поред тога, исти радници су се изборили за одговарајућа признања и одликовања за „рад од 20 – 30 година без погрешке,“ *Ibid.*

раздјелу регулисао уговор о најму радње одсјеком, који није био ништа друго него уговор о дјелу (*locatio conductio operis*). И један и други уговор су се односили на најам радње, с тим што је законодавац њихове разлике везивао за разлике у начину одређивања накнаде (чл. 880), иако, наравно, то није била једина разлика међу њима, што ће се видјети из каснијег излагања.

Дакле, Општи имовински законик је у посебним раздјелима регулисао уговор о најму службе и уговор о дјелу што се може окарактерисати као модерно рјешење јер већина тадашњих законика није шире регулисала правне односе поводом рада.⁸⁶⁸ Ипак, не треба изгубити из вида да је Њемачки грађански законик посебно регулисао уговор о служби и уговор о дјелу.⁸⁶⁹ Аустријски грађански законик није раздвајао норме које су се односиле на уговор о најму службе и оне које су се односиле на уговор о дјелу већ их је нормирао у склопу услуга за плаћу. Без обзира што су ове одредбе биле смјештене у оквиру истог поглавља 26 (§ 1151 - 1163), законска правила указивала су да је законодавац правио разлику између ова два уговора јер су се нека правила стриктно односила на уговор о дјелу и нијесу се могла примијенити на уговор о најму радње.⁸⁷⁰ Српски грађански законик је пратио свој изворник. Наиме, он је регулисао уговор о најму (§706 - 722) и при томе, на први поглед није правио разлику између уговора о најму службе и уговора о дјелу. Међутим, говорећи о доцњи посленика у § 710, он је говорио о нарученој ствари, односно о служби које посленик није у уговорено вријеме извршио што казује „да је једно била служба, вршење неког посла, које је чинио посленик за наручитеља, а друго израда неке ствари.“⁸⁷¹

⁸⁶⁸ При томе, обично се истиче како је Наполеонов законик садржао два члана којима је регулисао односе поводом рада. М. Јосиповић, 1994, фн. 1, 274.

⁸⁶⁹ Њемачки грађански законик, уговор о служби (§611 - 630); уговор о дјелу (§ 631 - 652).

⁸⁷⁰ А. Rušnov, 562.

⁸⁷¹ М. Миљковић, Уговор о најму према Грађанском законнику Србије, „*Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844 - 1994)*“, Ниш 1995, 277. Сем тога, М. Јосиповић је посматрао уговор о најму Српског грађанског законика са радноправног аспекта и при томе је дошао до закључка да су тадашњи радноправни односи морали бити регулисани управо уговором о најму јер није постојао други основ регулације, М. Јосиповић, „Уговор о најму у Српском грађанском законнику као институт од значаја за развој радног права у нашој земљи,“ *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Ниш 1994, 274 – 276.

Прије свега, потребно је нагласити да је Општи имовински законик уговор о најму службе регулисао у општим потезима. Сходно томе, он није детаљно нормирао права и обавезе странака па би се на први поглед могло рећи да је оставио више простора аутономији воље. Наиме, овом уговору законодавац је посветио укупно 12 чланова (чл. 329 – 340, чл. 879), док је уговору о најму радње одсјеком посветио 20 чланова што довољно указује на постојање непотуне законске регулативе уговора о најму службе. На први поглед уочљива је разлика у односу на Њемачки грађански законик који је овим уговорима посветио приближан број чланова, уговору о служби 19, а уговору о дјелу 21 члан. Ипак, различит степен изграђености капиталистичких односа утицао је и на разлике у обиму законске регулативе. Наиме, Богишић је био свјестан сложених околности у којима се формирало грађанско друштво у Црној Гори па постоји велика вјероватноћа да је он односе поводом рада сврстао у групу односа које није било неопходно потпуно уредити.⁸⁷² Разлози за непотпуну регулацију уговора о најму службе и радње могу се тражити на различитим странама. На првом мјесту, савим је сигурно да је Богишић био упознат са токовима радничке борбе у Европи која је резултирала заштитном државном интервенцијом већ од средине 19. вијека.⁸⁷³ Он је знао да ће услед развитка капитализма доћи до сличних активности и у Црној Гори па је оставио простора евентуалној државној интервенцији. Осим тога, Анкета из 1873. године садржи пуно података о односима радника и послодавца, односно о односима слуге и господара, што је јасан показатељ да се није могла занемарити улога обичајних правила у домену изнајмљивања радне снаге,⁸⁷⁴ па је законодавац дио односа препустио управо дејству обичаја. На крају,

⁸⁷² Како је истако говорећи о „пространству појединих предмета“, има предмета „који ради кога драго узрока није такве природе да му се све стране могу *á priori* одредити...“ В. Богишић, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, Београд – Подгорица, 1999, 126.

⁸⁷³ Интервенција државе у виду заштитног законодавства отпочела је у Енглеској на самом почетку 19. вијека (1804.г.). У Француској и Њемачкој је до сличне интервенције дошло средином 19. вијека. Тако је у Француској 1841. године донијет закон којим су одређене минималне године старости за заснивање радног односа и одређено радно вријеме за дјецу. У Њемачкој је 1839. године одређено да се не могу запошљавати дјеца млађа од 10 година, с тим што се 1853. године отишло корак даље па је прописано да је дванаест година био минималан број година за запослење, В. Брајић, *Радно право*, Београд 2001, 25.

⁸⁷⁴ Већи број од укупно 17 питања и одговора из Одсјека Обавезе, који се односе на изнајмљивање туђе радне снаге, везан је за уговор о раду. Поред тога, у оквиру Одсјека Ужа фамилија, три питања и три одговора односе се на положај слуге и његове односе са господарем.

није искључена могућност да је законодавац, поред свих наведених разлога, имао у виду, и да је неке сегменте препустио слободној вољи странака.

Као што се могло видјети, основни корпус грађанскоправних правила о односима рада садржали су Општи имовински законик, обичајна правила и спорадични акти највиших органа власти (нпр. „Радничко правило“). Са уједињењем 1918. године десиле су се промјене у оквиру правне регулативе односа рада. Те промјене су се кретале ка успостављању више права за радничку класу мимо оних која су била доступна у оквиру грађанскоправне регулативе уговора о најму службе.

Видовдански устав, који је био донешен 1921. године, садржао је одредбе које су радницима гарантовале одређену социјално – економску заштиту, као на примјер начела о заштити и сигурности радника на раду, о радном времену, социјалном осигурању, инвалидској заштити и праву радника на синдикално организовање. На темељу тих одредби у Старој Југославији су донешени бројни закони који су третирали односе између послодаваца и радника, и који су оформили тзв. радно законодавство,⁸⁷⁵ као сасвим специфично законодавство у односу на имовинско, тачније грађанско законодавство. Ипак, у литератури се често наглашавала чињеница да се односна правила радног законодавства нијесу примјењивала или да су се изигравала.⁸⁷⁶ Чак више, посебно се истицало да је њихова примјена изостала у Црној Гори, гдје није било организованијег радничког покрета. С. Меденица наводи бројне податке који казују да се радно вријеме од 8 часова, које је било прописано Законом о заштити радника из 1922. године, није поштовало. Он истиче да је најтежа ситуација била код занатских, трговинских и шумских радника који су радили од 12 до 18 часова дневно.⁸⁷⁷ Даље наводи да социјално осигурање није било ни дјелимично ријешено, о чему довољно говори податак да је у Беранама од 130 радника, намјештеника и шегрта,

⁸⁷⁵ Н. Sirotković, L. Margetić, 1988, 277. Скуп ових правила којима се вршило „уређење производних односа радног свијета“, називао се и „радничка заштита“, F. Čulinović, Zagreb 1959, 328.

⁸⁷⁶ Сем тога, треба додати да за примјену неких закона нијесу постојали материјални услови, тако на примјер, закон о пензијском осигурању је чекао пуних петнаест година на примјену јер послодавци нијесу исплаћивали потребне доприносе, *Ibid.*

⁸⁷⁷ С. Меденица, 179.

свега њих 10 било осигурано.⁸⁷⁸ Шта више, у тадашњој штампи се питање социјалног осигурања карактерисало као посебно „болно питање“ и захтијевало се потпуније спровођење социјалног осигурања у Црној Гори.⁸⁷⁹

Ови аргументи говоре довољно и јасно осликавају тежак положај радника у Црној Гори. Ипак, забиљежен је један случај који говори о примјени Закона о заштити радника. Овај случај не може потпуније измијенити већ стечену слику о лошем положају радника у Црној Гори, али без обзира на то казује да је ипак било изузетака у којима се водило рачуна о правима радника. Наиме, Рогановић Лазар, пекарски радник из Цетиња тужио је Симовић Јагоша, пекара из Цетиња, ради исплате 810 динара из основа најма радње. Између тужиоца и туженог био је склопљен уговор о најму радње по којем је тужилац био дужан да ради у пекарској радњи туженог по осам сати дневно. Међутим, у поступку је утврђено да је тужилац „прековремено уговором одређеног а и оног одређеног у § 6 Закона о заштити радника радио просјечно по 4 сата дневно више. Сваки пак прекомјерни рад власници предузећа дужни су по § 10. Закона о заштити радника плаћати најмање 50% више од редовног.“⁸⁸⁰ Како је тужилац радио код туженог 18 дана, а најамна плата му је била 60 динара, уз прековремени рад који је био урачунат, суд је осудио туженог да тужиоцу исплати тражену суму и одлуку је засновао на члану 329 Општег имовинског законика и параграфима 5, 6 и 10 Закона о заштити радника.⁸⁸¹

У крајњем, не треба изгубити из вида да је у периоду између два свјетска рата, уговор о најму радње имао посебно и различито мјесто него у вријеме доношења Општег имовинског законика. Крајем 19. и почетком 20. вијека десиле су се промјене које су резултирале јачањем радничке класе, што се на пољу права одразило у виду промјена у теоријском схватању уговора о најму службе и

⁸⁷⁸ *Ibid.*, 185.

⁸⁷⁹ Глас Црне Горе од 15. новембра 1939: „Питање социјалне помоћи радника је наше болно питање. Уреди за осигурање радника издржавају се на терет радничке наднице, па зато треба радницима и да служи. Велике се неправде тамо чине радницима... Одозго постављена бирократија уреда издаје директиве: радницима свести хранарину на најмању мјеру, не шиљати раднике на санаторијско лијечење, давати најјефтиније љекове, спроводити систем „симулант“ итд... Да би се прекинуло са овом праксом, захтијевамо да се формира Окружни уред за Црну Гору, Боку, Метохију и Санцак. Да се сви облици социјалног осигурања спроведу у живот... “; цит. према: С. Меденица, 184.

⁸⁸⁰ ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње.

⁸⁸¹ *Ibid.*

дефинисању појма радног односа. Наиме, уговор о најму, који је почивао на римском концепту уговора *locatio – conductio*, у периоду либерализма је имао доминантну облигационоправну природу и посматран је као акт размјене рада за плату. Није се водило рачуна о економском и социјалном положају радника што је била последица римских схватања, тј. фикције, да су одвојено егзистирале радна активност (снага) и личност радника. Међутим, током 19. вијека уочено је да радно ангажовање појединца доводи до укључења његове личности у радни процес и да имовински елементи нијесу, нити једини, нити најбитнији, елемент уговора о најму службе. Тако да се све више инсистирало на разликама између уговора о најму радне снаге и уговора о раду који је био нов и специфичан уговор који се није могао изједначити са постојећим грађанскоправним уговорима.⁸⁸²

Поред истакнуте разлике између ова два уговора, XX вијек је довео до дефинисања посебног појма, појма радног односа који је могао постојати независно од тога да ли је закључен уговор о најму, односно, уговор о раду. Наиме, радни однос, под којим се подразумејевао однос фактичког рада, постао је основни појам радног права,⁸⁸³ а уговор о најму радње и службе, односно касније, уговор о раду, је почео да се посматра као основ за настанак радног односа.⁸⁸⁴ Дакле, од тада се није вршило изједначавање уговора о раду и радног односа па је настала могућност да у радном односу буде нечега што није било у уговору о раду,⁸⁸⁵ при чему се обично мисли на више права за радника јер су закон и колективни уговори одређивали минимум права.

⁸⁸² Уговор о раду има мјешовиту природу што јасно разлаже Б. Шундерић, „Уговор о раду и његова природа“, *Право и привреда*, бр. 5 – 8/97, 950: „У његовом бићу се укрштају последице државног интервенционизма, аутономије воље уговорних страна, власти и власника капитала. Уговор о раду је последица деловања ове три силе. Иза државног интервенционизма стоји јавна власт и јавни интерес да се односи рада регулишу. Иза аутономије воље уговорних страна стоје њихове потребе и релативна слобода одлучивања. И на крају иза власти послодавца стоји економски интерес да се оплодња капитала врши у што краћим периодима и са што вишом стопом оплодње. Уговор о раду и јесте синтеза ова три интереса.“

⁸⁸³ В. Брајић, 124. Више о релацији радног односа и уговора о раду в. *Ibid*, 135 – 139.

⁸⁸⁴ Шта више, разликовање „радног односа од уговора о раду било је веома значајно јер се њиме, поред осталог, доприносило заштити економског односа. У историји је познато да све док није дошло до интервенције државе у друштвенорадне односе, доношењем заштитног законодавства, ниједан пропис није регулисао положај радника, односно његов статус који је био, у крајњој линији, последица његове економске ситуације“, Б. Шундерић, 56.

⁸⁸⁵ В. Брајић, 135.

Углавном, претходно излагање се дотакло теоријских питања радног права да би се на потпунији начин пришло појму уговора о најму радње у Општем имовинском законуку, с једне стране, и његовој примјени у времену између два свјетска рата, с друге стране. Сем тога, оно је последица чињенице да не постоји шира теоријска обрада уговора о најму радње у нашој правној науци што је била последица различитих околности. Наиме, предратна теорија се обично базирала на уговор о најму у аустријском и српском законодавству које није познавало уговор о служби као посебну институцију. Теоријска изградња овог уговора није могла настати касније јер је уговор о раду, као уговор са приватним и јавним елементима добио примат, а уговор о најму је постао дио правне историје.

Б. Шундерић је с правом истакао да је данас теже одредити природу уговора о раду него што је то било крајем 18. вијека због тога што су се умножили прописи радног и социјалног законодавства.⁸⁸⁶ Чини се да ова констатација важи и за појмовно и практично одређивање уговора о најму радне снаге у Црној Гори од 1918.г. до 1941.г., и то из следећих разлога. Наиме, расположива грађа казује да се практиковао уговор о најму службе који је био регулисан Имовинским закоником. Законик говори о уговору о најму службе а и о фактичком најму службе, или како би се то данас назвало, познаје појам радног односа као фактичког односа. Пракса слиједи разлике које је у поменутих правцима поставио Законик.

2. Појам уговора о најму службе и радње

Појмовно одређење уговора о најму службе и радње садржи члан 879. По том члану најам службе и радње постојао је када се један уговорник обавезао да ће на рачун другог уговорника извршити погођену службу или радњу при чему се други обавезао да ће ту радњу платити.⁸⁸⁷ Према овом одређењу уговора о најму службе и радње, битни елементи уговора су били служба или радња и накнада за исту.

⁸⁸⁶ Б. Шундерић, 1997, 949.

⁸⁸⁷ На исти начин и Њемачки грађански законик у § 611 одређује појам уговора о служби: "Уговором о служби обавезује се, тко обећаје вршење службе, на вршење обећаних служби, а друга страна на плаћање накнаде." Ова, као и односна дефиниција Општег имовинског законика, су класичне дефиниције уговора о најму службе и радње.

Уговор је био консенсуалан и за његово закључење је била довољна сагласност воља странака о битним елементима.

Уговор о најму службе се могао закључити ради вршења различитих врста служби.⁸⁸⁸ Ипак, имајући у виду конкретну друштвено – економску подлогу Црне Горе у периоду између два свјетска рата, може се закључити да овај уговор није имао широк домен примјене. Наиме, иако су капиталистички односи били постављени на чврстим основама, још увијек није било остварено потпуније одвајања проивођача од средстава за рад, тачније, у друштвеној структури нијесу доминирали професионални најамни радници који су искључиво могли да живе од продаје своје радне снаге. С обзиром на низак степен привредног развоја, врло мали број становника био је запослен у индустрији и занатству. Претежан број запослених је био у пољопривреди с тим што је мањи број био стално запошљен, а већину су чинили надничари.⁸⁸⁹ Расположива архивска грађа не одликује се разноврсношћу. Највећи број спорова водиле су кућне слуге против својих господара ради исплате накнаде за обављену службу.⁸⁹⁰ Значајан је и већ цитирани спор пекарског радника из Цетиња,⁸⁹¹ као и спор зидара из Ластве који је обављао послове настојника при изградњи пута.⁸⁹²

Поред члана 879, којим се даје опште одређење уговора о најму службе и радње, још један члан садржи шира правила. Наиме, у члану 329 стоји да се свака служба и радња, „па и она која се обично временом мјери, треба да се плати или

⁸⁸⁸ Једна иста радња могла је бити предмет уговора о најму службе или уговора о дјелу у зависности од конкретних околности. А. Рушинов за примјер узима радњу тапетирања: „Тко тапетара наручи за становито вриеме да му тапетира стан онако, како му он каже, т. ј. по његовом (наручиоцу) укусу и одредби, тај је учинио са тапетаром уговор услуге (*locatio conductio operarum*). Ако пако му напросто каже да има адапирати стан да одговара сврхи, за коју хоће да га употреби, тај је склопио с тапетаром уговор радње (*locatio conductio operis*),“ А. Rušnov, 563.

⁸⁸⁹ С. Меденица, 177: „Тако је од укупно 9.706 радника, према попису становништва, отпадало на пољопривредне раднике 897, на индустријске и занатске 2.992, а остало се односи на друге привредне области. Од 4.839 надничара и слугу, на пољопривреду је отпадало 3.307, на индустрију и занатство 1.014, а на остале привредне области 845. Од 1.056 кућне служинчади свега 26 отпада на пољопривреду, 98 на индустрију и занатство, а највећи дио на друге привредне области. Међутим, број кућне служинчади у пољопривреди није реално приказан. Овај број је био знатно већи, јер су многа дјеца радила код својих најближих рођака итд.“

⁸⁹⁰ ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1935.г., Цетиње, Пејовић Јока, служавка из Цетиња покренула је спор против Јанковић Анта, књиговође из Цетиња, ради наплате дуга из најма службе. Слично и ОСЦ, IV-1923-31, бр. 252, ф. 164, 20. Априла 1923.г., Цетиње; ОСН, Пл. 58/40, 22. јуна 1940.г., Никшић; ОСЦ, IV-1922-46, бр. 536, 17. маја 1922.г., Цетиње.

⁸⁹¹ ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње.

⁸⁹² ОСЦ, IV-1932-45, бр. 1245, ф. 445, 20. маја 1933.г., Цетиње.

иначе накнади.“ Дакле, могло би се рећи да овај члан даје појмовно одређење радног односа као фактичког односа који је постојао независно од тога да ли је био закључен уговор о најму службе. Самим тим, најмљеник или радник је могао да оствари право на накнаду на основу саме чињенице да је посао обавио, дакле на основу фактичког односа рада.⁸⁹³ Ако се прихвати овакво становиште онда је сасвим очигледно колико је Општи имовински законик био испред свога времена јер су други законици познавали само уговор о најму службе, односно уговор о раду, а и сама теорија је углавном након првог свјетског рата развила појам радног односа. Од посебног значаја је и чињеница да се су црногорски судови у међуратном периоду базирали на члану 329 када су раднику признавали право на накнаду без обзира што није био закључен уговор о најму службе. О свему томе јасно говоре два случаја од којих је први потпуно једноставан, док је други мало сложенији.

Године 1934., Пејовић Јока, служавка из Цетиња, тужила је Јанковић Анта ради исплате најамнине. Наиме, тужиља је служила код бабе туженога пок. Даковић Стане уз мјесечну најмовину од 300 динара. Тужиља је под заклетвом изјавила да је након смрти Даковић Стане, продужила са туженим уговор под истим условима. Суд је узео ову тврдњу за доказану и на основу члана 879 обавезао је туженога да намира неисплаћену најмовину. Сем тога, суд је у образложењу пресуде додао још и ово: „Уосталом и без обзира на утврђену чињеницу склопљеног уговора о најму, тужитељица би имала право на накнаду у смислу чл. 329 О. И. З., само што би ову у недостатку уговора одредио суд.“⁸⁹⁴

Други случај је имао идентичан предмет, наиме, Јова Челебић из Цетиња тужила је Марка Думовића из Релезе, ради исплате најамнине. Окружни суд на Цетињу је одбио тужилџин захтјев јер је између ње и туженога постојао конкубинат. При таквом стању ствари суд је узео да и ако је постојао уговор о најму радње, чије постојање тужени пориче, такав уговор је био лажан „а у јединој сврси, да се њиме покрије једно дјело, које је не само противно поштењу и благонрављу већ и законом забрањено и кажњиво. Према чл. 913. Такав уговор

⁸⁹³ В. Брајић наводи три битна елемента радног односа: добровољно ступање на рад, лично обављање рада и накнаду, В. Брајић, 128 -131.

⁸⁹⁴ ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1935.г., Цетиње.

треба судити по ономе што се уистину с намјером чини, а не по ономе што се прикривено показује, а пошто се овђе ради о конкубинату...то је уговор о таквом послу и дугу сам по себи ништав и сматра се као да никад није углављен био (чл. 513. у в. са чл. 917 О. И. З.).⁸⁹⁵ Велики суд у Подгорици нашао је да је ова пресуда на закону неоснована и предмет је вратио на поновно суђење Окружном суду. Велики суд је нагласио да „ни само признање странака о конкубинату, нити рјешење Конзисторије нема значаја за основ конкретне тужбе јер конкубинат ни у колико не утиче на заснивање извјесне обавезе која је законом допуштена. Основ пак којег је странка у тужби изнијела потпуно је законит, па се је и имало по њему расправљати, т.ј. установити да ли је заиста најам службе постојао и да ли је у намјери странака или у природи посла била и накнада за исти.“⁸⁹⁶ У поновном поступку Окружни суд је прихватио захтјев тужиле за накнаду најмовине. Како је тужена била у служби код туженог од 1. септембра 1902.г. до 6. јула 1921.г., и за сво ово вријеме је обарађивала имање туженог, привређивала као марљива и савјесна домаћица, суд је у поступку утврдио најамнину од 7140 динара за сво уговорено вријеме. Суд је након спроведеног поступка заузео став да је уговор међу парничарима постојао и да је у намјери странака било да се извршена служба плати па је одлуку о прихватању захтјева за исплату најамнине базирао на чл. 329 и 330 Општег имовинског законика.⁸⁹⁷

Како се из претходног види, најамници су ступили добровољно на рад који су лично обављали и имали су у виду накнаду за обављени рад па се може закључити да је постојао радни однос у свом најпростијем виду. Постојање радног односа омогућило је заштиту интереса радника који су могли остварити своја права, у овим случајевима права на накнаду, без обзира на постојање или непостојање уговора о најму службе.

Када се говори о уговору о најму слижбе обично се истиче да је најамник био подређен господару.⁸⁹⁸ Ипак, ова подређеност би се могла посматрати из два различита аспекта, аспекта личне подређености и подређености у оквиру процеса

⁸⁹⁵ ОСЦ, IV-1922-46, бр. 536, 17. маја 1922.г., Цетиње.

⁸⁹⁶ ОСЦ, Пресуда Великог суда, бр. 698-IV-922-319, 2. новембра 1922, Подгорица.

⁸⁹⁷ ОСЦ, број 179- IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

⁸⁹⁸ R. Zimmermann, 397.

рада. Када је у питању црногорско обичајно право, истиче се да послодавац није имао никакву власт над радницима, и да радника није могао „ни прекорит, него само посоколит.“⁸⁹⁹ Општи имовински законик је на једном мјесту истакао да је најмилац био дужан „да се постара укријепити у најмљенику општа правила поштења и благонаравља,“⁹⁰⁰ што је јасан показатељ да су још увијек у најамним односима постојали елементи патријархалних схватања. Што је значило да се ни по Законику није могло говорити о некој посебној личној подређености најамника послодавцу. Изворни подаци не казују ништа о овом сегменту најамних односа мада је по природи ствари сасвим сигурно да је у поступку рада најамник био дужан да се руководи упуштвима послодавца.

Законски термини за најам службе и радње су се користили у пракси. Било је случајева гдје се само говорило о најму,⁹⁰¹ постојали су случајеви гдје се говорило о најму службе,⁹⁰² с једне стране и о најаму радње,⁹⁰³ с друге стране. Не може се са сигурношћу одредити колико је ово разликовање било само термилошко јер се о најму радње говори само у једном спору, поводом обављања пекарског посла, док се о другим случајевима, гдје је у питању претежно однос служења, говори о најму службе.

Законик накнаду за обављену службу и радњу означава као плату (чл. 332, 340) или као најмовину (чл. 336). И један и други термин су коришћени у пракси с тим што преовладава термин најмовина,⁹⁰⁴ док се о плати говорило у једном случају и то гдје се радило о накнади из државне службе.⁹⁰⁵ Сем тога, у једном случају је употребљен термин најмовна цијена,⁹⁰⁶ а у другом најамна плата,⁹⁰⁷ што све заједно говори о неуједначености терминологије која се користила, али

⁸⁹⁹ В. Богишић, (2004б),191.

⁹⁰⁰ Општи имовински законик, чл. 334.

⁹⁰¹ ОСЦ, број 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

⁹⁰² ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1933.г., Цетиње; ОСЦ, IV- 1933-354, бр. 3573, ф. 478, 18. децембра 1933.г., Цетиње; ОСН, Пл. 58/40, 22. јуна 1940. Никшић.

⁹⁰³ ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње.

⁹⁰⁴ ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1933.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1932-45, бр. 1245, ф. 445, 20. маја 1933.г., Цетиње.

⁹⁰⁵ ОСЦ, IV- 1933-354, бр. 3573,ф. 478, 18. децембра 1933.г., Цетиње.

⁹⁰⁶ ОСЦ, број 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

⁹⁰⁷ ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње.

без обзира на то мора се примјетити да се у свим случајевима радило о називима који су били разумљиви и јасни.⁹⁰⁸

Законик је за странке у чл. 879, ст. 2 одредио називе најамник или радник, за онога ко врши рад, а за онога у чију се корист рад обавља назначио је термин најмилац или наручилац радње. Расположиви материјал казује да се ова терминологија није употребљавала. Ипак, овдје треба имати на уму једну резерву. Наиме, садржину овог материјала чинили су судски акти и сходно томе у њима се користила процесна терминологија према положају странака у парници без обзира на положај странака у материјалном односу најма. Имајући ово у виду, није било искључено да су странке ове термине користиле у фази уговарања.

У најам службе и радње су могла ступити и лица која нијесу била пунољетна. У тим случајевима уговор је за њих склапао родитељ, односно старатељ. Тако се из једног спора вођеног 1923.г. може видјети да је мајка тужила послодавца код којег је њен син Васо служио 5 и по мјесеци.⁹⁰⁹ Законик не одређује минималне границе које су биле потребне за ступање за службу, као у осталом ни остали грађански законици тога времена, као ни они који су донешени касније јер је услиједило доношење посебних правила радноправне природе којима су регулисана та питања и којима су постављене доње границе старости за ступање у најамне односне.

3. Права и обавезе странака

Приликом утврђивања садржине најамног односа потребно је поћи од тога да је најамник био дужан да изврши уговорени рад док је најмилац био у обавези да за извршени рад исплати одређену накнаду(чл. 879). Дакле, с једне стране је стајала обавеза радника да изврши службу, а с друге стране је било право најмиоца да захтијева обављање те службе. Исто је важило и за накнаду, најмилац је био дужан да за изршени рад исплати накнаду, а најамник је имао право да

⁹⁰⁸ Анкета из 1873.г. казује да се највише користио термин плата, односно плаћа, В. Богишић, (20046),190 – 192.

⁹⁰⁹ ОСЦ, број 252- IV-1923-31, ф. 164, 20. априла 1923.г., Цетиње. Из овога случаја се не може закључити колико је година имао најамник. Ако се има у виду да су у овиру породичног домаћинства дјеца вршила неке послове, као чување стоке или сличне послове, са осам година или десет година онда се може претпоставити да су у том узрасту могли радити и за другога.

захтијева њену исплату. Законик је најмиоцу одредио и обавезу да у одређеној мјери заштити најамника у случају болести. Међутим, Законик изричито није предвидио да је најмилац био дужан да заштити најамника од опасности које су могле погодити његов живот или здравље услед вршења уговорене службе. Што се тиче најамника, његова основна обавеза била је обављање уговорене службе. Законик је подразумијевао да се служба вршила лично па није постављао односна правила тим поводом.⁹¹⁰

3.1.Обавезе најамника

Норме Законика које се тичу обавеза најамника су тако конципирани да се у највећој мјери односе на најам слуга, мада то није искључивало њихову примјену на друге најамне односе. Чињеница је да су односи слуге и господара доминирали у структури рада у вријеме доношења Општег имовинског законика па су управо зато и правила у већој мјери била њима посвећена.

Најамник је био дужан да стави своју радну снагу на располагање. То превасходно значи да је био дужан да у уговорено вријеме дође на уговорено мјесто гдје се вршила радња коју је погодио са другом страном. Није било спорова поводом неизвршења уговореног посла од стране најамника. Економска принуда и висок степен незапослености⁹¹¹ били су фактори који су утицали да најамници редовно извршавају своје обавезе.

Члан 334 Имовинског законика је описао начин на који је најамник био дужан да изврши уговорени посао. У том члану стоји следеће: „Најмљеник је или радник дужан вршити радњу која је погођена, или коју доноси обичај и начин Куће гдје служи, онако како би је вршио сваки савјестан и уредан радник. Он је одговоран за штету коју, при томе, проузрокује немаром или злом намјером.“ Дакле, најамник је при вршењу посла био дужан показати највећи степен пажње јер је у противном сносио одговорност за штету.

У Законику је наглашено да се посао морао извршити на уговорени, односну уобичајни начин. Ближа правила о начину извршења посла су зависила од врсте

⁹¹⁰ Немачи грађански законик садржи посебно правило (§ 613) којим се наглашава да је служба „најособнија обвеза и овлашћење.“

⁹¹¹ В. Ф. Ćulinović, 329.

посла који је био уговорен. О овом питању се није расправљало у пракси али из једног спора се може видјети шта је радила једна слушкиња у оквиру своје службе. Наиме, слушкиња је „радила послове какве добре домаћице, у кући водила домаћу економију, радила пољске радове, чувала стоку, једном ријечју радила је све оне послове, које једна вриједна и савјесна домаћица врши у кући једног богатог домаћина на селу...“⁹¹²

С друге стране, радник није био дужан да „ради што је закону противно, или је стидно, као ни оно што би прелазило његову моћ и снагу.“⁹¹³ Значи, радник није био обавезан да извршава радње које су биле против закона и морала, што је било опште правило. Али потребно је додати и то да радник није био у обавези да обави послове који су превазилазили капацитете његове радне снаге што значи да је Законик имао у виду заштиту посебних категорија најамника, и то на првом мјесту дјецe, а на другом мјесту жена. Свакако да је ово било фактичко питање чију је процјену вршио суд у сваком конкретном случају.⁹¹⁴

3.2.Обавезе најмиоца (послодавца)

Пошто је уговор о најму по својој природи био теретни уговор, послодавац је био дужан да најамнику исплати одређену накнаду. Странке су накнаду најчешће одређивале уговором. Међутим, и ако накнада није била уговорена она се морала исплатити, осим ако је изричито било предвиђено обављање службе без накнаде (чл. 329). Законодавац је на овом мјесту упутио на радње и помоћи на узајмицу и без узајмице, као најчешћи облик обављања посла за другогa без права на накнаду (плату).⁹¹⁵ Свакако да су на селу постојали различити облици узајамне помоћи који због локалног карактера нијесу могли бити узаконени већ су за њих и даље важили мјесни обичаји.

⁹¹² ОСЦ, број 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

⁹¹³ Општи имовински законик, чл. 334.

⁹¹⁴ На овом мјесту се може указати да је сличан став према оптерећењу најамника имало и обичајно право. Наиме, слуге су се држали као „свои“ и није им се давала „тежа радња“, односно како се прецизније каже: „слугама мање рада (дају) у предјелима ближе к Рцеговини, јер тамо не раде више него домаћи. Исто тако и у катунској нахии. Само у предјелима Ђе (је) ближе пазарах, тун им је мало теже,“ В. Богишић, 192. Дакле, „мало“ више су радили најамници у областима гдје је доминирала трговина и гдје су економски интереси били на првом мјесту.

⁹¹⁵ Општи имовински законик, чл. 341 – 347.

У свим оним случајевима гдје најамнина није била одређена уговором, она се одмјеравала према обичајима или законској такси, а у недостатку истих, суд је вршио процјену према приликама сваког појединог случаја.⁹¹⁶

У вријеме доношења Општег имовинског законика, тачније, све до 1937.г. нијесу постојала ограничења везана за висину најамнина што значи да је доминирала аутономија воље. Већ је истакнуто да је такво стање постојало све до 1937.г. када је ступила на снагу Уредба о минималним надницама и то „као последица тарифних борби које су се водиле од 1934. године.“⁹¹⁷ Ипак, „минимална најамнина није имала покриће у реалној најамнини. Цијене су расле, а најамнине су остајале исте, или уколико су повећаване на бази борбе радничке класе, повећаване су знатно мање од пораста цијена, што је доводило до погоршања положаја радничке класе.“⁹¹⁸ Дакле, државна интервенција у овом домену није могла олакшати положај радника јер су мјере које је она предвиђала биле у овирима постојећег система и представљале су привремено, а не трајно рјешење економских проблема.

Правило је било да је најамнина била изражена у новцу. Чак и у вријеме израде Законика најамнине су биле претежно одређене у новцу. Ипак, битно је истакнути да је обичајно правило било да се слугама који су становали у кући господара, најамнине дјелимично исплаћују и у натури. Дио у натури су чинили поред стана, и храна, обућа или одјећа, с тим што се обућа увијек давала, а одјећа према споразуму.⁹¹⁹ С друге стране, тежацима, односно надничарима који су вршили сезонске пољопривредне радове, поред плате увијек се давала и храна.⁹²⁰

Нека од ових обичајних правила нашла су мјеста и у Општем имовинском законуку. Тако у члану 332 стоји следеће: „Кад је служба на дуже вријеме а најамник станује као кућна слуга у господара или најмиоца узимље се да му је овај дужан давати, осим плате, још и храну; одјећу пак и обућу, само ако је тако погођено или обичајем утврђено.“ Из овог правила се види да је дошло до

⁹¹⁶ Општи имовински законик, чл. 330.

⁹¹⁷ С. Меденица, 182.

⁹¹⁸ *Ibid*, 183.

⁹¹⁹ В. Божишић, (2004б),60.

⁹²⁰ *Ibid*, 190.

модификације обичајних одредби и то на тај начин што је сужена обавеза господара па он није више био обавезан да најамнику, поред плате и хране, даје и обућу, осим ако другачије није било погођено или уобичајено у одређеном мјесту.

Пракса из посматраног периода показује да су најамнине већином одређиване у новцу⁹²¹ или претежно у новцу. Наиме, кућне слуге су поред плате, имале право на храну и стан, што је било у складу са законским правилима.⁹²² Сачувани су трагови о томе да је један господар био дужан да најамнику поред најамнине у новцу да и „једну блузу.“⁹²³ Међутим, како он није уште исплатио најамнину био је тужен и у тужби је вриједност блузе била изражена у новчаном виду уз главни дио најамнине. Поред тога, у једном случају господар је био дужан најамнику накнаду у новцу, храну и одијело.⁹²⁴ Дакле, најамник није становао у кући послодавца па је могуће да је управо због тога имао право на одијело јер се може примијетити да је ишчезло обичајно правило по којем је господар био дужан да даје и одијело.

Поред овога, битно је нагласити да је суд у свим случајевима када најамнина није била одређена уговором, исту одређивао у новчаном облику. То значи да су странке биле слободне уговорити висину и облик најамнине, док је суд увијек најамнину одређивао у новцу. Начин на који је суд при томе поступао најбоље се може видјети из следећег случаја. Наиме, Јова Челебић је тужила Марка Думовића ради исплате најамнине у вриједности од 20. 268 динара. Она је била у служби код туженог у периоду од 1902.г. до 1921.г. и захтијевала је да јој се исплати три динара дневно јер је тужени био богатог имовног стања. Како најамнина није била одређена уговором њену висину је утврдио суд према члану 329 и 330. Приликом одређивања најамнине суд је нашао да је предложени износ од стране најамника био превисок и најамнину је „одмјерио овако: за вријеме од 1. септембра 1902 год. до 31. децембра 1914. године по 360 динара годишње, а од 1. јануара 1915 год. до 1. јула 1921 године по 600 динара годишње, што све

⁹²¹ ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1933-354, бр. 3573, ф. 478, 18. децембра 1933.г., Цетиње.

⁹²² ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1935.г., Цетиње.

⁹²³ ОСЦ, број 252-IV-1923-31, ф. 164, 20. априла 1923.г., Цетиње.

⁹²⁴ ОСН, Пл. 58/40, 22. јуна 1940.г., Никшић.

износи 8040 динара.⁹²⁵ Дакле, суд није узео у обзир субјективну околност да је тужени био богат већ је најамнину одредио према објективним приликама и водио је рачуна о економским промјенама које су биле последица Првог свјетског рата.

Поред висине и облика најамнине, од значаја је и питање времена када је послодавац био дужан да изврши обавезу исплате најамнине. На првом мјесту се мора истаћи да је вријеме исплате обично одређивано уговором или обичајем.⁹²⁶ У недостатку уговора или адекватног обичајног правила примјењивала су се законска правила која су одређивала да се исплата најамнине врши након обављеног рада, а не унапријед и то „ако ли траје подуже времена, тад се плаћа пошто сваки пут истече вријеме којим се радња или служба мјери и оцјењује (на пр. толико на недјељу, на мјесец, на годину и т.д.).“⁹²⁷

Пошто се сва расположива грађа везана за уговор о најму службе односи на спорове поводом исплате дугованих најамнина, могло би се закључити да послодавци нијесу увијек уредно извршавали своју обавезу исплате накнаде након извршеног рада.

Најмилац је дуговао накнаду и када је радник био спријечен да врши службу услед кише или других сметњи које се нијесу могле приписати у кривицу ни једној ни другој страни, под условом да је та спријеченост трајала мање од четвртине дневног радног времена. У супротном, када је спријеченост трајала дуже од четвртине дневног радног времена, господар је имао право, ако нешто друго није било уговорено, да одбије најамнику од плате према „дангуби.“⁹²⁸ Ипак, храну је био дужан да даје раднику ако је била уговорена или ако је то било обичајима одређено, „као да никакве дангубе било није.“⁹²⁹

⁹²⁵ ОСЦ, број 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

⁹²⁶ По одговору 32 из Одсјека Обавезе, накнаде су се мјериле и исплаћивале на следећи начин: „Слуге, чобани, момци, узимају се на годину, а кад се сврши година плаћа му се по разлогу мјесецах. Све остале радње иду на дан, особито тежачке иду на дан, зато се и зову надничари. Радње ранара Црногораца назначи суд на недјеље, то јест да му се даје цекин на недјељу и рана,“ В. Богишић, 190.

⁹²⁷ У периоду између два свјетска рата најамни радници су се обично плаћали мјесечно: ОСЦ, IV-1923-31, бр. 252, ф. 164, 20. априла 1923.г., Цетиње; ОСЦ, IV -1932-45, бр. 1245, ф. 445, 20. маја 1933.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1933.г., Цетиње.

⁹²⁸ Општи имовински законик, чл. 340.

⁹²⁹ *Ibid.*

Као што се види, Законик је у одређеној мјери заштитио радника јер му је признао право на пуну накнаду када није радио мање од четвртине дневног радног времена. На први поглед би се могло рећи да је овај уступак најамницима мали. Мада, имајући у виду да је у неким дјелатностима радни дан износио од дванаест па чак до осамнаест часова дневно,⁹³⁰ четвртина радног времена није представљала симболично вријеме. Ипак, диспозитивни карактер овог правила умањивао је његов практични значај.

Обичај који је важио прије доношења Законика предвиђао је да се у случају кише или сличних околности, раднику одбије дио од најамнине сразмјерно дангуби, с тим што је имао право на храну „па не радио ни по дана.“⁹³¹ Дакле, без обзира што радник није био крив за обуставу рада, најамнина му се умањивала, тако да се може рећи да је Законик дјелимично одступио од обичаја јер је узео у обзир дужину времена у којем радник није радио, с тим што је задржао исто правило у погледу давања хране најамницима.⁹³² Углавном, из ових правила се може закључити да није била успостављена јасна разлика између обавеза средства и обавеза циља, што је било од круцијалног значаја за дефинисање права на накнаду из овог уговора. Самим тим, било је отежано разликовање уговора који су за предмет имали рад, од оних који су имали у виду резултат тога рада.

3.2.1.Обавезе послодавца у случају болести најамника

О обавезама послодавца у случају болести најамника говори члан 335 Општег имовинског законика. Овај члан је био специфичан из више разлога о којима ће бити посебно говора и због тога је неопходно навести његову пуну садржину: „Ако се најмљеник, који у кући господаревој живи, на домаћем послу разболи, а без своје кривице, најмилац га само стога отпустити не може, него је ред да га пази и лијечи као и друго домаће чељаде. Ако болест потраје преко мјесец дана, а стране не угледе како ће у напријед бити, суд ће наредити према приликама.“

⁹³⁰ В. Богишић, (2004б), 191.

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² У овом сегменту уочљива је тенденција Законика да се приближи правилима римског права по којима је је послодавац у случају неверемена био дужан да раднику исплати накнаду самим тим што су се његова права мјерила временом.

Потребно је нагласити да се овај члан односио на болест најамника који је живио у кући господара и који се разболио приликом обављања „домаћег“ посла и то без своје кривице. Имајући у виду да су слуге⁹³³ по правилу живјеле код господара може се закључити да се овај члан у највећој мјери односио на њих. Даље, овај члан је важио само у случају да се најамник разболио без своје кривице што значи да се није водило рачуна о болести која је била последица његове непажње. Дакле, примјена овога члана је била ограничена у два смјера. Он се није примјењивао на све категорије најамника већ само на оне који су живјели у кући господара, а сем тога, ни они нијесу могли користити повољности овога члана ако су се разболели својом кривицом или непажњом.

Питање је: како је болест најамника утицала на повјериоца, тј. господара? На првом мјесту, господар није смио само због тога да га отпусти. Поред тога, он је био дужан да га пази и лијечи као и остале чланове породице и то најдуже мјесец дана. Ако је болест трајала дуже од мјесец дана суд је одлучивао према околностима конкретног случаја. Дакле, у питању је била, како би се данас рекло, привремена спријеченост за рад, мада неке сличности са правима из данашњег радног односа не постоје из више разлога. На првом мјесту, у Црној Гори 1888.г. није постојало социјално осигурање по којем би радник остварио одређена права, он није имао право на плату у вријеме болести већ је имао право на лијечење и био је привремено заштићен од отказа.

Законик није назначио колико је времена требао да траје најамни однос да би господар стекао извјесне дужности према обољелом најамнику. У вези с тим отварају се питања на која је тешко наћи одговор јер ни пракса у том правцу не даје потребне податке. Осим тога, није назначено које су обавезе господара ако се најамник разболио на самом крају уговорног времена. Прецизније, ако се најамник разболио при крају уговореног времена, прије истека ових мјесец дана које је Законик имао у виду за лијечење, да ли је господар био дужан да испоштује

⁹³³ Потребно је обратити пажњу на то ко се сматрао слугом. Питање бр. 110 Богишићеве Анкете од 1873.г. из Одсјека Ужа фамилија гласи: „Бива ли слугу у фамилијама и којим? Какав је њихов положај у кући господара?“ Извјестилац за Црну Гору је дао следећи одговор: „Бива и узимају се као радници (они који помагају тежачки радити) и чобани. Радник се зове и слуга, и момак и најамник. Чобана зову наивише чобанином, али могу га звати и најамником. Негда и задружне фамилије узимају слуге и чобане, ако имају много стоке и земље, а кадгод инокосни ради истога узрока и ради неимања своих радника. ..“

прописани рок лијечења од мјесец дана или су престанком уговора престајале и његове обавезе поводом лијечења? Чини се да је ова друга варијанта правно извјесна али имајући у виду црногорски менталитет могло би се рећи да се болесни најамник не би истјерао на улицу без обзира на окончање рока најма.⁹³⁴

Без обзира што Анкета из 1873. године садржи доста података о најамним односима, ништа не казује о томе како се поступало када се најамник на послу разболио. Пошто је живио у господаревој кући и пошто се сматрао као домаће „чељаде“, сигурно се тако третирао и у случају болести. Чак више, и законодавац је инсистирао да се најамнику посвети иста пажња као и члану породице што је потврда обичајних правила у том сегменту. Ипак, Законик је ову правну ситуацију ограничио на мјесец дана и након тога је њено рјешавање препустио суду.

Тешко је окарактерисати правила члана 335. Тешко је било и законодавцу приликом њиховог формулисања јер се морало кренути даље од непотпуне обичајне регулативе, а при томе се нијесу смјеле занемарити црногорске прилике. У Њемачкој је социјално осигурање уведено 1883, у Црној Гори су први покушаји његовог увођења остварени тек 1922. године доношењем Закона о осигурању радника.⁹³⁵ Њемачки грађански законик је у параграфу 617 говорио о обољењу најамника („обвезаног на вршење службе“) и то исто онога који је био примљен у кућну заједницу послодавца. Мимо осталог, везаног за права из осигурања, он је забранио послодавцу да отпусти тога најамника за случај болести и обавезао га је да пружи раднику „потребну његу и лијечничку помоћ до трајања од шест тједана, али не преко трајања службеног односа, уколико послодавац није проузрочио обољење намјерно или грубом немарношћу.“⁹³⁶ Јасно је да су разлике међу односним правилима ова два Законика бројније него сличности али се мора примјетити да се Богишић држао концепцијских оквира који су били дати у Њемачком грађанском законнику.⁹³⁷ Значи, Општи имовински законик није могао

⁹³⁴ Повод за овакав закључак дала је чињеница која казује да је господар често давао најамнику плату и када је суд из оправданих разлога одлучио да је не исплати раднику „јер би му се чинило бездушно не платити туђу радњу,“ В. Богишић, 191.

⁹³⁵ В. Брајић. 551-552.

⁹³⁶ Њемачки грађански законик, § 617.

⁹³⁷ R. Zimmermann наглашава да је велики дио правила овога законика о радним односима сачуван у модерном праву. Поред тога он истиче и то: „It is often claimed in Germany that labour law has become a distinctive and autonomous field of law, the §611 sqq. BGB still remain of fundamental

потпуније репродуковати правила модернијег законодавства јер није било услова за то. Његов допринос се може сагледати кроз чињеницу да су сада обавезе господара за случај болести биле законске обавезе. То свакако није било без значаја имајући у виду да је јачање робноновчаних односа доводило до занемаривања традиције па се могло десити неком послодавцу да да отказ болесном раднику, а да се то не би десило Богишић је написао члан 335 Општег имовинског законика.

3.3 Трајање уговора о најму службе и радње

Општи имовински законик је оставио могућност да се уговор о најму службе и радње закључи на одређено или на неодређено вријеме, т.ј. када „уговор не одређује колико ће најам трајати.“⁹³⁸ Законик није у посебну категорију сврстао уговоре који су се евентуално склапали да трају за живота одређеног лица.⁹³⁹ Када је ријеч о овим уговорима не може се са сигурношћу тврдити да ли су у пракси били закључивани, као ни то каква су правила важила у случају отказа из простог разлога што не постоје одговарајући изворни подаци. Биће највјероватније да су се ти уговори посматрали као уговори чије вријеме трајања није било унапријед одређено самим тим што се није могло знати колико ће неко живјети.

Већ је било помена да се у Анкети говорило о томе да су се слуге, момци и чобани узимали на годину дана, док су се остали послови, посебно тежачки, уговарали на дан. У расположивој грађи из посматраног периода не постоје уговори о најму службе и радње који су били закључени на одређено вријеме. Напротив, материјал се у потпуности односи на уговоре који су били закључени без унапријед одређеног крајњег рока. Већина таквих уговора била је закључивана

importance in individual labour relations,“ R. Zimmermann, 393. Шире о овом законуку код истог аутора, *The German Civil Code and Development of Private Law in Germany*, Oxford 2006.

⁹³⁸ Општи имовински законик, чл. 337.

⁹³⁹ Њемачки грађански законик је садржао посебна правила о отказним роковима када је службени однос био уговорен за вријеме трајања живота неке особе или на период дужи од пет година (§ 623), с тим што је овај параграф касније био укинут. Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију посебно је регулисала отказне рокове када је службени однос био уговорен док неко лице буде у животу или за вријеме дуже од пет година (§ 1115, ст. 3), Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, Државна Штампарија Краљевине Југославије, Београд, 1934.

мјесечно,⁹⁴⁰ рјеђе годишње,⁹⁴¹ а само у једном случају дневница је раднику обрачунавана дневно.⁹⁴² Овим се не стиче потпуна слика о стању у пракси јер је овај уговор био усмен, а сачувани трагови најчешће потичу из судских поступака које су странке водиле ради остварења својих права из уговора о најму службе и радње.

Вријеме трајања уговора о најму службе и радње је утицало на начин отказивања уговора. Дакле, Општи имовински законик није садржао јединствена правила о отказу уговора о најму службе већ је правио разлике према томе да ли је уговор био закључен на одређено или неодређено вријеме.

3.3.1. Отказ уговора о најму службе и радње који је био закључен на одређено вријеме

Уговор о најму који је био закључен на одређено вријеме обично је престајао истеком тога времена. Међутим, и прије окончања уговореног рока обје странке су могле да откажу уговорни однос и то из Закоником предвиђених разлога. Према члану 336 Општег имовинског законика, господар је могао да отпусти најамника „ради непослуха, несавјесна вршења дужности, ради невјерности и других замашнијих порока.“ Разлози због којих је најамник могао дати отказ су били формулисани на општи начин, наиме, он је могао отказати уговор у свим оним случајевима када господар или његова Кућа, није према њему вршио уговорене или уобичајене обавезе.

Узроци због којих је господар могао да отпусти радника прије истека уговореног времена су били истовјетни са узроцима који су оправдавали отказ у обичајној пракси коју је Богишић сакупио на основу Анкете из 1873. године.⁹⁴³ С друге стране, најамник је могао да откаже уговор ако га је господар тјерао да ради мимо његових могућности, ако га није хранио као своје укућане или ако га је

⁹⁴⁰ ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1935.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1932-45, бр. 1245, ф. 445, 20. маја 1933.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1933-354, бр. 3573, ф. 478, 18. децембра 1933.г., Цетиње; ОСЦ, IV-1923-31, ф. 164, 20. априла 1923.г., Цетиње.

⁹⁴¹ ОСН, Пл. 58/40, 22. јуна 1940.г., Никшић; ОСЦ, бр. 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

⁹⁴² ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње.

⁹⁴³ Како се види из излагања извјеститеља, господар је могао да отпусти радника „кад му радио не би како треба, или кад би му какву штету учинио, или кад би му био невјеран,“ В. Богишић, 191.

„иначе мучио.“⁹⁴⁴ Мада, Анкета из 1873. године даље каже да је радник могао отићи и „без свакога узрока“,“⁹⁴⁵ што значи да је радник имао слободу да напусти послодавца без посебног образложења. Као што се већ видјело, Законик је одредио да је најамник могао једнострано да раскине уговор када послодавац није поштовао његова права из најамног односа.

Да би престао уговор о најму који је отказала једна од уговорних страна било је потребно да прође отказни рок који је Законик одредио на следећи начин: „Ако се најмовина годишње плаћа, најам престаје петнаест дана послје отказа; ако ли се мјери краћим роком, тад само пет дана пошто се откаже.“⁹⁴⁶

Уговор о најму службе који је био закључен на одређено вријеме могао се „муче продужи т.ј. кад најмљеник остане у служби и пошто му је истекао рок, а господар се томе не противи, служба се наставља под пређашњим увјетима. Ако ли су увјети били различни у различита времена, вриједиће најпоследњи.“⁹⁴⁷

Након што је најамник фактички наставио да ради без противљења господара, сматрало се да је уговор продужен на неодређено вријеме.⁹⁴⁸

Пређутно продужење уговора о најму службе и радње било је предмет два спора. И у једном и у другом случају господар је умро, а најамник је наставио да служи код његових наследника. Тако је Пејовић Јока служила код Даковић Стане све до њене смрти, након чега је наставила однос најама службе са њеним унуком, Јанковић Антом. Међутим, Јанковић Анто није плаћао најамнину служавки па је она то своје право захтијевала судским путем. У поступку је утврђено да је тужиља продужила уговор о најму под истим условима као и прије смрти бабе туженог па је након тога тужени осуђен да исплати дуговану најамнину.⁹⁴⁹ Други случај је идентичан првом, наиме, након смрти господара наследници су „муче“

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ Општи имовински законик, чл. 336, ст. 2.

⁹⁴⁷ Општи имовински законик, чл. 338.

⁹⁴⁸ Општи имовински законик, чл. 338, ст. 2.

⁹⁴⁹ ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1935.г., Цетиње.

продуживали да користе рад најамника али нијесу хтјели да плаћају најамнину па су на то били присиљени судском одлуком.⁹⁵⁰

Ова два претходна случаја казују да се о прећутном продужењу уговора о најму службе углавном радило када након смрти послодавца његови наследници нијесу раскидали најамни уговор. Судови су се чврсто држали правила Општег имовинског законика и штитили су права најамника у случају прећутног продужења уговора.

3.3.2. Отказ уговора о најму службе и радње који је био закључен на неодређено вријеме

За уговор о најму службе и радње који је био закључен на неодређено вријеме, Законик је дозволио отказ без навођења посебних узрока, како раднику тако и најамнику. Ово проистиче из формулације члана 337 који гласи: „Ако уговор не одређује колико ће најам трајати, тад једна страна може другој да откаже, кад јој се год свиди.“ Ипак, без обзира на ову слободу, било је неопходно поштовати отказне рокове који су били прописани чланом 336,⁹⁵¹ дакле, исте рокове који су важили за уговоре на одређено вријеме.

У члану 339 Законик је нормирао отказ надничарима. Наиме, надничарима и свим другим радницима који су се упошљавали на краће вријеме, уговор је могао бити отказан, а и они су га могли отказати, након окончања једнодневнoг рада. При томе, како даље прописује овај члан: „Ни једна ни друга страна, ако уговор иначе не одређује, није дужна казати узрок томе, ни дати какве накнаде у то име.“

Дакле, осим основне разлике између уговора на одређено и неодређено која је потицала од тога да ли је крајњи рок трајања био одређен, постојала је разлика и у погледу престанка путем отказа. Наиме, Законик је одредио разлоге који су оправдавали отказ уговора закључених на одређено, док је отказ уговора чије трајање није било унапријед одређено био слободан, није било потребно наводити разлоге отказивања. Можда је овакво законско рјешење утицало да у пракси

⁹⁵⁰ ОСН, Пл. 58/40, 22. јуна 1940.г., Никшић.

⁹⁵¹ Општи имовински законик, чл. 337.

доминирају уговори закључени на неодређено вријеме јер су код уговора на одређено странке морале поштовати законске разлоге за давање отказа.

С обзиром да је свака уговорна страна могла отказати уговор по својој вољи јасно је што нема спорова поводом овог начина престанка уговора о најму. Неки посредни подаци постоје јер се у споровима поводом исплате најамнине само констатује да је уговор отказан и то у скоро сваком случају од стране послодавца.⁹⁵² Посебно је илустративан примјер Јоке Челебић која је била у служби Марка Думовића 18 година, 9 мјесеци и 6 дана. Најам је, по свој прилици, отказао господар јер се у тужби којом је поменута слушкиња тражила најамнину, поред осталог, констатује да је „тужени тужитељицу као слабу женску страну, за читав период времена од 19 година бездушно експлоатисао докле је ова располагала привредном моћи, а потом је избацио на улицу остављену без своје привредне снаге и без игдје ичега свога да скапава од глади и болести...“⁹⁵³ Како је уговор био на неодређено, могао је бити слободно отказан што је у овом случају сасвим погодновало господару.

У сваком случају, могло би се рећи да је оваким рјешењима законодавац у великој мјери штитио интересе економски јаче стране, истина, и радник је имао слободу да откаже уговор али је та његова слобода била сасвим сужена из економских разлога јер је био принуђен да ради и за ниске наднице и у лошим условима.

На крају, све казује да је уговор о најму службе и радње, уобличен у Општем имовинском закону био, не само акт којим се заснивао радни однос, већ је био и основни регулатор тога односа без обзира што су у мањој мјери била присутна аутономна правила радног законодавства. Овај уговор је био синтеза обичајних правила која су дјелимично модификована и то у корист економски јаче стране,

⁹⁵² ОСЦ, IV-1934-601, бр. 939, 10. јуна 1935.г., Цетиње; Мада има једен случај гдје би се могло закључити да је радник сам дао отказ. Ради се о пекарском раднику Рогановићу Лазару који је уговорио с пекаром да ради у његовој пекарској радњи уз дневницу од 60 динара. Међутим, како се радило више од 15 сати по свој прилици је радник отказао уговор, а разлоге није морао наводити јер је био „унајмљен“ на дан, као надничар. Радио је 18 дана са великим бројем прековремених сати и остварио је судску заштиту, као што је већ раније приказано, ОСЦ, IV-1931-192, бр. 1308, ф. 412, 8. маја 1931.г., Цетиње.

⁹⁵³ ОСЦ, Број 179-IV-1922-46, 30. јуна 1923.г., Цетиње.

као и најмодернијих упоредних законских рјешења чији су трагови особито видљиви у оквиру заштите права радника у случају болести.

ГЛАВА ЧЕТВРТА

ПРОСТА УДРУГА (ОРТАКЛУК)

1. Основна разграничења просте удруге од осталих облика удружења

Општи имовински законик разликује удругу, као општи појам и просту удругу.

Члан 885 појам удруге одређује на следећи начин: „Удруга је уговор којим се двојица или више њих везују, један према другоме, да ће сјединити свој труд и старање, своје новце или друге имаовинске ствари, ради достижења каквог заједничког циља.“ Дакле, уговорне стране су се могли удружити да би лакше дошле до заједничког циља који је одређен на уопштен начин. С тога се може рећи да је удруга могла имати различиту садржину у зависности од тога шта јој је био циљ.

Као посебан облик удруге истицала се проста и тековинска удруга. Било је лако направити разграничење између ове удруге и свих осталих које нијесу имале профитни карактер. Остало је да се повуче граница између просте удруге и осталих удружења која су формирана ради прибављање користи. У ту сврху послужио је члан 886 у којем је образложено због чега је удружење из четрнаестог раздјела означено као просто и тековинско: „То је не само ради тога што је тако удружење најобичније у животу, него и за то да би се, с једне стране, разликовало од чисто трговачког друштва, као и од друштва имаоничког (723 и слијед), а с друге, од оних којима тековина није главна задаћа.“

Дакле, Богишић је просто и тековинско друштво разграничио од трговачког друштва као посебног облика привредног друштва,⁹⁵⁴ затим од правног лица које је било субјекат права различит од физичког лица, и на крају од свих осталих удружења непрофитног карактера. Већ је наглашено да су различити циљеви олакшавали разграничење, па је потребно додати примједбу да се до идентичног циља – добити, могло доћи помоћу удружења различитог облика. У том смислу посебно је наглашена разлика између трговачког и простог, тачније,

⁹⁵⁴ Више о овом разграничењу: И. Бабић, „Грађански ортаклук – нека питања разграничења од трговачког ортаклука“, *Зборник радова Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије*, Институт за упоредно право и ПКЈ, Београд 1995.

грађанског ортаклука, која је, по свој прилици остварена у пракси јер нема података о споровима који су вођени по том питању. Ипак, постојале су тешкоће у сагледавању посебног правног субјективитета трговачког друштва, али ни оне нијесу биле значајне имајући у виду да је поводом тога евидентиран један спор.⁹⁵⁵

На крају, други став члана 886 протеже примјену правила о простој удрузи и на она удружења која су састављена „и радшта другог, а не ради тековине,“ док правила по којима су пословали различити привредни субјекти нијесу била унификована до 1910. године када је донешен Трговачки законик.

2. Појам и врсте просте удруге

Имовински законик је уговору о простој удрузи посветио значајан број чланова и то 24 у оквиру XIV раздјела трећег дијела Законика и још 7 чланова у склопу шестог, дидактичког дијела, дакле, укупно 31 члан. Уосталом, треба нагласити да су и други законици овом уговору посветили приличан број норми. Међу њима предњачи Аустријски грађански законик који је овој установи посветио 42 норме, затим слиједе Њемачки грађански законик са укупно 36 норми, колико има и Српски грађански законик,⁹⁵⁶ док за њима у том погледу заостаје Швајцарски законик о облигацијама који грађански ортаклук регулише са 22 норме што се може повезати са тежњом његових редактора да избјегну превелику прецизност.⁹⁵⁷ Ако се има у виду да основни фонд норми Имовинског законика о ортаклуку чине 24 правила у оквиру четрнаестог раздјела, уз 7 правила

⁹⁵⁵ Спор је из 1919. године и покренуо га је Васиљ Јовановић, кафеџија са Цетиња против Љуба Луковића, обућара из истог мјеста. Предмет спора био је дуг из куповине „кафанскијех артикала“ у кафанској радњи тужиоца. Тужени није спорио постојање и висину дуга али је одбијао да плати дуг тужиоцу јер с њим није склопио уговор о куповини већ са Милом Кривокапићем који је радио у поменутој радњи док је тужилац био одсутан. Дакле, изнио је приговор пасивне легитимације али суд је нагласио да „овај приговор не може се уважити из разлога што је тужени куповицу артикала вршио у радњи која је протоколисана у овд. Суду на име Васиља Јовановића, док друга каква радња коју би упражњавао Мило Кривокапић било самовласно или у друштву са Виолетом Јовановић у трговачком регистру није забиљежена...То што је власник протоколисане радње за вријеме кад је дуг постао био одсутан, нема утицаја на рјешење спора, јер је кроз све вријеме имао законског заступника,“ и то своју жену, Виолету Јовановић (ОСЦ, IV-1919-143, број 1168, 17. новембра 1919.г., Цетиње). Иначе, Велики суд у Подгорици потврдио је првостепену пресуду као на закону основану, Велики суд, IV-1919-249, бр. 749, 24. децембра 1919.г., Подгорица).

⁹⁵⁶ Њемачки грађански законик, § 705 – 740; Српски грађански законик, § 723 – 758; Швајцарски законик о облигацијама, чл. 531 – 551.

⁹⁵⁷ М. Константиновић, *Предговор Швајцарском закону о облигацијама*, Савремена администрација, Београд 1976, 10.

из шестог дијела којима се допуњава и појашњава њихов смисао, онда је уочљива намјера законописца да се извјестан простор препусти аутономији воље.⁹⁵⁸

Из претходног излагања се могло видјети да је садржина просте и тековинске удруге у шестом дијелу Законика била негативно одређена. Тако проста тековинска удруга није била трговачко друштво, ни правно лице, а уз то, као што јој назив јасно казује, уговарана је ради прибављања имовинске користи. Иако је извршено разграничење овог облика удружења од осталих, нема посебне дефиниције просте удруге у шестом дијелу. Пошто је постојало одређење удруге (чл. 885) на основу којег се лако могло доћи до дефиниције простог тековинског удружења, Богишић је избјегао дефинисање просте удруге да не би дошло до непотребних понављања.

Углавном, проста и тековинска удруга је уговор којим су се два или више лица узајамно обавезивали да ће удружити своја средства „ради какве заједничке законите тековине.“⁹⁵⁹ Стицање заједничке користи ортаци су остваривали обављањем пословне активности у вези са уложеном имовином. У том смислу треба нагласити да није долазило до размјене добара између ортака, већ да је у питању било „улагање с неизвјесним исходом – надају се добити, а могу да дођу у ситуацију да сносе губитак.“⁹⁶⁰

Уговор о простој удрузи настајао је простом сагласношћу воља тако да су његовом састављању ријетко присуствовали свједоци чија је улога била да олакшају доказивање у случају евентуалног спора.⁹⁶¹

Општи имовински законик је XIV раздио трећег дијела насловио: „О простој удрузи (ортаклук). О терминима је било ријечи и у члану 885, став 1: „Удружење је или удруга оно исто што обично народ туђом ријечју зове ортаклук или ортачина; или што се домаћом ријечју називље друштво или дружина.“

⁹⁵⁸ Може се примјетити да је важећи ЗООЦГ посветио 24 члана уговору о ортаклуку (чл. 716-739), као и Општи имовински законик у XIV раздјелу.

⁹⁵⁹ Општи имовински законик, чл. 418.

⁹⁶⁰ Марија Вучковић-Радовановић, „Ортаклук (Од Хаџићевог СГЗ-а до данас),“ *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*, Ниш 1995, 266.

⁹⁶¹ В. Богишић, (2004б), питање број 90: „Погодба при састављању друштва која иду на добит бива ли пред свједоцима, писмено или усмено?“ Одговор за Црну Гору: „Писмено нема готово нигда, а мало и пред свједоцима, него сами се договарају.“ Грађа из 1918-1941.г. показује да се временом у том сегменту није ништа промијенило јер се само у једном случају спомиње да су закључењу уговора присуствовали свједоци (ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње).

Дакле, Богишић је у наслову користио у загради страни термин близак народу али је предност дао термину народног поријекла. Без обзира на алтернативно постављену терминологију у тексту овог раздјела ни једном нијесу коришћени термини ортаклук или ортак, ортачки и слично. То говори да је Богишић у потпуности испоштовао своју тежњу да народним терминима да предност у односу на позајмљене термине, особито оне турског поријекла.⁹⁶²

Чињеница је да су се термини ортаклук⁹⁶³ и ортак⁹⁶⁴ користили између два свјетска рата. Ипак, у грађи се чешће налазе следећи термини: просто тековинско друштво, приватно и тековинско друштво,⁹⁶⁵ проста удруга,⁹⁶⁶ уговор о удрузи и другар.⁹⁶⁷ Без обзира што је Богишићев избор терминологије позитивно оцијењен од неких аутора,⁹⁶⁸ чини се да је термин ортаклук пустио сувише дубоке корјене и да није била довољна воља законодавца да га замјени народним термином о чему најпотпуније говори податак да у савременом законодавству доминира термин ортаклук.⁹⁶⁹

Пошто Законик не износи никакве претпоставке о обиму имовине ортаклука по основу чега би се могли разликовати његови поједини облици, сачувана грађа, иако скромног обима, даје одређена сазнања о томе које су врсте ортаклука уговоране у пракси.

⁹⁶² В. Богишић, Технички термини у законодавству у Општи имовински законик и изабрана дјела, Подорица – Београд, 1998, 399: „У првом случају, по мојему мишљењу, ваља народнијем ријечима давати првјенство пред туђим. То прије свега вриједи за ријечи турскога поријекла, од којих готово свака има корјенски словенски израз. Чак и у онијем случајевима, гдје се туђа ријеч сасвим одомаћила, мени се чини, да се треба побринути, да се замијени народном ријечју. Тим прије, што су, нпр., турске ријечи у неким приморским мјестима готово сасвим неразумљиве... “399

⁹⁶³ ОСБ, II-6172-1926, 6. јун 1926.г., Бар;

⁹⁶⁴ ОСБ, II-6172-1926, 6. јун 1926.г., Бар; ОСЦ, IV-1926-220, бр. 5966, 12. новембра 1926.г., Цетиње;

⁹⁶⁵ ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње. Иначе, овај термин приватно тековинско друштво јасно указује да се ради о грађанском ортаклуку и омогућава диференцирање у односу на термин јавно друштво (чл. 22 Трговачког законика). Израз приватно, као дио ширег назива уговора, налази се у Скици М. Константиновића која уговор о ортаклуку нормира као привредно удружење грађана, В. Облигације и уговори, Скица., чл. 590-627.

⁹⁶⁶ ОСЦ, IV-1923-125, 9. фебруар 1923.г.

⁹⁶⁷ ОСЦ, IV-1931-682, бр. 5342, 10. јуна 1932.г., Никшић.

⁹⁶⁸ Р. Miladin, Обићаји, kondikcije, ortaštvo i ugovorna kazna prema Bogišićevu Općem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (OIZ) i hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima (ZOO), Међународни зnanstveni skup Bogišić i kultura sjećanja 1834-1908-2008, Zagreb 2011, 90.

⁹⁶⁹ ЗОЦГ, Уговор о ортаклуку, чл. 716-739.

Из расположиве грађе види се да су доминирали партикуларни ортаклуци који су у римској терминологији имали назив *societas unius rei*,⁹⁷⁰ а које су ортаци закључивали ради обављања једног одређеног посла. У изворима се налазе различити примјери овог типа уговорног односа. Објекат једног од ових уговора био је изградња водовода,⁹⁷¹ док је други имао за предмет куповину стоке.⁹⁷² Даље се као примјер истиче друштво којем је „био циљ да узме робу – декице и другу стару робу у Котору код Талијанске Војне Команде, коју је и узело... Уговорено је било, да се роба има донијети на Цетињу и ту подијелити, продати, или ту ријешити што ће од ње бити.“⁹⁷³

Осим ових удружења који су служили за остварење једнократних потреба, било је и оних који су били закључени ради заједничког обављања одређене дјелатности, а који су у литератури познати као *societas alicuius negotionis*. Овакав тип ортаклука био је погодан за ортаке који су се бавили истом професијом. Тако су два месара склопила уговор о простој удрузи након чега су приступили заједничкој куповини стоке.⁹⁷⁴ На постојање овог облика ортаклука у још једном случају указује захтјев једног ортака којим је другом ортаку тражио да се изјасни о постојању „заједничких ортаклука“ везаних за закуп више пољопривредних добара.⁹⁷⁵

У расположивим документима нема података о ортаклуку свих добара, *societas omnium bonorum*, што се могло очекивати у друштву у којем је егзистирала Кућа као заједница живота, имовине и рада њених чланова. Систем одговорности куће и њених чланова за дугове трећим лицима разликовао се од система одговорности ортака самим тим што је кућна заједница имала својство правног лица док грађански ортаклук то својство није имао, нити га је у досадашњем црногорском законодавству стекао.⁹⁷⁶

⁹⁷⁰ В. М. Полојас, *Societas u rimskom pravu*, Београд 1990, magistrarski rad. При томе ауторка није пропустила да цитира чувени примјер четворопрега: Ulpianus, 30 ad Sab., D. 17.2.58 pr: “cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes.”

⁹⁷¹ ОСЦ, IV-1931-628, 10. јуна 1932.г., Никшић.

⁹⁷² ОСЦ, IV-1923-125, 9. фебруар 1923.г., Цетиње. Јово П. Мартиновић и Видо Јошов Мартиновић склопили су прост ортаклук „ради куповине стоке у Децембру Мјесецу 1918. год.“

⁹⁷³ ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње.

⁹⁷⁴ ОСЦ, IV-1926-220, број 5966, 12. новембра 1926.г., Цетиње.

⁹⁷⁵ ОСБ, II-1926- 6172, 6. јун 1926.г., Бар.

⁹⁷⁶ ЗОЦГ, чл. 716, ст. 2: „Ортаклук је заједница лица и добара без својства правног лица.“

Након свега изложеног може се рећи да је ортаклук служио за обављање послова мањег обима, док је слабије уговоран као оквир за трајније обављање одређене дјелатности. Свакако да је та дјелатност морала бити у складу са Закоником, што се особито наглашава у члану 887.⁹⁷⁷ С обзиром да је законодавац у општем дијелу о облигацијама (чл. 513) нагласио да су ништави сви уговори управљени на испуњење немогућег или законом и обичајима забрањеног, питање је због чега је дошло до својеврсног понављања у члану 887. Одговор на питање даје обичајна грађа Богишићеве Анкете из 1873. године. Наиме, у сету одговора које су извјестиоци дали на питања о функционисању удружења најчешће се креће од друштва четника и лопова. Описује се њихово устројство, пословодство, међусобна права и обавезе. Дакле, ове дјелатности (четовање и крађа) се посматрају као привредне дјелатности, што су оне заиста некада и биле, док их Данилов законик није прогласио забрањеним.⁹⁷⁸ Из редова Анкете се види да су ове дјелатности, иако санкционисане, и даље практиковане,⁹⁷⁹ па је Богишић, имајући у виду управо ова „друштва“ и њихове дјелатности, нагласио да им је закон „најљући противник.“

Независно од обима ортачке имовине и сврхе ортаклука, по основу уговора о ортаклуку настајале су двије групе односа - међусобни односи ортака, с једне стране и односи ортака према трећим лицима, с друге стране. У тексту који слиједи, односи из обје групе биће рашчлањени на сегменте и као такви анализирани.

3. Међусобни односи ортака

3.1. Удјели

Члан 418 Имовинског законика прописује: „Удруже ли се двојица или њих више, ради какве заједничке законите тековине сваки је удруженик (друг) дужан дати свој улог удрузи (удружењу), према ономе што је одређено уговором или обичајем, или што врста посла собом доноси.“ А у члану 888 Имовински законик

⁹⁷⁷ Општи имовински законик, чл. 887: „Закон, разумије се, не признаје никакво удружење које је састављено ради каква забрањена посла или дјела; -напротив, закон му је, као што и треба да буде, најљући противник.“

⁹⁷⁸ Љ. Јокић, *Историја права*, Подгорица 2009, 277.

⁹⁷⁹ В. Богишић, (2004б), 205: „Лупежи штогод су украли дијелили су на једнаке дјелове, а кад им се обзнаде тако и плаћају подједнако.“

јасно каже шта се подразумеива под улогом: „Удругарски је улог оно што сваки друг улаже, т.ј. што даје у заједничку главницу, па било у новцу, било у другим стварима, или само радом.“ Дакле, природа улога је могла бити различита па је постојала могућност да настану мјешовити ортаклуци. Осим тога што су могли бити различите врсте, улози су могли бити и различите вриједности. Али, ако у уговору није била назначена вриједност улога појединих ортака, „претпоставља се, ипак, да улог свакога друга бива једнак, ако уговор или обичај или циљ удруге не показује да је другачије.“⁹⁸⁰

Може се примјетити да Општи имовински законик није предвидио могућност накнадног увећања улога у случајевима када се заједнички циљ није могао постићи услед промијењених околности. За разлику од њега, Аустријски грађански законик (§ 1189) и Српски грађански законик (§ 736) допуштају промјену величине улога када је то било оправдано посебним околностима док ортак који није био вољан да увећа улог могао је иступити из ортаклука, а могао се из њега и искључити.⁹⁸¹

Улози ортака у периоду између два свјетска рата су обично били истоврсни али се из постојећег материјала не може више сазнати о вриједности појединих удјела. Ортаци су у заједничку главницу уносили најчешће новац,⁹⁸² мада постоји примјер ортаклука у којем су се удјели свих ортака састојали у раду.⁹⁸³ Постојали су и мјешовити ортаклуци јер је привредна основа била таква да је претпостављала удруживање рада и капитала. У том погледу је карактеристичан уговор о ортаклуку склопљен између Милице Даниловић и Јована Марковића. У уговору су означени удјели: „...Јован Марковић постаје ортак са г.ђом Милицом на тај начин, што улаже 10.000 дин. готовог новца и 15.000 дин у алату и

⁹⁸⁰ Општи имовински законик, чл. 419.

⁹⁸¹ Идентична норма се налази и у ЗООЦГ, чл. 719, ст. 2: „Ортак није обавезан на накнадно повећање уговореног улога, али ако се због промијењених околности заједнички циљ не би могао постићи без повећања улога, ортак који не пристаје на повећање може иступити из ортаклука, а може се из њега и искључити.“

⁹⁸² Два месара су закључила ортаклук и уложили су новац како би купили стоку за потребе месаре (ОСЦ, IV-1926-220, бр. 5966, 12. новембра 1926.г., Цетиње); Затим, ортаци су у „заједницу купили 17 брава“ што претпоставља да су дали улог у новцу ради обављања поменуте куповине (ОСЦ, IV-125-1923, 9. фебруара 1923.г., Цетиње); Затим и ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње.

⁹⁸³ Интересантан је ортаклук склопљен ради изградње водовода у којем је „улог другара био њихов труд“, ОСН, IV-1931-682, 10. јуна 1932.г., Никшић.

материјалу, и свој труд. Госпођа Милица даје своја два аутомобила фирме „форд“ под Бр. 7 и 167, с тим да заједничким радом исплате дуг...“⁹⁸⁴

3.2. Учествовање у послу. Управљање ортаклуком и одговорност за штету

Сваки од ортака дужан је „настојати о користи удруге.“ С обзиром да су ортаци били попут браће,⁹⁸⁵ њихов допринос заједничком пословању требао је да буде подједнак независно од величине удјела.⁹⁸⁶ При томе, ни један од ортака није могао да се бави послом, било у своју корист или корист трећег, ако би од тога ортаклук претрпио штету. Сходно томе, ортак је требао да буде лојалан ортацима и да се уздржи од било какве конкурентне дјелатности.

Управљање ортаклуком Законик је повјерио свим ортацима,⁹⁸⁷ с тим што су се одлуке доносиле већином гласова,⁹⁸⁸ тако да је мањина била обавезна да се приклони вољи већине. За послове редовног управљања захтијевала се проста већина, а за послове ван оквира редовног пословања била је потребна двотрећинска већина, али „ипак, кад је посао тако хитан да се чекати не може, доста је за ријешење и проста већина гласова.“⁹⁸⁹ На овакво рјешење одлучно су утицали чланови Одбора за усвајање Законика јер је првобитна верзија Законика предвиђала сагласност свих ортака.⁹⁹⁰ Пошто се Законик приклонио већинском одлучивању, ортаклук је добио на еластичности што се могло повољно одразити на ефикасност његовог пословања.

Свакако, управљање пословима ортаклука могло је бити пренешено на једног или више ортака који су се у том случају појављивали као заступници

⁹⁸⁴ ОСЦ, Уговор од 17. јануара 1925.г., Цетиње.

⁹⁸⁵ Ж. Бујуклић, 686.

⁹⁸⁶ Супротно је по Српском грађанском законнику који у параграфу 730 наглашава: „Сваки ортак дужан је по мери дела свога уложенога радити о ползи ортакчој једнако један како други,“ тако да је овај Законик одступио од Аустријског грађанског законика (§ 1185) који је ортацима наложио да подједнако доприносе ортакчој користи независно од величине удјела.

⁹⁸⁷ Општи имовински законик, чл. 422, ст. 1: „Ако није иначе углављено, сви удружници управљају договорно обичним друштвеним пословима.“

⁹⁸⁸ Општи имовински законик, чл. 422, ст. 2.

⁹⁸⁹ *Ibid.* Упор: Швајцарски законик о облигацијама, чл. 535, ст. 3: „Једногласна одлука свих ортака је нужна за именовње генералног пуномоћника, или за предузимање правних послова који прелазе оквира редовног пословања ортаклука, ипак, то само онда када нема опасности од одлагања посла.“

⁹⁹⁰ Записници, Сједница XV, 23. децембра 1881, Цетиње: „У другу тачку мјесто једногласја сва господа чланови мисле да је немогуће те највише да се одреде двије трећине за послове изванредне.“

осталих и њихова одговорност просуђивана је по правилима о повјери, „али с погледом на природу саме друштвене везе, најстрожим начином.“⁹⁹¹

Битно је уочити да се пренос права управљања на једног или више ортака могао извршити у уговору о ортаклуку или касније, што је одлучно утицало на могућност његовог опозива. У случају када је право управљања било повјерено једном од ортака на основу уговора о ортаклуку, то право су могли остали ортаци одузети одлуком већине, али само када су за то постојали озбиљни узроци.⁹⁹² Те узроке Законик децидно набраја у члану 424, став 3: „Озбиљан је узрок, свакојачо, кад је друг управник почео вршити посао тако да доноси замашну штету удрузи, или он иначе изневјерује њене интересе, или је пак лично запао у тако стање да му више није могуће вршити како треба повјерене му послове.“ Када право управљања није било повјерено уговором, могло се простом већином гласова одузети, како стоји у првом ставу члана 424 Општег имовинског законика.

У вези са управљањем потребно је додати да су се у свим случајевима када је један од ортака радио за рачун ортаклука без овлашћења, или преко граница постављених овлашћењем, примјењивала правила о незваном вршењу туђих послова.⁹⁹³

Управљање је било значајан сегмент међусобних односа ортака и његов значај се могао уочити и у ортаклуцима, тачније дружинама, које су Богишићеви извјестиоци описали.⁹⁹⁴ И такво управљање се могло подвести у уговорне оквире јер је настало сагласношћу чланова. Ипак, може се примијетити да је раније управљање обично повјеравано једном од удругара и тај „главни“ се бирао по различитим критеријумима у зависности од сврхе друштва.⁹⁹⁵

3.3. Међусобна одговорност ортака

Сваки ортак има положај дужника или повјериоца према осталим ортакима. У склопу тих дужничко-повјерилачких односа наметала се обавеза

⁹⁹¹ Општи имовински законик, чл. 423.

⁹⁹² Општи имовински законик, чл. 424, ст. 2.

⁹⁹³ Општи имовински законик, чл. 425.

⁹⁹⁴ В. Богишић, (2004б), питање 85: „Има ли друштво главара, изборе ли га друштво, или бива главаром онај који даје средства за почетак промисла?“ Одговор: „Четници имају арабашу, лупежи немају, трговци такође немају. У лађи има крмација, њега држе понаистаријега и он одговара за пренос од трговине и држи конти од лађе.“

⁹⁹⁵ *Ibid*, 205: „Четнички арабаша ваља да зна добро све кланце, обноћ да зна и по звијездама водити чету, да зна чувати дружину добро, а навише да је оглашен јунак...“

сваком ортаку да приликом обављања заједничких послова који чине предмет ортаклука, покаже „бар“ онолико пажње колико показује у својим пословима.⁹⁹⁶ Овај степен пажње, који се данас сматра превазиђеним,⁹⁹⁷ био је прикладан тадашњем степену развоја правног промета.⁹⁹⁸ Осим тога, овај степен пажње везан је и за постојање братских односа међу ортацима (*ius fraternitatis*), на које се Законик позива у члану 890. Тај члан гласи: „Дружина је на подобје браће. Ред, је дакле, да међу њима влада потпуна вјерност, поштење и искреност. Треба, по томе, свагда пред очима имати ово правило, судећи дјела појединих другова.“⁹⁹⁹ Богишић је остао вјеран римским рјешењима: „Довољно је, дакле, да ортак покаже у односу према заједничким стварима такву пажњу какву показује у односу према својим стварима, јер ако неко изабере себи за ортака неког недовољно пажљивог, треба то да припише сам себи.“¹⁰⁰⁰

Како је ортак у обављању повјереног посла могао имати трошкове и претрпјети штету, остали ортаци су били дужни да му надокнаде те издатке и евентуалну штету. Сем тога, „на новце које је од свога трошио, треба да му удруга плати обичну законску добит од осам по сто.“¹⁰⁰¹

На основу члана 428 Имовинског законика, сваки од ортака, укључујући и оне који нијесу водили послове, имао је право да буде обавјештен о томе „у коме су послови дружински,“ и поводом тога могао је сам да прегледа пословне рачуне и књиге. Законик је предвидио да је и ортак који се одрекао овог права надзора, могао то право да врши „како се темељита сумња покаже да, у обављању послова, има каква непоштења или зла лукавства.“¹⁰⁰²

Интересовање ортака о току заједничких послова нашло је законски израз у праву сваког ортака да буде обавијештен о пословима ортаклука (чл. 428). Ово

⁹⁹⁶ Општи имовински законик, чл. 890, ст. 2; Општи имовински законик, чл. 426, ст. 1.

⁹⁹⁷ ЗООЦГ, чл. 728, ст. 1: „Ортак одговара за штету коју проузрокује ортаклуку, осим ако докаже да је штета настала без његове кривице.“ Упор. параграф 1191 Аустријског грађанског законика: „Сваки ортак одговара за штету, којој је крив те је учињена ортаклуку,“ као и § 738 Српског грађанског законика.

⁹⁹⁸ Истовјетно и Њемачки грађански законик, § 708, као и Швајцарски законик о облигација, чл. 538, ст. 1.

⁹⁹⁹ Општи имовински законик, чл. 890.

¹⁰⁰⁰ D.17.2.72 (GAIUS libro secundo cottidianarum rerum): Sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.

¹⁰⁰¹ Општи имовински законик, чл. 427.

¹⁰⁰² Општи имовински законик, чл. 428.

право је раније било иманентно ортацима код неких удружења, док се код других о овом праву није водило рачуна, макар не на начин изражен у Законику.¹⁰⁰³

Законик је омогућио сваком ортаку право надзора, а о вршењу тога права свједоче двије исправе, тачније тужбе које су ортаци поднијели против ортака који је обављао послове. Прву тужбу поднијела је фирма Меда Јахића против Јока и Станка Марковића 1919. године. Пошто тужени нијесу хтјели да тужиоцу као ортаку положе рачун „како би учествовао у добитку и губитку ортачке радње,“ тужилац је тражио да му се „положи рачун односно приватног и тековинског друштва ради куповине декица и других ствари у Котору на 19 јуна 1919. год.“¹⁰⁰⁴ Друга исправа је тужба коју је поднио Јован Мартиновић против Влада Мартиновића и то „ради полагања рачуна.“ Међутим, из садржине тужбе се види да је предмет погрешно означен јер је тужилац захтијевао од туженог да му исплати дио заједничке добити коју су стекли куповином и продајом стоке.¹⁰⁰⁵ Ипак, потпуна слика о овом питању не може се стећи без одговарајућих пресуда, које, на жалост, нијесу на располагању.

3.4. Подјела добити и губитка

Општи имовински законик је у члану 429 одредио када су ортаци могли да захтијевају подјелу добити. По овом члану „дијељење дружинског добитка бива обично кад се посао сврши, и кад ће да престане дружинска веза. Ако ли је дружина за подуже трајање уређена, узеће се да сваке године треба рачуни да се праве, и другови међу се намирују, ако уговор или врста удруге какав друкчији ред не доноси.“¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰³ В. Богишић, (2004б), питање бр. 88: „Каква је контрола о приходима и расходима? Када чине рачуне, те дијеле добит, периодично и дефинитивно?“ Одговор: „Ако чета иде једном, па што завати, па се врати, пошто поврате дијеле шићар. А и кад четује цијело љето, не треба контроле, јер сваки зна шта је стечено. А трошка и не бива јер све отимју, ако не да би купили који фишек. А јесени при растанку дијеле шићар цијелог љета. И међу трговцима не треба контроле, јер су операције сасвим просте и познате свакоме од њи. Лупежи ону исту вече што украду и дијеле. Лађари сваки пут чине рачун, те што преостане оно дијеле.“

¹⁰⁰⁴ ОСЦ, IV-1919-271, 17. јула 1919.г., Цетиње.

¹⁰⁰⁵ ОСЦ, IV-1923-125, 9. фебруар 1923.г.,

¹⁰⁰⁶ Упор: ЗООЦГ, чл. 723, ст. 2: „Прије него што се оконча посао, не може се захтијевати закључни обрачун и подјела добити и губитка, али ако се ради о дугорочним пословима који доносе годишњи приход, ортаци могу захтијевати полагање рачуна и подјелу добити по протеклу сваке пословне године.“

Начин расподјеле добити странке су одређивале уговором. Имовински законик садржи два диспозитивна правила по којима се дијелила добит у недостатку споразума странака. На подјелу добити односио се члан 430, док је подјелу губитка нормирао члан 431.

Члан 430 гласи: „Кад није уговорено колико је дио свакога друга у дружинскоме добитку, узео се да су у томе сви удругари једнаци, па им улози, и по врсти и по тржној вриједности, и неједнаци били.“ Иста мјерила важила су и за подјелу губитка: „Ако мјесто добитка рачуни покажу губитак, а није нарочито што друго уговорено, свачији дио у губитку бива једнак дијелу који би и у добитку имао.“

Као што се види, када странке уговором нијесу одредиле удјеле, и добит и губитак су се дијелили на једнаке дјелове без обзира на вриједност унешеног улога. Свакако, ако су странке одредиле квоту учешћа у добити, иста квота се примјењивала и приликом обрачунавања губитка. За разлику од неких законика који су у недостатку уговорне клаузуле, предвидјели подјелу у зависности од величине удјела,¹⁰⁰⁷ Општи имовински законик се у том случају определио за подјелу добити и губитка на једнаке дјелове. Дакле, усвојио је принцип који су афирмисали римски правници¹⁰⁰⁸ и који су прихватили бројни законици модерног доба,¹⁰⁰⁹ укључујући и Црногорски законик о облигацијама из 2008.¹⁰¹⁰ Иначе, треба додати да је подјела добити „подједнако“ била присутна у обичајној пракси,¹⁰¹¹ и то не само оној прије доношења Законика већ и оној из

¹⁰⁰⁷ Тако Аустријски грађански законик, § 1193, као и Српски грађански законик, § 739.

¹⁰⁰⁸ Иначе, питање подјеле добити и губитка код ортаклука представљало је за римске правнике *magna questio*, више М. Полојац, *Societas u rimskom pravu*, Београд 1990, 102-106.

¹⁰⁰⁹ Преглед рјешења модерног законодавства и њихову анализу даје М. Полојац, „Подјела добити и губитка међу ортацима – римско право и модерна рјешења“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2005/2, 130-144.

¹⁰¹⁰ ЗООЦГ, члан 730, ст. 1 и 2. Иначе, како то исправно закључује М. Полојац: „Овај принцип због своје једноставности доводи до лакшег рјешавања спора међу ортацима. Ако већ странке уговором нису регулисале ово питање, иако су такву могућност имале, онда је у крајњој линији правичније да се примени принцип једнакости између особа међу којима владају односи блискости, а тиме се олакшава и посао судије, *Ibid*, 141 “

¹⁰¹¹ В. Богишић, 205: „Четници штогођ би уграбили то дијеле сви на једнаке дјелове...лупежи штогод су украли дијелили су на једнаке дјелове, а кад им се обзнаде тако и плаћају подједнако...“

средњовјековног периода.¹⁰¹² То много казује о значајном утицају римских концепција на нашу правну традицију.

Пошто се ове двије норме искључиво односе на подјелу добити и ризика, може се закључити да је Општи имовински законик оставио простор за уговарање лавовског ортаклука (*societas leonina*) који се изворно састојао у томе што је неки од ортака могао бити искључен из добити, а обавезан на сношење губитка.¹⁰¹³ Уз напомену, римско право је забрањивало уговарање ове лавовске клаузуле, а нека права се нијесу устезала да прошире њен смисао тако да се лавовским, у смислу забрањеног ортаклука, сматрао и ортаклук у којем је један од ортака био искључен не само из добити, него и онај гдје је ортак био искључен из ризика, без обзира што је учествовао у подјели добити.¹⁰¹⁴ Имовински законик је, као што се могло видјети, оставио шири простор вољи странака него они законици који су забрањивали уговарање лавовске клаузуле у ужем, или ширем смислу.¹⁰¹⁵

У склопу ове проблематике, посебно мјесто заузима питање о томе какав је био положај ортака који је уложио рад, тачније, како је он учествовао у подјели добити и губитка. О томе Законик излаже правило у члану 889, који гласи: „Пошто се за удругарски улог прима и рад, уговорници могу углавити да и онај друг који улаже у удружински посао какав свој вјештачки труд, па и да није другога улога дао, може имати потпуни дио у друштвеноме добитку, као и сва остала права која сваки удруженик има; шта више, да може имати још какво право које остали и немају.“

Ова норма указује да је положај ортака чији је улог састојао у раду био, ипак, специфичан у односу на остале ортаке. Он је, као што се на првом мјесту

¹⁰¹² Т. Тарановски описује ортаклук из тзв. Закона Јустинијана који је закључиван ради обраде земљишта заједничком стоком и радом, при чему су ортаци били дужни плодове „раздијелити.“ Т. Тарановски, 661-662.

¹⁰¹³ D. 17.2.29.2 (ULPIANUS libro trigensimo ad Sabinum): „Ariston navodi da je Kasije odgovorio da se ne može osnovati takav ortakluk u kojem bi neko sticao samo korist, a drugi snosio samo štetu: takav se ortakluk obično naziva lavovskim. I mi se slažemo s tim mišljenjem da je ugovor o ortakluku u kojem bi jedan samo sticao, a drugi ne bi imao nikakve koristi, nego snosio štetu – ništav, jer je najnepravičniji oblik ortakluka onaj u kojem neko snosi štetu, a nema i koristi.“

¹⁰¹⁴ *Ibid*, тако Француски грађански законик, Италијански грађански законик, Закон о привредним друштвима из 2004, 142.

¹⁰¹⁵ Осим Имовинског, и Њемачки грађански законик изричито не забрањује лавовску клаузулу. Швајцарски законик о облигацијама не садржи изричиту норму којом би се забранили ови споразуми али у члану 532 каже: „Ортаци су дужни да између себе деле сву добит која, по својој природи, припада ортаклуку.“ Тако да би се могло рећи да је било забрањено искључити неког од ортака из добити, што значи да је и овај Законик санкционисао лавовске принципе подјеле ортакче добити. Иначе, басну по којој је овај облик ортаклука добио назив преноси R. Zimmerman, 449.

истиче, имао право на дио добити као и остали ортаци, сем тога, могао је вршити сва остала права из ортачког односа, право на управљање, преглед рачуна и сл. И финално, могао је имати „какво право“ које други ортаци нијесу имали.

Иза тога слиједи питање – које је то право могао имати? Члан 889 изричито каже да је овај ортак имао дио у добитку, док питање губитка није третирао. Из тога се може закључити да се он од осталих ортака, који су учествовали подједнако и у добити и у губитку, разликовао по могућности да буде изостављен из сношења ризика. Сем тога, није искључено да је он, у случајевима када је његов рад био од посебног значаја, могао да добије и накнаду за уложени труд,¹⁰¹⁶ што је била посебна погодност с обзиром да се ортацима уложни труд није посебно плаћао, већ су једино учествовали у подјели добити.

4. Однос ортака према трећим лицима

Четири одредбе Имовинског законика одређују положај ортака према трећим лицима. Двије од њих се односе на концепт заступања који је био присутан код ортаклука (чл. 432-433), а двије се тичу одговорности ортака за дугове ортаклука (чл. 434-435).

Ортаклук је према трећим лицима иступао као посебна заједница која је права и обавезе према трећим лицима стицала сагласношћу свих ортака или преко једног или неколицине који су били овлашћени на заступање.¹⁰¹⁷

Свакако, ортаци су могли да у уговор о ортаклуку унесу одредбу којом се забрањивало поједином ортаку да склапа одређене послове за рачун ортаклука. Пошто је уговор о ортаклуку регулисао интерни однос ортака, трећа лица нијесу била дужна да знају његову садржину. Сходно томе, члан 433 јасно одређује дејство одредбе о ограничењу овлашћења према трећим лицима: „...та одредба вриједи напрама трећему, с којим је неки друг тако посао главио, само онда ако је стегнуће било правилно оглашено, или ако удруга докаже да је тај трећи иначе о томе знао.“ Из чега се може извести закључак да су ортаци били дужни да

¹⁰¹⁶ Поређења ради, из Анкете се видјело да су чету предводиле арамбаше који су били изразито храбри и спретни због чега су узимали два дијела плена, а остатак се дијелио другим четницима, В. Богишић, (2004б), одговор под 84, 205.

¹⁰¹⁷ Општи имовински законик, чл. 432: „Удруга, у својој цјелини, постаје дужник или дужитељ не само од онога што сви другови уједно с ким уговоре, него и од онога што и само један од њих у име дружине углави, у границама њена обичног пословања.“

преузму обавезе према трећем лицу које није знало за уговорно ограничење овлашћења на заспупање.

Члан 434 дефинише правни режим ортакче имовине и обим одговорности ортака за дугове ортаклука. Тај члан гласи: „Сви удруженици имају заједничко право на све што удруга стече; али опет и за њезин дуг они сви самокупно одговарају и својом властитом имовином у колико дружинска не досегне, осим ако се у појединоме уговору са трећима није што друго нарочито углавило.“ Дакле, Законик је повезао заједничку имовину „као нераскидиво срасли контрапункт солидарне одговорности ортака за обавезе друштва.“¹⁰¹⁸

Мада, грађа не садржи довољно података о правном режиму ортакче имовине самим тим што се у већини уговора о томе ништа изричито не каже. Изузетак је уговор склопљен на Цетињу 1925 у којем је установљена заједничка својина на имовини ортаклука,¹⁰¹⁹ што је недовољно за доношење општег закључка о претежно практикованим режимима.

5.Престанак ортаклука

„О престајању удруге“ Законик говори у шест чланова (чл. 436-441). При томе се базира на вољном престанку (*ex voluntate*), као и престанку услед смрти, односно губитка пословне способности ортака (*ex personis*).¹⁰²⁰

Престанак ортаклука услед отказа ортака различито је нормиран у зависности да ли је уговор о ортаклуку био закључен на одређено или неодређено вријеме.

Ортаклук који је био закључен на одређено вријеме изричито или прећутно, могао је бити раскинут судским путем када су за то постојали озбиљни разлози које је суд цијенио у сваком појединачном случају.¹⁰²¹ Иначе, ортаклук уговорен

¹⁰¹⁸ Р. Miladin, 89. Упор. ЗООЦГ, чл. 727, ст. 4: „Ако с повјериоцем није друкчије уговорено, за обавезе ортаклука солидарно одговарају сви ортаци.“ Иначе, анализу одређених аспеката својинскоправног режима ортаклука садржи рад М. Полојац, „*Societas quod sortem* у римском и савременом упоредном праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/2004, Београд, 153-170.

¹⁰¹⁹ ОСЦ, Уговор од 17. јануара 1925.г., Цетиње, наиме, ортаци су одредили удјеле и циљ ортаклука при чему су нагласили да ће улози бити заједничка својина.

¹⁰²⁰ D. 17,2,63, 10: „Ortakluk se gasi zbog ličnosti, stvari, voljom i tužbom; očevidno je da gašenje ortakluka biva kada ljudi dožive promjenu statusa (*capitis deminutio maxima i media*) ili smrću; zbog stvari, kada ništa ne ostaje ili su uslovi promijenjeni; takođe kada je neko ortak stvari koja je sada baš ničija, stvari posvećenih i konfiskovanih. Voljom se ortakluk gasi otkazom.“

¹⁰²¹ Општи имовински законик, чл. 436: „Кад је уговором одређено вријеме за које ће удруга трајати или се трајање одређује само врстом дружинског посла, поједини друг не може тражити

на одређено вријеме могао се трансформисати у ортаклук неограниченог трајања када ортаци „и пошто истече вријеме за које је одређено да ће удруга трајати наставе истим начином дотадању радњу...“¹⁰²² Осим ортаклука који је био закључен на одређено, па су ортаци прећутно наставили дјелатност, као ортаклук са неодређеним трајањем сматрао се и ортаклук заснован „за вазда, или док је жив неки одређени друг или неколицина њих...“¹⁰²³

О једностраном раскиду ортаклука са неодређеним трајањем говори члан 438. У њему стоји следеће: „Ако простоме удружењу није одређено вријеме трајања, нити је посао којим се бави такав да се сматрати може е је сасвим свршен, ни сви другови пристају да удруга престане; сваки друг може, кад га год воља, јавити да он излази из удруге. Ипак, треба да излазак не буде у невријеме, или ради какве зле лукавштине (891), јер ће иначе одговарати за штетне последице.“ Дакле, сваки ортак је могао да откаже уговор и то без остављања отказног рока, под условом да отказ није услиједио злонамјерно.

Последица иступања и само једног ортака била је престанак ортаклука. Ортаци који су настављали дјелатност сматрали су се као ново удружење које је било дужно да обавијести трећа лица с којима је ортаклук пословао о промјенама у чланству.¹⁰²⁴ Овакво рјешење није било јасно члановима Одбора за усвајање законика што се види из Записника. Како је забиљежено: „Два од господе чланова, не виде узрока рашта ће да престане друштво зато што је један иступио. Наводе као примјер кућу која пошто један брат је одијељен остали остају у заједницу. Ипак пошто су други законици узели то правило може се узети и за Црну Гору само би добро било додати да они другови кои су остали могу и муче се договорити да наставе друштво на старом темељу.“¹⁰²⁵ Осим истакнутог упоредног искуства, на овако дефинисање престанка ортаклука утицала је чињеница што није имао својство правног лица. Мада, утицај традиције је био значајан па је и у системима гдје је ортаклук имао својство правног лица,

прије нег то вријеме истече, да се удружење развргне, осим ако има томе врло озбиљних узрока. Кад се тврди да таквих узрока има, суд ће, погледом на све прилике и чињенице, одлучити да ли ће се удруга разврћи или неће.“

¹⁰²² Општи имовински законик, чл. 437.

¹⁰²³ Општи имовински законик, чл. 440.

¹⁰²⁴ Општи имовински законик, чл. 439.

¹⁰²⁵ Записници, Сједница XVI, 28. децембра 1881., Цетиње, 125.

повлачење ортака имало за последицу престанак ортаклука, осим ако је било другачије уговорено.¹⁰²⁶

Везаност за личност ортака, као основно својство уговора о ортаклуку, испољавала се и приликом смрти, односно губитка пословне способности једног од ортака. Наиме, смрћу једног од ортака, ортаклук као однос је престајао, осим ако су се странке другачије споразумјеле. Изузетак је у извјесном смислу био када је преминули члан ортаклука имао својство правног лица: „Ипак, ако је тај друг био кућни старјешина, па и прости кућанин, а уговор или друге прилике показују да је он радио само за Кућу, удруга тиме не престаје, ако Кућа одреди друго чељаде које може пређашње замијенити.“¹⁰²⁷

¹⁰²⁶ Д. Радоњић, *Право привредних друштава*, Подгорица 2008, 126-127.

¹⁰²⁷ Општи имовински законик, чл. 441.

ЗАКЉУЧАК

1. Општи имовински законик је највећи дио својих норми посветио правилима облигационог права. При томе, он је посебно изградио регулативу појединих уговора ослањајући се на општа правила облигационог, као и самог уговорног права која је због већег степена апстракције поставио на друго мјесто након појединих уговора. Ослонац за такво рјешење нашао је у црногорским друштвено-економским приликама које су баш у периоду његовог доношења сазијевале за потпуније правно каналисање.

Његова тежња да очува органски развој правних установа нашла је одраз и у сегменту облигационих односа. Наиме, осим уговора класичног облигационог права задржао је и уговоре аграрног карактера. С друге стране, иако конципиран као општи законик, он је руковођен савременим потребама и потребама будућег промета, нормирао и уговор о превозу као типичну установу трговинског права. Дакле, и ново и старо укомпоновао је у цјелину како би удовољио потребама и сеоске и градске средине.

Имовински капацитет субјеката облигација дефинисао је јасно и на темељу индивидуалне одговорности, а да при томе није засијецао у обичајну регулативу више него што је било потребно да се усагласи са општим концептима Законика.

2. Иако је релативно мањи број норми посвећен осталим изворима облигација не може се рећи да та материја није потпуно дефинисана. Чак више, осим проузроковања штете чији значај расте због већег броја ризика који прате савремени живот, за друге двије установе из овог сегмента - незвано вршење туђих послова и неоправдано користовање туђим, може се рећи да нијесу претрпјеле неке значајније промјене у односу на рјешења Имовинског законика.

У Имовинском законуку доминира кривица као основ деликтне одговорности како за сопствене радње, тако и за радње другога као и за штету од животиња и грађевине. Није нормирана одговорност за опасне ствари и опасне дјелатности, као што то није било извршено и у другим грађанским законцима из тога доба. Као нека врста приговора рјешењима Законика могла би се изнијети чињеница да он није предвидио надокнаду нематеријалне штете. Ипак, када се

узме у обзир његова изразито имовинска оријентација, онда се може рећи да би регулисање неимовинске штете пореметило хомогеност законских правила.

Незвано вершење туђих послова је уређено на јединствен начин. Иако се кренуло са индивидуалистичких позиција, Имовински законик је у појединим рјешењима у истој мјери водио рачуна о интересима како незваног вршиоца посла тако и господара посла.

Општи имовински законик је установу неоправданог користовања туђим регулисао по угледу на римске кондикције. Верзиони захтјев који се могао поднијети за повраћај користи која је стечена без основа био је тек у повоју па се у виду изузетка примјењивао за повраћај обогаћења које је старији малољетник прибавио на основу посла који није био одобрен од законског заступника. Иако је Општи имовински законик важио за законик који је био модернији од Српског грађанског законика, у овом сегменту њихове норме су суштински на истој равни. Предност на страни Имовинског законика састојала се у томе што је потпуније регулисао четири традиционалне кондикције и што је дао опште одређење када се могла користити.

3.Претходно спроведена анализа норми Законика показала је значајно присуство аутономије воље и то посебно у сегменту уговорне форме. Наиме, принцип усмености важио је у свим случајевима гдје ни Законик, као ни странке, нијесу захтјевали поштовање форме. Законик је предвидио форму као битан услов за настанак само два уговора и то посебног облика куповине-уговорног права прече куповине и уговора о поклону ствари веће вриједности. Задржао је реалне уговоре и то не само из чисто традиционалних разлога већ због тадашњег степена правног развоја, што није погрешно процјенио имајући у виду да су тек 80-их година двадесетог вијека реални уговори конституисани као консенсуални.

Приликом одмјеравања права и обавеза странака посебно мјесто је било дато поштењу и благонрављу (*bona fides*). На тај начин се остварила заштита једнакости узајамних давања код теретних уговора без обзира што Законик није изричито и на општи начин нормирао установе којима се данас та једнакост штити (прекомјерно оштећење, зеленашки уговори, промјењене околности). Ипак, треба додати да је забрана узимање прекомјерних камата уопштена и пооштрена самим тим што је зеленашење проглашено за посебно кривично дјело.

Режим сваког анализираног уговора је пажљиво изграђен посебно осмишљеном терминологијом претежно народног поријекла. Законодавац је дефинисао сваки уговор и то по правилу у шестом дијелу који је имао дидактичку природу. При томе, није пропуштао прилику да нагласи које су главне обавезе уговорних страна и њих је обично постављао на прво мјесто. Кад год је било прилике за то груписао је норме што је олакшавало разумијевање и сналажење у оквиру поједине установе. Тако је издвојио опште елементе куповине од одговорности за физичке и правне недостатке, међусобне односе ортака и њихове односе са трећим лицима и сл.

4. Основни уговори облигационог права настали су на основи која је постављена у модерним кодификацијама. При томе се може констатовати да се законодавац користио упоредним рјешењима али готово увијек уз извјесне дораде и адаптације. У том послу му је посебно послужила правичност чија је правила уводио у свим сегментима гдје је требало одступити од онога што није било уобичајно у теорији или пракси. Због тога је купац, иако носилац ризика пропасти ствари тек од момента стицања власништва, могао да учествује у подјели евентуалне штете која је наступила и прије тога момента, ако је то захтијевао разлог правичности.

Без обзира што је државна интервенција у периоду између два свјетска рата залазила у скоро све сегменте правног живота, Имовински законик је остао основни регулатор облигационих односа. У домену уговора о најму радне снаге било је простора за надоградњу путем радничког законодавства. Ипак, у неким другим сегментима држава је ишла за тим да ограничи слободу уговарања и то посебно у погледу висине закупнине или висине камате код уговора о зајму. Без обзира на ове појединачне интервенције, за вријеме Старе Југославије није дошло до унификације имовинског права већ је у свакој области наставило да живи затечено право. Чак више, због начина настанка данашње државе путем припајања нових крајева државном језгру, ни црногорско правно подручје није биле јединствено.

Наиме, Имовински законик је имао најпотпунију примјену на оној територији Црне Горе из времена доношења Законика. У крајевима добијеним након Балканских ратова, као и након уједињења 1918. године, Имовински

законик није успио да заживи, макар не у истој мјери колико на првобитном подручју. Истраживања која би имала за циљ да утврде да ли је, и у којој мјери је Имовински законик постао регулатор односа у овим крајевима, дала би драгоцене податке и историја примјене Општег имовинског законика би била заокружена. До тада остаје да се констатује да је овај Законик заживио на државном подручју из времена његовог доношења.

У том правцу потребно је додати да изворна грађа показује да су сви изучавани уговори у свакодневном животу функционисали по правилима Имовинског законика и да је створена јединствена пракса у којој скоро да и није било колебања у погледу примјене поменутих правила. Евентуални изузетак чине купопродаје непокретности код којих није био у потпуности спроведен поступак судске потврде што је купцу онемогућавало, односно отежавало, стицање власништва.

Иако је у привредном погледу Црна Гора заостајала за осталим дјеловима југословенске државе, њен Имовински законик не само да није заостајао за осталим грађанским (имовинским) законцима који су се примјењивали на територији Старе Југославије већ је имао предности у оквиру садржине и систематике. Сем тога, регулатива облигационих односа била је прилагођена у потпуности потребама правног саобраћаја у који се Црна Горе могла равноправно укључити управо захваљујући оствареном правном напретку.

ИЗВОРИ И ЛИТЕРАТУРА

Извори:

- Општи имовински законик за књажевину Црну Гору, Цетиње 1888.
- Државни Архив Црне Горе, Окружни суд Цетиње (1918-1941).
- ДАЦГ, Суд Општине Цетиње.
- ДАЦГ, Окружни суд Бар.
- ДАЦГ, Окружни суд Ријеке Црнојевића.
- ДАЦГ, Срески суд Цетиње.
- ДАЦГ, Адвокатски списи Н. Јерговића.
- ДАЦГ, Архивска грађа из Македоније: Среско Вакуфско-Меарифско Поверенство Плевље.
- ДАЦГ, Окружни суд Никшић (1918-1941).
- Историјски архив Котор, SN, 1920-1923.
- Збирка закона Краљевине Србије, I, Грађански законик, Београд 1922.
- Закон о називу и подјели краљевине на управна подручја, Београд 1930.
- Закон о облигационим односима, Службени лист, Београд 1978.
- Закон о облигационим односима, Службени лист Црне Горе 47/08, Подгорица.
- Medželle i ahkjami šerije (Otomanski građanski zakonik), Tisak i naklada Danijela A. Kajona, Sarajevo 1906.
- Њемачки грађански законик, Опћи дио и обвезно право, Београд 1970.
- Трговачки законик за Књажевину Црну Гору, Цетиње, 22. јануар/4. фебруар 1910.
- Уредба о становима и закупима зграда у опште, Београд 1921.
- Уредба о подјели земље на области, Београд 1922.
- Швајцарски законик о облигацијама, Београд 1976.

Литература:

- Ankum Hans, *L' actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique*, Van Gorcum, Assen (The Netherlands) 1979.
- Антић Оливер, „Облигација: правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2007.
- Аранђеловић Драгољуб, *Основи облигационог права с нарочитим освртом на Грађански законик Краљевине Србије*, Београд 1929.
- Аранђеловић Драгољуб, „Да ли власник куће одговара ако се његов станар повреди ако двориште куће није осветљено“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. LXII, бр. 4, Београд 1938.
- Аранђеловић Драгољуб, „О неоправданом обогаћењу“, *Архив за правне и друштвене науке*, коло II, књ. IX, бр. 5-6, Београд 1925.
- Аранђеловић Драгољуб, *Одговорност гостионичара према путницима*, сепарат 1906.
- Бабић Илија, Грађански ортаклук – нека питања разграничења од трговачког ортаклука“, *Зборник радова Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије*, Институт за упоредно право и ПКЈ, Београд 1995.
- Беговић Мехмет, „Утицај шеријатског права на правне обичаје у Југославији“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, XXII, 1974.
- Беговић Мехмет, „Сличности између Мецеле и Општег имовинског законика за Црну Гору“, *Богшић о себи и други о Богшићу*, Подгорица, 1999.
- Благојевић Борислав, „Један поглед на данашње стање материје облигационих уговора“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XL, 5-6/1940, Београд.
- Благојевић Видан, „Изједначење облигационог права у словенским државама“, *Правосуђе*, Година II, бр. 15 - 16, Београд 1933.
- Благојевић Видан, „Кратка паралела између уводног дијела Мецеле и завршног дијела Богишићевог црногорског имовинског законика“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1- 2/1938.
- Благојевић Обрен, „Економско стање сељаштва у Црној Гори 30 – их година овог вијека“, *Историјски записи*, Год. LXIV, бр. 1 – 2, Подгорица 1991.
- Bogićević Čedomir, *Crnogorski pravno istorijski rječnik*, Podgorica 2010.

- Богишић Валтазар, *Изабрана дјела, Том 1, Правни обичаји у Црној Гори*, Подгорица -Београд, 2004.
- Богишић Валтазар, *Изабрана дјела, Том 2, Грађа у одговорима из различних крајева словенског југа*, Подгорица - Београд, 2004.
- Богишић Валтазар, *Изабрана дјела, Том 4, Студије и чланци*, Подгорица - Београд, 2004.
- Богишић Валтазар, *Метод и систем кодификације имовинског права у Црној Гори*, приредио Томица Никчевић, Београд - Подгорица, 1999.
- Богишић Валтазар, *Богишић о себи и други о Богишићу*, приређивач Чизмовић Милисав, Подгорица, 1999.
- Богојевић-Глушчевић Невенка, *Извори за римско облигационо право (општи и посебни дио)*, Подгорица 1997.
- Vogojevic-Gluscevic Nevenka, *Reception of Roman law in the 19 th and 20 th centry: research essays*, Podgorica 2011.
- Богојевић–Глушчевић Невенка, „Римска правна правила у закоњачама Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору“, *Историјски записи*, LXXVIII,1-4/2005.
- Бојовић Јован, *Усвајање текста Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору*, (Записници сједница одбора) Подгорица, 1992.
- Бојовић Јован, „Валтазар Богишић као изучавалац обичајног права на Балкану“, *Бока*, Херцег Нови, 1985/17.
- Брајић Влајко, *Радно право*, Београд 2001.
- Бујуклић Жика, *Правно уређење средњевековне будванске комуне*, Будва-Никшић, 1988.
- Бујуклић Жика, *Forum Romanum: rimska država, pravo, religija i mitovi*, Beograd 2009.
- Васиљевић Мирко, *Пословно право*, Београд
- Војиновић Новица, *Историја државе и права народа Југославије*, Никшић 1993.
- Војиновић Новица, „Грађански законик за Књажевину Србију и Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору: елементи упоредне анализе“, *Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика, Зборник радова*, Београд, 1996.

- Војиновић Новица, „Утицај римског права на Богишића“, *Наша законитост*, бр.12, Загреб, 1988.
- Gordley James, „Comparative law and legal history“, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006.
- Даниловић Јелена, „Контракт у римском класичном праву“, *Зборник Правног факултета у Подгорици, Споменица проф. др Јелени Даниловић*, бр. 34, Подгорица 2007.
- Danilović Jelena, „Les suretes personnelles dans le droit des villes dalmates au Moyen age“, *Zbornik „Recueils de la Societe Jean Bodin“*, *Les surettes personnell*s, Bruxells 1971
- Даниловић Јелена, *Историјско правне студије*, Подгорица, 2002.
- Даниловић Јелена, *Предговор у књизи В. Богишића Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана дјела*, стр.7-40, Подгорица-Београд, 1998.
- Dežman Aljoša, „The short overview of contractual liability for assistants and substitutes in Roman law and in German BGB“, *Pravni život*, God. 57, knj. 521, br. 11 (2008)
- Драгашевић Момир, „О дуговима од неоправданог користовања туђим Општег имовинског законика са освртом на правно неосновано обогаћење у упоредном праву“, *Правни зборник*, Год. XXIV, бр. 2 – 3, Титоград 1975.
- Дракић Гордана, „Правни прописи о аграрној реформи у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, вол. 41, бр. 1-2, 2007.
- Дракић Гордана, „Формирање правног система у међуратној југословенској држави“, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, вол. 42, бр. 1-2, 2008.
- Дракић Гордана, „Колонизација у међуратној југословенској држави“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 42, бр. 3, 2008.
- Ђуровић Мирјана, „Економски фактори у стварању Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца“, *Зборник радова приказаних на научном скупу од 5. До 7. децембра 1988. године поводом обележавања седамдесете годишњице стварања Југославије*, Београд 1989.
- Ђуровић Р, Орлић М., „Од Општег имовинског законика до Закона о облигационим односима“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.3-5/1978.

- Ђуровић Радомир, „Производна сарадња на селу у нашем обичајном праву и по Општем имовинском законнику“, *Правни зборник*, Година XI, број 3, Титоград 1963.
- Eisner Bertold, Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948.
- *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, Том III
- Zimmermann Reinhart, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1996.
- Zimmermann Reinhart, „Comparative law and the Europeanization of private law“, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006.
- Zimmermann G.Werner, *Валтазар Богишић и кодификација грађанског права у Швајцарској*, ЦАНУ, Титоград, 9/1989.
- Ibbetson David J, *A historical introduction to the Law of obligations*, Oxford 2006.
- *Из историје Југославије 1918-1945*, Зборник предавања, Београд 1958.
- Илић Ананије, „Из приватно - правног живота у Црној Гори“, *Правни зборник*, Година VI, број 3 – 4, Цетиње 1938.
- Илић Ананије, „Из приватно - правног живота у Црној Гори“, *Правни зборник*, Година VI, број 5 - 6, Цетиње 1938
- Јанковец Ивица, „Кривица као претпоставка уговорне одговорности“, *Зборник САНУ, Научни скупови*, књига LXXXI, Београд 1996.
- Јовановић Јагош, *Историја Црне Горе*, Цетиње-Подгорица, 1995.
- Јовићевић Владимир, „Прилог проучавњу примјене Општег имовинског законика“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1991
- Константиновић Михаило, *Облигације и уговори*, Скица за законик о облигацијама и уговорима, Београд 2006.
- Константиновић Михаило, „Идеје В. Богишића о народном и законском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, XXX, бр.3-4,
- Константиновић Михаило, *Emptio perfecta у Српском грађанском законнику*, Београд 1934.
- Константиновић Михаило, „Одговорност закупца за пожар“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXXVIII, бр. 5-6, 557-568, Београд 1938.

- Константиновић Михаило, „Јединствени југословенски законик“, *Анали Правног факултета у Београду*, XXX, бр.3-4.
- Константиновић Михаило, „Стара правна правила и јединство права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4/1982.
- Кркљуш Љубомирка, *Правна историја српског народа*, Београд 2007.
- Крстић Ђурица, *Правни обичаји код Куча*, Балканолошки институт САНУ, Београд, 1979.
- Крстић Ђурица, *Правни обичаји у прошлости и данас, компарације и концепције*, Подгорица 1997.
- Крстић Ђурица, *Правни обичаји у Црној Гори*, Подгорица 2010.
- Лакић Зоран, *Огледи из историје Југославије*, Подгорица 1999.
- Лукић Радомир, *Имовински законик и обичајно право*, ЦАНУ, Титоград, 9/1989.
- Мариновић Светислав, Вукотић Ратко, Дакић Марко, *Црногорско судство кроз историју*, Цетиње 1998.
- Маровић Бранислав, *Сточарство у Црној Гори 1860 – 1953*, Подгорица 1998.
- Мартиновић Нико, Валтазар Богишић I, *Историја кодификације црногорског имовинског права*, Цетиње, 1958.
- Medenica Spasoje, *Privredni razvitak Crne Gore 1918-1941*, Titograd 1959.
- Мијачић Мирса, „Оштећење преко половине по Српском грађанском законнику, Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика: (1844-1994)“, *Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. септембра 1994. године у Нишу*, Ниш 1995.
- Miladin Petar, „Обичаји, kondikcije, ortaštvo i ugovorna kazna prema Bogišićevu Općem imovinskom zakoniku za Crnu Goru (OIZ) i hrvatskom Zakonu o obveznim odnosima“, *Bogišić i kultura sjećanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011.
- Мириловић Бранко, *Незвано вршење туђих послова*, Приштина 1964, (докторски рад).
- Мирковић Зоран, Ђурђевић Марко, „Правила о поклону у српском средњовековном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011.
- Мојовић Никола, *Periculum rei venditae од римског до савременог права*, Београд 1985.

- Недељковић Бранислав, *Изабрани радови*, Подгорица (нема године издања).
- Никчевић Томица, „Прилог изучавању политичких борби у Црној Гори 1929-1937“, *Историја XX века, Зборник*, књ. III, Београд 1962.
- Никчевић Томица, „Проблеми рецепције обичајног права у кодификацијама грађанског права у Србији и Црној Гори“, *Историјски записи*, година LXXIX, број 1 – 4/2006
- Никчевић Томица, „Општи имовински законик у историји кодификације права у Црној Гори“, Општи имовински законик, фототипско издање, Цетиње, 1980.
- Новаковић Радивоје, *Штета и њена накнада: по Марселу Планиолу и осталим писцима*, Београд 1940.
- Орлић Миодраг, „Правна терминологија у области уговора о закупу“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5-6/1974.
- Орлић Миодраг, „Југословенски законик о облигацијама (од ОИЗ за књажевину Црну Гору до скице проф. Михаила Константиновића за Законик о облигацијама и уговорима)“, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, година XXII/XXIII Подгорица, 1998/1999.
- Орлић Миодраг, „Утицај Богишићевог дјела на наше законодавство“, *Правни живот*, тематски број „Моћ и немоћ права“ бр.9, том 1., Београд 1998.
- Павловић Ђорђе, *Објашњење грађанског законика о јемству*, Београд 1879.
- Павловић Марко, *Југословенска држава и право 1914-1941*, Крагујевац 2000.
- Павићевић Бранко, „Богишићеве припреме за израду Општег имовинског законика за Црну Гору“, *Историјски записи*, LXXI, 1998/1-2, стр.15-43.
- Пејовић Ђоко, *Напредна штампа у Црној Гори 1918-1941*, Титоград 1969.
- Пејовић Крсто, „Кодификација трговачког права Књажевине Црне Горе“, *Правни зборник*, бр. 2-3/95, Подгорица 1995.
- Петковић Д. Илија, „Кућевласник не одговара ако се станар повреди зато што двориште није осветљено“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XXXVI, бр.4, Београд 1938.
- Petrak Marko, „Imovinskopравне *regulae iuris* u Bogišićevom zakoniku i njihovo aktualno značenje“, *Bogišić i kultura sjećanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011.

- Петрановић Бранко, *Историја Југославије 1918-1988, Прва књига, Краљевина Југославија 1914-1941*, Београд 1988.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд 1976.
- Перовић Слободан (гл. ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига I, II, Савремена администрација, Београд 1995.
- Полојац Милена, *Societas у римском праву*, Београд 1990, магистарски рад (дактилографисано).
- Полојац Милена, „Купопродаја у римском праву и њен утицај на развој европског права“, *Анали Правног факултета у Београду*, вол. 53, бр. 1 (2005).
- Полојац Милена, „*Societas quod sortem* у римском и савременом упоредном праву“, *Архив за правне и друштвене науке*, вол. 40, бр. 1/2 (2009)
- Поповић Драгољуб, „Објективна одговорност за штету у Српском грађанском законнику“, *Зборник САНУ, Научни скупови*, Београд 1996.
- Поповић Олга, „Утицај модерних уставних концепција на схватања о уставном уређењу Краљевине СХС 1920 – 1921“, *Стварање југословенске државе*, Београд 1989.
- Пуповци Сурја, *Грађанско правни односи у законнику Леке Дукађинија*, Београд-Приштина 1968.
- Пуповци Сурја, *Валтазар Божишић, живот и дјело*, Подгорица, 2002.
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, Београд 2000.
- Радишић Јаков, „Основ одговорности за штету по Српском грађанском законнику, Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика: (1844-1994)“, *Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. септембра 1994. године у Нишу*, Ниш 1995.
- Радовић Благота, *Привредне прилике у Црној Гори између два свјетска рата*, Подгорица 1994.
- Радоњић Драган, *Право привредних друштава*, Подгорица 2008.
- Растодер Шербо, *Животна питања Црне Горе 1918-1929*, Подгорица 1995.
- Рашовић Зоран, „Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору-модерна кодификација“, *Bogišić i kultura sjećanja*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; LZ „Miroslav Krleža“, Zagreb 2011.

- Rušnov Adolfo, *Tumač Općem austrijskom zakoniku*, knj. 2, Zagreb 1891.
- Савковић Јован, *Поступак у споровима који проистичу из закупних уговора*, Београд 1937.
- Salma Jožef, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2005.
- Салма Јожеф, „Српски грађански законик (СГЗ, 1844) и облигационо право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XXXVIII 2, (2004), том I.
- Салма Јожеф, „Грађанскоправни и трговински уговори“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2010, 37-64.
- Сиротковић Ходимир, Маргетић Лујо, *Повијест држава и права народа СФР Југославије*, Загреб 1988.
- Сич Магдолна, „Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, Бр. 120 (2006), 199-225.
- Соловјев Александар, *О животу и раду Валтазара Богишића*, издање Народни универзитет у Шапцу, Београд, 1935.
- *Spoimenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti 24. Apr. 2008*, knjiga 1, priredio Luka Breneselović, Beograd 2011.
- Станковић Обрен, *Новчана накнада неимовинске штете са посебним освртом на југословенску судску праксу*, Београд 1965.
- Станковић Обрен, „О подјели права на апсолутна и релативна“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5-6/1985.
- Станојевић Обрад, *Зајам и камата*, Институт за правну историју, Београд 1966.
- Стефановски Мирјана, „Кодификаторски рад В.Богишића и Јована Хаџића-сукоб закона и обичаја“, *Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика*, *Зборник радова*, Београд, 1996.
- Стефановски Мирјана, Богишић између правде и предрасуде, *Правни живот*, 11/97.
- Стојановић Петар, *Настајање савременог права у Црној Гори (1850-1900)*, Титоград, 1991.
- Стојановић Петар, *Међусобни односи и међуутицаји законских прописа и обичајног права у Црној Гори*, САНУ, Београд, 1/1974.
- Стојановић Петар, *Страни утицаји у црногорском праву*, ЦАНУ, Титоград, 1/1975.

- Стојановић Петар, *Примјена Општег имовинског законика*, ЦАНУ,Титоград 5/1987.
- Тарановски Теодор, *Историја српског права у немањихкој држави*, Службени лист СРЈ, Београд 1996.
- Тороман Марија, „Одредбе о одговорности за штету у Српском грађанском закону“, *Зборник САНУ, Научни скупови*, књига LXXXI, Београд 1996.
- Тороман Марија, „Посебни облици уговора о куповини и продаји у Српском грађанском закону и у Закону о облигационим односима“, *Стопедесет година од доношења Српског грађанског законика: (1844-1994), Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. септембра 1994. године у Нишу*, Ниш 1995.
- Ћирић-Богетић Љубинка, *Комунице у Црној Гори у 19 и почетком 20 вијека*, Титоград, 1966.
- *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza*, knj.2, , Други регионални конгрес, Скопје 2012.
- Цвејић Јелена, *Облигациони уговори у дубровачком праву од XIII до XIV века*, Београд, 1957, докторска теза (дактилографисано).
- *Collection of studies and analyses, Civil Law Forum for South Europe, Second Regional Conference*, Скопје 2012.
- Чизмовић Милисав, *Општи имовински законик и настанак Закона о судском поступку у грађанским парницама за књажевину Црну Гору*, ЦАНУ, 9/1989.
- Чизмовић Милисав, „Педесет година Општег имовинског законика за књажевину Црну Гору“, *Историјски записи*,књига XXXVII, Титоград 1978/4.
- Чубриловић Васа, „Спољни и унутрашњи фактори у стварању и развоју Југославије у 20. вијеку, Стварање југословенске државе 1918. Године“, *Зборник радова приказаних на научној скупу од 5. До 7. децембра 1988. године поводом обележавања седамдесете годишњице стварања Југославије*, Београд 1989.
- Чулиновић Фердо, *Државноправни развој Југославије*, Загреб 1963.
- Шуковић Мијат, *Студије и есеји из историје државе Црне Горе*, Подгорица 2003.
- Шундерић Боривоје, „Уговор о раду и његова природа“, *Право и привреда* бр. 5-8/97, 940-952.

БИОГРАФИЈА

Рајка Пековић рођена је 25.12.1980. године у Никшићу. Основну школу и гимназију завршила је у Никшићу као добитник дипломе „Луча“. Правни факултет Универзитета Црне Горе уписала је 1999. године, а дипломирала је 2003. године са просечном оценом 9.50. У току студија је више пута награђивана.

У октобру 2003. године уписала је магистарске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, правно-историјски смјер. Кандидаткиња је са одликом положила усмени магистарски испит. Магистарски рад на тему „Заложно право у Општем имовинском законика за Књажевину Црну Гору“ одбранила је с одликом 22.12.2010. године.

Од новембра 2004. године до фебруара 2014. године била је запослена као асистент на предметима Римско право и Историја права на Правном факултету Универзитета Црне Горе у Подгорици. Од септембра 2014. године ангажована је као асистент на Правном факултету Универзитета Медитеран у Подгорици на следећим предметима: Римско право, Историја права, Стварно право и Облигационо право. Аутор је више научних чланака.

Посједује активно знање енглеског језика. Користи се француским језиком.

Удата је и мајка је двоје дјеце.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Рајка М. Пековић

Потписани-а _____

број индекса _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

«Облигациони односи у Општем имовинском законикау за Књажевину Црну Гору и њихова примјена између два свјетска рата (1918-1941. године)»

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, _____

Рајка Пековић

Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Рајка Пековић

Име и презиме аутора _____

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада: “Облигациони односи у Општем имовинском закону за
Књажевину Црну Гору и њихова примјена између два свјетска рата (1918-1941.
године).“

Ментор: Проф.др Жика Бујуклић

Потписани/а

Рајка Пековић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској
верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног
репозиторијума Универзитета у Београду.**

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског
звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум
одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне
библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, _____

Рајка Пековић

Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Облигациони односи у Општем имовинском законикау за Књажевину Црну Гору и њихова примјена између два свјетска рата (1918-1941. године)“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, _____

Рајка Пековић

